TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO IX

(Enero • diciembre 2018)

Carlos Ramos Núñez
(Editor)

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional – Tomo Noveno

Hecho el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2019-18451

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

Primera edición: diciembre de 2019
Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en Perú

Formax Print S.A.C
Jr. General Varela 431
Breña . Lima

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ

Presidente
Ernesto Jorge Blume Fortini

Vicepresidente
Manuel Miranda Canales

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

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Director General
Carlos Ramos Núñez

Director de Publicaciones y Documentación
Jimmy Marroquín Lazo

ÍNDICE
(TOMO IX)

Presentación..... 13

AÑO 2018

A. PROCESOS ORGÁNICOS

Sentencia 0001-2018-AI/TC

Caso modificación del art. 37 del Reglamento del Congreso sobre regulación de los grupos parlamentarios.

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 39 congresistas de la República contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, en cuanto modifica el inciso 5 e incorpora el inciso 6 en el artículo 37 del Reglamento del Congreso. El Tribunal declaró infundada la demanda..... 19

Sentencia 00006-2018-AI/TC

Caso cuestión de confianza y crisis total de gabinete.

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el veinticinco por ciento del número legal de los congresistas contra el Artículo Único de la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR. El Tribunal declaró fundada la demanda..... 75

Sentencia 00008-2015-AI-TC

Caso Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba.

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cinco mil ciudadanos contra la Ley 29620. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda 155

Sentencia 0008-2017-PI/TC

Caso FONAVI II.

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cinco mil ciudadanos, representados por Andrés Avelino Alcántara, contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda..... 189

Sentencia 0008-2018-PI/TC

Caso Ley de Reforma Constitucional sobre la no Reelección de alcaldes.

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por cinco mil trescientos veintitrés ciudadanos contra la Ley 30305. El Tribunal declaró infundada la demanda..... 247

Sentencia 008-2016-PI/TC

Caso Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra determinadas disposiciones de los Decretos Legislativos 1132 y 1133.

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por cinco mil ciudadanos contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1132, Decreto Legislativo 1133 y el Decreto Legislativo para el Ordenamiento Definitivo del Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial. El Tribunal declaró infundada la demanda..... 287

Sentencia 00015-2012-PI/TC

Caso Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Nº 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ilustre Colegio de Abogados de Puno contra la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. El Tribunal declaró infundada la demanda..... 311

Sentencia 00012-2018-PI/TC y Sentencia 00013-2018-PI/TC

Caso de la Ley que regula el Gasto de Publicidad Estatal

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del 25% del número legal de congresistas contra la Ley 30793. Se declaró fundada en parte la demanda..... 343

B. PROCESO DE TUTELA DERECHOS

Sentencia 00889-2017-PA/TC

Se declaró fundada la demanda por vulnerarse los derechos fundamentales a la igualdad, al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, al uso oficial por parte del Estado de la lengua predominante, y a la libertad de trabajo, al vivir la demandante en una localidad en la que predomina un idioma distinto al castellano 473

Sentencia 02018-2015-PA/TC
Se declaró fundada la demanda por haberse lesionado el derecho fundamental a la educación y el interés superior del niño de J. A. L. A..... 503

Sentencia 02285-2014-PA/TC
Se declaró fundada la demanda porque se acreditó la vulneración al derecho constitucional de la pluralidad de instancia 529

Sentencia 03079-2014-PI/TC
Se declaró infundada la demanda por no haberse producido la vulneración de los derechos alegados por el demandante 553

Sentencia 05121-2015-PA/TC
Se declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales..... 595

Sentencia 02233-2014-PA/TC
Se declaró infundada la demanda por no haberse producido la vulneración de los derechos al trabajo; a la igualdad; a la dignidad; al honor y buena reputación, y a la motivación de las resoluciones judiciales 619

Sentencia 04101-2017-PA/TC
Se declaró fundada en parte la demanda de amparo al haberse afectado la debida motivación de las resoluciones..... 627

Sentencia 05903-2014-PA/TC
Se declaró infundada la demanda por no haberse vulnerado los derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen 657

Sentencia 07279-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda 667

Sentencia 04233-2016-PA/TC
Se declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión..... 689

Sentencia 4609-2016-PA/TC
Se declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión..... 703

Auto 01245-2014-AA
Se declaró infundado el recurso de agravio constitucional de autos..... 719

Auto 02703-2016-AA/TC
Se declaró improcedente el auto 735

Sentencia 04532-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda por vulneración del principio de razonabilidad y derecho al plazo razonable 745

HÁBEAS CORPUS

Sentencia 00404-2015-PHC/TC
Se declaró improcedente la demanda respecto al derecho de petición; asimismo, declaró fundada la demanda en cuanto al derecho de motivación de las resoluciones administrativas y a los derechos a la libertad de tránsito y a la unidad familiar 773

Sentencia 861-2013-PHC/TC
Se declaró, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, fundada en parte la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a la pluralidad de instancia 785

Sentencia 01006-2016-PHC/TC
Se declaró fundada la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable..... 801

Sentencia 03137-2015-PHC/TC
Se declaró infundada la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la salud y a la integridad persona..... 817

Sentencia 05461-2015-PHC/TC
Se declaró fundada en parte la demanda..... 825

Sentencia 7009-2013-PHC/TC
Se declaró infundada la demanda en relación al extremo en que se reclama por vulneración a la jurisdicción comunal y amenaza de libertad individual..... 843

Auto 03958-2017-PHC/TC
Se declaró improcedente el auto 881

HÁBEAS DATA

Sentencia 00012-2016- PHD/TC

Se declaró fundada la demanda sobre la vulneración al derecho de acceso a la información pública 907

Sentencia 05356-2016-PHD/TC

Se declaró fundada la demanda por haberse afectado el derecho constitucional al libre ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa 913

CUMPLIMIENTO

Sentencia 01366-2013-PC/TC

Se declaró fundada la demanda de cumplimiento al haberse acreditado la renuencia de la Municipalidad Distrital de Santiago al cumplimiento de la Ley 26644 927

Sentencia 06063-2014-AC/TC

Se declaró fundada la demanda en cuanto al cumplimiento de la Resolución de Alcaldía 4433/2001- MDCH 939

C. PRECEDENTES VINCULANTES

Sentencia 02677-2016-PA/TC

Se declaró fundada la demanda, por haber haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión 949

Sentencia 00799-2014-PA/TC

Se declaró fundada la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión 983

ÍNDICE TEMÁTICO 1023

PRESENTACIÓN

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

En el año 2013, el Tribunal Constitucional, por medio del Centro de Estudios Constitucionales (CEC), entonces dirigido por el magistrado Gerardo Eto Cruz, publicó cuatro tomos sobre la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional. En esa colección se recopilaron y publicaron las sentencias más importantes emitidas por el Tribunal Constitucional desde inicios en 1996 hasta diciembre de 2012.

En años posteriores, el CEC ha publicado cuatro volúmenes adicionales, conteniendo la jurisprudencia relevante que va de enero de 2013 a diciembre de 2017. En total, suman ya ocho los volúmenes de esta importante colección.

Por medio de la presente publicación, se desarrolla en este volumen la jurisprudencia que comprende el periodo desde enero a diciembre del 2018.

La metodología adoptada para la selección de la jurisprudencia fue trazada, desde un inicio, en el estudio preliminar del primer tomo de la colección. Así, para la selección de los fallos se sigue el criterio de la incidencia que han tenido las decisiones del Tribunal en el ordenamiento jurídico. La compilación, por último, reúne sentencias que innovan el ordenamiento y que desarrollan casos difíciles, las que tienen un valor pedagógico por los temas que tratan y, por supuesto, las que establecen precedentes vinculantes.

Internamente, el tomo se encuentra dividido en tres secciones principales. La primera sección está dedicada a los procesos orgánicos; es decir, a los procesos de inconstitucionalidad, los cuales son la razón de ser de un Tribunal Constitucional. En la segunda sección se encuentran los procesos de tutela de derechos: los hábeas corpus, los amparos, las acciones de cumplimiento y los hábeas data. Finalmente, en la sección tercera se encuentran recogidos los precedentes vinculantes. Las resoluciones se hallan ordenadas según su fecha de publicación en el Portal Oficial del Tribunal Constitucional.

Respecto a la jurisprudencia relevante contenida en este volumen, esta comprende los procesos orgánicos, como la sentencia 0001-2018-PI/TC, conocida como «Transfuguismo II», **c**aso modificación del art. 37 del Reglamento del Congreso sobre regulación de los grupos parlamentarios, por la que se declaró infundada la demanda interpuesta contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR. La sentencia 00006-2018-PI/TC, caso cuestión de confianza y crisis total de gabinete, por la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que modificó el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República. La sentencia 00008-2015-AI-TC, caso Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba, en la que se declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra la Ley 29620, Ley que crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba. La Sentencia 0008-2017-PI/TC, caso FONAVI II, en la que se declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público. La sentencia 0008-2018-PI/TC, caso Ley de Reforma Constitucional sobre la no Reelección de alcaldes, en la que se declaró infundada la demanda interpuesta contra la Ley 30305, que modifica el artículo 194 de la Constitución y establece la no reelección inmediata de alcaldes. La sentencia 008-2016-PI/TC, por la cual se declaró infundada la demanda interpuesta contra determinadas disposiciones de los Decretos Legislativos 1132 y 1133. La sentencia 00015-2012-PI/TC, en la que se declaró infundada la demanda interpuesta contra la Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. Por último, la sentencia 0012-2018-AI/TC y 0013-2018-AI/TC, Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal, en la que se declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano.

La sección de tutela de derechos contiene la sentencia 00889-2017-PA/TC, sobre el derecho a la libertad de trabajo y al uso propio del idioma; la Sentencia 02018-2015-PA/TC, sobre la educación; la sentencia 02285-2014-PA/TC, sobre el derecho a la tutela procesal efectiva y pluralidad de la instancia; la sentencia 03079-2014-PA/TC, sobre el derecho al honor, a la buena reputación y a la imagen; la sentencia 05121-2015-PA/TC, sobre la libertad sexual; la sentencia 02233-2014-PA/TC, sobre el pase a retiro de la Policía Nacional del Perú; la sentencia 04101-2017-PA/TC, sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales; la sentencia 05903-2014-PA/TC, sobre el derecho al honor, a la buena reputación y a la imagen; la sentencia 07279-2013-PA/TC, sobre el derecho al debido proceso y la indebida notificación; la sentencia 04233-2016-PA/TC, sobre pensión de jubilación; la sentencia 04609-2016-PA/TC, sobre el derecho a la pensión de jubilación. También cabe destacar el auto 01245-2014-AA/TC, su importancia radica en que el Tribunal afirma que

resulta posible interponer recurso de agravio constitucional en el procedimiento de ejecución de una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el supuesto de que la jurisdicción interna haya sido agotada ante los órganos de la justicia constitucional; el auto 02703-2016-AA/TC, su importancia radica en la exigencia de requisitos irrazonables, impertinentes y/o carentes de utilidad, los cuales llegan a ser barreras burocráticas judiciales, abordando así la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, a la defensa y a la seguridad social. Por último, la sentencia 04532-2013-AA/TC desarrolló el tema del cobro de intereses moratorios, respecto del plazo legal con que cuenta la autoridad tributaria para resolver los recursos administrativos, por consiguiente, se abordó la vulneración del principio de razonabilidad y al derecho a plazo razonable.

Asimismo, en la siguiente sección se recogen hábeas corpus como la sentencia 00404-2015-PHC/TC, sobre el derecho a la debida motivación de resoluciones y principio de legalidad penal; la sentencia 861-2013-PHC/TC, sobre la pluralidad de instancia; la sentencia 01006-2016-PHC/TC, sobre el derecho a ser juzgado dentro un plazo razonable; la sentencia 03137-2015-PHC/TC, sobre el derecho a la integridad personal; la sentencia 05461-2015-PHC/TC, sobre la extradición; la sentencia 7009-2013-PHC/TC, sobre la autonomía jurisdiccional y tutela del derecho a libertad personal. Asimismo, se recoge el auto 03958-2017-HC/TC, mediante el cual se declara improcedente el hábeas corpus de Alberto Fujimori.

Además, se incluye hábeas data como la sentencia 00012-2016-PHD/TC, sobre vulneración del derecho de acceso a la información pública; la sentencia 05356-2016-PHD/TC, sobre su derecho a la autodeterminación informativa y a la identidad. También se destacan dos procesos de cumplimiento como la sentencia 01366-2013-PC/TC, sobre el descanso prenatal y postnatal, y la sentencia 06063-2014-PC/TC, que desarrolla la forma bajo la cual debe interpretarse el inciso 1 del artículo 193 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, sobre a la efectividad y ejecutoriedad del acto administrativo.

Por último, el Pleno del Tribunal Constitucional ha emitido dos precedentes vinculantes: el primero es el contenido en la sentencia 00799-2014-PA/TC, en el cual el Tribunal dispuso que el Ministerio de Salud y Essalud informen, en el término de un mes, acerca del plan de trabajo (y cada tres meses acerca del avance del mismo), relativo a la implementación de comisiones médicas calificadoras de incapacidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional. El segundo precedente es la sentencia 02677-2016-PA/TC, en la que se reconoció que hubo un error por parte de los funcionarios que tuvieron a su cargo las decisiones administrativas, originando así una responsabilidad administrativa.

Con este nuevo volumen se reitera el compromiso del Centro de Estudios Constitucionales de mantener actualizada la jurisprudencia relevante que este Tribunal desarrolla. Se pone a disposición del público en general para que este pueda seguir y apreciar la misma.

A. PROCESOS ORGÁNICOS

Sentencia 0001-2018-AI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 39 congresistas de la República contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, en cuanto modifica el inciso 5 e incorpora el inciso 6 en el artículo 37 del Reglamento del Congreso. El Tribunal declaró infundada la demanda

Fecha de publicación en el Portal Oficial de TC: 16 de junio del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 20 de junio del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda motivada por los recurrentes contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, en cuanto modifica el inciso 5 e incorpora el inciso 6 en el artículo 37°del Reglamento del Congreso, por considerarlos incompatibles con los principios de separación de poderes, el de cosa juzgada, y el de interdicción del mandato imperativo, así como con los derechos de libertad de conciencia, de participación política, y el de libre asociación.

El TC resolvió sobre el principio de la cosa juzgada, pues cada sentencia estimatoria que expide este órgano de control de la Constitución fija una interpretación definitiva que, salvo que en el futuro sea variada por él mismo de un modo razonable, impide que el Parlamento pueda reproducir la misma fórmula legal.

En ese sentido, el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, incorporado por la Resolución Legislativa 007-2016- 2017-CR –misma que ha sido declarada inconstitucional por este Tribunal en la sentencia N° 0006-2017–, indicaba que 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 de acuerdo a ley, que hayan decidido disolverse, en cuyo caso podrán conformar Grupos Parlamentarios conforme al numeral 1 de dicha resolución.

La misma materia ha sido regulada en la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, la cual indica que no pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adhe-

rirse a otro, los congresistas que renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario 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 de tal resolución. Dicha prohibición no resulta aplicable a los congresistas que renuncien al Grupo Parlamentario, cuando se les haya vulnerado las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario, pudiendo recurrir en primera instancia ante el Grupo Parlamentario y en segunda y definitiva instancia ante el Consejo Directivo.

De tal manera, el Tribunal advirtió que entre ambas disposiciones existen tres diferencias: Primero, que entre los supuestos que impiden a los congresistas constituir o adherirse a un grupo parlamentario, se elimina la posibilidad de "retirarse" del grupo por el que fueron elegidos. Segundo, se eliminan los supuestos de retiro, renuncia, separación o expulsión del "partido político o alianza electoral" por el que fueron elegidos. Por último, se incorpora una excepción a la regla que impide constituir o adherirse a un nuevo Grupo Parlamentario, cuando la renuncia se deba a la vulneración del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario; así mismo, se establecen las instancias donde podrá recurrir un congresista ante esta situación. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal precisó que las resoluciones no resultan idénticas y, por tanto, no existe ninguna vulneración de los principios de cosa juzgada y separación de poderes.

Por otro lado, el artículo 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR establece que los congresistas a quienes se les haya vulnerado sus derechos fundamentales, están facultados a integrarse al Grupo Parlamentario Mixto. Asimismo, mantienen el derecho a seguir perteneciendo a su grupo parlamentario o de adherirse a otro. De conformidad con las disposiciones que regulan al grupo parlamentario mixto, se desprende que se trata de un grupo que tiene los mismos derechos y atribuciones que corresponden al Grupo Parlamentario integrado por el menor número de congresistas formado al inicio del periodo parlamentario. El Tribunal concluyó que la implementación del Grupo Parlamentario Mixto puede ser compatible con una comprensión conforme a la Constitución del sistema representativo. Es más, en ese contexto puede obedecer a un principio fundamental que es el de garantizar la participación política del congresista. Esto finalmente se traduce en un fortalecimiento del sistema representativo.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 1 de la Resolución Legislativa 003-2017-

2018-CR, siempre que el artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República se interprete en el sentido de que no está prohibida la renuncia de los congresistas de las agrupaciones políticas en el supuesto de disidencia por razones de conciencia debidamente justificadas. De ello se desprende que los parlamentarios que se encuentren en dicha situación podrán conformar un nuevo Grupo Parlamentario, adherirse a uno ya existente o recurrir a la fórmula de configurar un Grupo Parlamentario mixto, y en lo demás que contiene. A ello exhorta al Congreso de la República para que se publiquen los reglamentos internos de todos os grupos parlamentarios que se hayan presentado ante el Consejo Directivo.

Temas Claves: Principio de separación de poderes — el principio de cosa juzgada — derecho de libertad de conciencia — el derecho de participación política — derecho de libre asociación —principio de interdicción del mandato imperativo.

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0001-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10 de julio de 2018

Caso modificación del art. 37 del Reglamento del Congreso sobre regulación de los grupos parlamentarios

Congresistas de La República C. Congreso de La República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR que modifica el artículo 37 del Reglamento del Congreso para el fortalecimiento de los grupos parlamentarios.

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional 24

B. Argumentos de las partes 24

B-1. Demanda 24

B-2. Contestación de la demanda 25

II. FUNDAMENTOS

1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma 26

2. Las normas sometidas a control de constitucionalidad por el fondo 33

2.1. La prohibición de constituir un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno y su excepción 33

2.2. La constitucionalidad del inciso 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso que crea el "Grupo Parlamentario Mixto" 40

III. FALLO 45

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0001-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de julio de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa; con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ANTECEDENTES

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 39 congresistas de la República contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, que modifica el Reglamento del Congreso para fortalecer los grupos parlamentarios.

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 11 de enero de 2018, más del veinticinco por ciento del número legal de Congresistas de la República interponen una demanda de inconstitucionalidad, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad, tanto por la forma como por el fondo, de los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR. Ello en cuanto modifica el inciso 5 e incorpora el inciso 6 en el artículo 37 del Reglamento del Congreso, por considerarlos incompatibles con los artículos 43, 45, 51, 103, 139 incisos 2 y 13, 201 y 204 de la Constitución Política.

Por su parte, con fecha 19 de marzo de 2018, el Procurador del Congreso contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación.

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Los demandantes sostienen que el primer párrafo del inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso modificado por la impugnada Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, es idéntico al inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso incorporado por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, la misma que fue declara inconstitucional por este Tribunal en la Sentencia 0006-2017-PI/TC.
- Alegan que la única diferencia radica en que la resolución cuestionada en autos suprime del citado inciso los términos "se retiren" y "partido político o alianza electoral", términos que a su juicio no poseen ninguna relevancia.
- Afirman que en un Estado de Derecho no es posible desconocer las sentencias constitucionales o sustraerse a sus mandatos. Añaden que de lo contrario se vulnerarían los principios contenidos en los artículos 43, 45, 51, 103, 139 incisos 2 y 13, 201 y 204 de la Constitución Política.
- Sostienen que la disposición cuestionada viola el principio de separación de poderes y el principio de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional, toda vez que la referida norma ya fue declarada inconstitucional previamente.
- Alegan que el nuevo inciso 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, (incorporado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR), contraviene lo resuelto por este Tribunal en la Sentencia 0006-2017-PI/TC al introducir el "Grupo Parlamentario Mixto" (en el que obligatoriamente deberán incorporarse los congresistas que hayan sido separados o expulsados arbitrariamente de un Grupo Parlamentario o aquellos que hubiesen renunciado aunque fuere por causa legítima), en tanto la materialización de este tipo de grupos debería darse en el contexto de una norma integral de fortalecimiento de los partidos políticos y el sistema político en su conjunto, y no de forma aislada y arbitraria fuera de ese contexto.
- Finalmente, añaden que el inciso 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso vulneraría el derecho de libertad de conciencia (inciso 3 del artículo 2 de la Constitución), el derecho de participación política (inciso 17 del artículo 2), el principio de interdicción del mandato imperativo (artículo 93) y el derecho de libre asociación (inciso 13 del artículo 2), en la misma medida que la normativa anterior declarada inconstitucional en la Sentencia 0006-2017-PI/TC.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

- Respecto al inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, el demandado afirma que no existe similitud entre lo dispuesto en la Resolución Legislativa 007-

2016-2017-CR y la norma objetada, en tanto con esta nueva modificación se crea un procedimiento para la revisión de las expulsiones de los grupos parlamentarios a cargo de la Junta de Portavoces, en primera instancia, y ante el Consejo Directivo en segunda y definitiva instancia.

- Alega que, al no ser idénticas las citadas disposiciones, no se habría inobservado el principio de cosa juzgada constitucional, en tanto esta nueva disposición habría respetado los parámetros establecidos a través de la Sentencia 0006-2017-PI/TC.
- El demandado afirma que el principio de separación de poderes implica a su vez el principio de corrección funcional, el cual habilita a los poderes constituidos a ejercer una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, sin que eso signifique una intervención (en este caso por parte del Congreso) hacia las decisiones del Tribunal Constitucional.
- En este sentido, señala que la disposición declarada inconstitucional y la cuestionada en el presente proceso no son idénticas, pues para la emisión de esta última el Congreso ha respetado los parámetros de la Sentencia 0006-2017-PI/TC, dando cumplimiento a sus disposiciones. Por tanto, señala que no se ha violentado el principio de separación de poderes.

- Sostiene además que el inciso 6 del artículo 37 no vulnera el derecho a la libertad de conciencia (inciso 3 del artículo 2 de la Constitución). A diferencia de la disposición declarada inconstitucional, que no contemplaba distinciones en las decisiones que pueden llevar a un congresista a dejar de formar parte de su bancada (como las que se fundamentan en la libertad de conciencia), con la nueva normativa no se sanciona todo de tipo de disidencia, pues permite el retiro por vulneración a las garantías del debido proceso o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario.
- Finalmente, respecto al derecho a la participación política de los congresistas (inciso 17 del artículo 2 de la Constitución) sostienen que este no se encuentra limitado pues los congresistas que renuncian legítimamente a sus agrupaciones pueden adherirse a otro grupo parlamentario o integrar el Grupo Parlamentario Mixto, sin perjuicio de mantener el resto de sus derechos inherentes al cargo de congresistas.

II. FUNDAMENTOS

1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma

1. Corresponde analizar, en primer término, si las disposiciones cuestionadas afectan el principio de la cosa juzgada que resulta aplicable a las sentencias de este

Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el fondo del asunto (artículo 6 del Código Procesal Constitucional).

2. Al respecto, el artículo 82 del dicho código establece que Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

3. La Sentencia 0006-2017-PI/TC se publicó el día 13 de setiembre de 2017 en la página web institucional de este órgano de control de la Constitución y al día siguiente en el Diario Oficial El Peruano. Los criterios allí establecidos son exigibles para todos los poderes públicos, incluyendo al Congreso de la República

4. Con posterioridad a la publicación de la sentencia aludida, el 15 de setiembre de 2017 el Congreso de la República publicó la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, mediante la cual se modificó el artículo 37 de su reglamento.

5. Corresponde advertir que este Tribunal no es el único intérprete de la Constitución. Al respecto se ha resuelto que "[e]l artículo 201 de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino 'suprema'. No se trata, pues, de que a este Tribunal le ha sido reservada la 'única' interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la 'definitiva'" [STC 0021-2005-PI/TC, fundamento 156].

6. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el Estado Constitucional contemporáneo se parte de la tesis de que existen límites materiales a toda decisión democrática. Tales límites se encuentran representados, por antonomasia, por los derechos fundamentales, y gozan, cuando menos, de dos mecanismos para controlar las decisiones de las mayorías: (i) la rigidez constitucional, y (ii) el reconocimiento de la jurisdicción constitucional como órgano de cierre del proceso interpretativo de la Constitución.

7. Queda claro entonces que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma resulta de obligatorio cumplimiento y, por ende, el legislador no puede reproducir ni la disposición ni el sentido interpretativo que ha sido proscrito, aun cuando derive de una disposición formalmente distinta.

8. Al respecto este Tribunal tiene resuelto que "[l]a sentencia estimatoria que expide este órgano de control de la Constitución fija una interpretación definitiva que, salvo que en el futuro pudiera ser variada por él mismo de un modo razonado, impide que el Parlamento pueda reproducir la misma fórmula legal" [STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 60].

9. Debe aquí tenerse presente que el efecto de cosa juzgada material alcanza, en primer lugar, solo al fallo. En segundo término, a los fundamentos jurídicos de la sentencia a los cuales se haya hecho una remisión en la parte resolutiva de dicha sentencia. Ahora bien, aquello noquiere decir que la ratio decidendi no proyecte sus efectos a todo el sistema jurídico y a las entidades públicas (y en particular al Congreso), ya que (como se pusiera de relieve supra) las sentencias estimatorias no solo poseen efecto de cosa juzgada sino que además vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales. En ese sentido, los fundamentos, en tanto justificación del fallo, nos permiten comprender el razonamiento del Tribunal para llegar al mismo.

10. Por otro lado, en el fundamento 63 de la Sentencia 0022-2011-PI/TC se resolvió que el legislador democrático, en ejercicio de sus atribuciones, se encuentra habilitado para expedir disposiciones que regulen el mismo aspecto materia de una sentencia anterior cuando:

    a. Desarrolle una disposición diferente.

    b. Desarrolle la disposición con un contenido similar al anterior, pero del que puedan deducirse sentidos interpretativos diversos del que fue declarado inconstitucional.

    c. Tras el tiempo transcurrido desde la expedición de la sentencia estimatoria hubiesen operado cambios en el marco normativo o social que justifican diferentes interpretaciones partiendo de una disposición sustancialmente idéntica.

11. En el caso de autos debe tomarse en cuenta que la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR incorporó el inciso 5 en el artículo 37 del Reglamento del Congreso en los siguientes términos

    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.

12. Dicha disposición fue declarada inconstitucional por este Tribunal en la Sentencia 0006-2017-PI/TC, y la misma materia ha sido regulada mediante la norma objeto de controversia en el presente proceso, la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR.

13. El nuevo texto del inciso 5 en el artículo 37 del Reglamento del Congreso establece que

No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro, los Congresistas que renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario 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.

Dicha prohibición no resulta aplicable a los Congresistas que renuncien al Grupo Parlamentario, por vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario, pudiendo recurrir para tales efectos, en primera instancia ante el Grupo Parlamentario y en segunda y definitiva instancia ante el Consejo Directivo.

14. Este Tribunal advierte que entre ambas disposiciones existen tres diferencias:

    a. Entre los supuestos que impiden a los congresistas constituir, o adherirse a, un grupo parlamentario, se elimina el relacionado con la posibilidad de "retirarse" del grupo por el que fueron elegidos.

    b. Se eliminan los supuestos de retiro, renuncia, separación o expulsión del "partido político o alianza electoral" por el que fueron elegidos.

    c. Se incorpora una excepción a la regla que impide constituir o adherirse a un nuevo Grupo Parlamentario: cuando la renuncia se deba a la vulneración del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario, y se establecen las instancias a donde podrá recurrir un congresista en esta situación.

15. La primera diferencia relevante entre ambos textos normativos radica en que la nueva disposición ya no contempla el retiro de los congresistas del grupo parlamentario al que pertenecían como un supuesto que les impida participar en uno nuevo.

16. El inciso 5 del artículo 37 incorporado en el Reglamento del Congreso por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, declarado inconstitucional en la Sentencia 0006-2017-PI/TC, proscribía la formación de grupos parlamentarios, o la adhesión a otros, en los siguientes supuestos:

    a. Retiro del grupo parlamentario de origen.

    b. Renuncia al grupo parlamentario de origen.

    c. Separación del grupo parlamentario de origen.

    d. Expulsión del grupo parlamentario de origen.

    e. Retiro del partido político o alianza electoral.

f. Renuncia al partido político o alianza electoral.

g. Separación del partido político o alianza electoral.

h. Expulsión del partido político o alianza electoral.

17. En la disposición materia de impugnación en el presente proceso no se incluyen cinco de los supuestos identificados supra (a, e, f, g, h).

18. La segunda diferencia relevante es en la incorporación de un segundo párrafo que regula un supuesto excepcional a la prohibición general contenida en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso. La regulación de dicha excepción agrega una nueva dimensión al análisis de la norma impugnada que la diferenciaría sustancialmente de la norma anterior declarada inconstitucional.

19. Más allá de que el texto de una y otra disposición son parcialmente diferentes, lo cierto es que del nuevo texto se derivan normas distintas a las contenidas en la disposición declarada inconstitucional, respecto a las cuales no existe decisión previa con calidad de cosa juzgada.

20. De esta manera, debe precisarse que del hecho de que los textos regulados tengan aspectos en la redacción de las disposiciones, o en el sentido de las mismas parcialmente iguales no pueda desprenderse que, con base en ello, deba descartarse totalmente la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo. En este supuesto, de ser el caso, al Tribunal Constitucional debería corresponderle más bien hacer una interpretación de la nueva regulación conforme con la Constitución, teniendo en cuenta lo que ya ha sido previamente objeto de pronunciamiento en relación con la misma materia.

21. Por todo lo expuesto, este Tribunal no comparte el argumento de la parte demandante en relación a que ambas regulaciones resultan del todo idénticas y, por tanto, le corresponde declarar infundado el extremo de la demanda referido a la vulneración de la cosa juzgada y la separación de poderes.

22. Ahora bien, sin perjuicio de todo lo expuesto, y aunque no haya sido impugnado de manera directa en el escrito de demanda, este Tribunal considera necesario efectuar algunas consideraciones en torno al debate que se propició en el Congreso de la República a propósito de la aprobación de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, la cual ha sido impugnada en este proceso de inconstitucionalidad.

23. La importancia o trascendencia de la deliberación se advierte, especialmente, cuando se debaten cuestiones de marcado interés público. Es importante recordar

que la democracia no puede ser concebida como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder, o como un espacio donde solamente se negocian distintas clases de intereses. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente aquellas que emanan del Parlamento, que es el órgano deliberante por antonomasia) debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que les permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público. La idea misma de deliberar, especialmente en los asuntos públicos, se remonta a los antiguos griegos. En su conocido discurso fúnebre a los muertos de la guerra del Peloponeso, Pericles manifestó, a propósito de la democracia ateniense, que "o nos formamos un juicio propio o al menos estudiamos con exactitud los negocios públicos, no considerando las palabras daño para la acción, sino mayor daño el no enterarse previamente mediante la palabra antes de poner en obra lo que es preciso". Así, desde la misma Edad Antigua ya se notaba que las sociedades tenían, como premisa fundamental, el intercambio informado como premisa para el perfeccionamiento del debate sobre las cuestiones de carácter público.

24. En efecto, este proceso deliberativo requiere, en su conjunto, un adecuado y en la medida de lo posible completo conocimiento respecto de la problemática abordada, y demanda un previo análisis de los hechos, valores y deberes que se encuentran en juego. La labor de un funcionario público, y más aun de aquellos del más alto rango, exige que los asuntos públicos sean discutidos con un elevado nivel de responsabilidad. Es importante recordar que, en estos espacios, suelen confluir distintas concepciones respecto de lo que debe ser considerado como bien público, lo cual, irremediablemente, conduce al camino de la deliberación como principal conducta para la toma de decisiones políticas.

25. En este caso, el Tribunal advierte que la adopción de la reforma al Reglamento del Congreso se dio sin que existiese un importante y necesario margen temporal para discutir todas las implicancias que podrían generarse con ocasión de lo resuelto en el expediente 0006-2017-PI/TC, incluso pese a su inminente publicación. Al respecto, es importante recordar que la deliberación, particularmente en un espacio como el del Congreso de la República, fomenta la información puesta a disposición de los que participan en ella, y permite evaluar, con un mejor nivel de escrutinio, las consecuencias de las decisiones que se adopten. No ha sido este el escenario con ocasión de lo que, en su oportunidad, se resolvió sobre las reformas en contra del transfuguismo parlamentario. En efecto, en aquel momento sostuvimos 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" [STC 0006-2017-PI/TC, fundamento 50].

26. La solución que se adoptó, con un día de debate en el Pleno y sin que existiera dictamen de comisión (al haberse exonerado este trámite), no termina de identificar y afrontar los verdaderos males que aquejan nuestro modelo político.

27. La democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales. Sin embargo, también es cierto que la deliberación debe realizarse en el marco de ciertas condiciones favorables que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuando este se realiza en el seno del Parlamento. En efecto, es preciso recordar que "[t]oda toma de decisiones implica una resolución y por eso es necesario establecer un límite en el tiempo que ponga fin a la deliberación y permita dar el paso a la realización práctica" [Sancho, Carmen. Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de L. Cohen y J. Habermas. En: Revista de Estudios Políticos. Número 122, Año 2003, pág. 223]. En todo caso, este Tribunal advierte que todo proceso deliberativo llega a un punto culminante luego del cual empieza la fase de implementación de los acuerdos adoptados, pero ello no supone que ella deba ser excesivamente corta o extensa, ya que en ambos extremos quienes se ven perjudicados son los mismos ciudadanos. En el primer caso, porque un debate ligero y superficial de los asuntos públicos no permite identificar y afrontar, en su verdadera dimensión, los problemas y dificultades que la realidad presenta; y, en el segundo, esencialmente por tratarse de una respuesta tardía frente a una necesidad basada en el bienestar general.

28. Es por ello que este Tribunal nuevamente hace recordar la necesidad de materializar una reforma debidamente meditada y consolidada del funcionamiento de los partidos políticos, en el entendido que las decisiones excesivamente céleres y parciales no terminan por resolver los inconvenientes que se advierten en nuestra realidad política.

29. Expuesto lo anterior, corresponde analizar la validez de la norma objetada desde una perspectiva material, ahondando en las diferencias encontradas, a fin de determinar la conformidad de las disposiciones impugnadas con el parámetro constitucional prestando particular atención a los criterios delineados por este Tribunal en la Sentencia 0006-2017-PI/TC.

2. Las normas sometidas a control de constitucionalidad por el fondo

30. A fin de analizar la pretensión sustantiva de los demandantes, corresponde comenzar determinando cuáles serán las disposiciones que se examinarán desde la perspectiva de su conformidad abstracta con los derechos y principios constitucionales invocados.

31. En primer lugar, habrá de someterse a control la constitucionalidad de la prohibición de constituir nuevos grupos parlamentarios y de la excepción que introduce el segundo párrafo del mismo inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso.

32. Por otra parte, se analizará la constitucionalidad abstracta del inciso 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, introducido por la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, en cuanto admite la conformación de un "Grupo Parlamentario Mixto" entre otras opciones que se abren para los congresistas que hubiesen sido expulsados de manera irregular o que hubiesen renunciado por vulneración del debido proceso o de sus derechos reconocidos en el reglamento interno de su respectivo grupo parlamentario.

2.1. La prohibición de constituir un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno y su excepción

33. Como ya se pusiera de relieve, el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, materia de impugnación, mantiene la prohibición de conformar un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno ya existente, pero se dirige a aquellos congresistas que renuncien o hayan sido separados o expulsados del grupo parlamentario del que formaron parte, salvo el caso de la vulneración de derechos, el cual se verá más adelante.

34. Conforme a la Constitución (artículo 92 y siguientes), los congresistas representan a la Nación, ejerciendo dicha función a tiempo completo. Dada la importancia de su cargo no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación, ni son responsables ante autoridad u órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus funciones. Tampoco pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante.

35. Sin embargo, la función de congresista es incompatible con el ejercicio de cualquier otra función pública (salvo excepcionalmente la de ministro de Estado, o comisiones extraordinarias de carácter internacional, previa autorización del Congreso), y también le alcanzan otras incompatibilidades relativas a su participación en actividades económicas o profesionales en el ámbito privado.

36. El sistema democrático-republicano exige al Estado mantener un sistema representativo a través de un Congreso que permita la convergencia de los intereses de cada sector de la sociedad. Así, una representación idónea no acaba cuando los ciudadanos votan, sino que se extiende a la obligación del Estado de generar una estructura en la cual se produzca una verdadera representación, pues la garantía del respeto por la voluntad popular expresada en las urnas (materializada vía representación parlamentaria) es un objetivo de la máxima trascendencia en este tipo de sistemas.

37. Sin desmerecer la central importancia de este principio, corresponde advertir que el mismo tampoco resulta absoluto. Este Tribunal ha determinado que la prohibición total de conformar un nuevo grupo parlamentario o adherirse a otro, por razones legítimas, vulnera el principio de interdicción del mandato imperativo y el derecho a la libertad de conciencia, así como la garantía de inviolabilidad de los votos y opiniones.

38. En el fundamento 147 de la Sentencia 0006-2017-PI/TC este Tribunal sostuvo que

> 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.

39. Por otro lado, este Tribunal comprende 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.

40. Este Tribunal ha señalado también que debe existir un equilibrio entre los llamados mandato representativo y mandato ideológico. De acuerdo con el primero 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, dado que este representa a la Nación. El segundo considera que los congresistas son elegidos en cuanto que candidatos de un determinado partido y deben ser consecuentes con esa afiliación.

41. Sobre dicho equilibrio, el Tribunal ha señalado en el fundamento 70 de la Sentencia 0006-2017-PI/TC que

> 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 imperativo', implicaría un menoscabo en la 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.

42. Por otro lado, respecto a las razones legítimas para conformar o cambiar de grupo parlamentario, este Tribunal ha señalado que el transfuguismo ilegítimo, ya sea que obedezca a conveniencia política o interés económico, no puede ser confundido con la decisión de aquellos congresistas que en razón de sus convicciones deben retirarse del grupo parlamentario al que pertenecían originalmente. En ese sentido, el transfuguismo ilegítimo acarrea un comportamiento contrario a la Constitución, mas no aquel que se realiza por circunstancias justificadas, particularmente en los casos de objeción de conciencia.

43. Las clases de transfuguismo han sido explicadas de acuerdo con los siguientes criterios (fundamento 23 de la Sentencia 0006-2017-PI/TC):

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 distinguirse 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 fueras 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 iníciales.

  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.

44. En el caso materia de análisis, la disposición impugnada dispone lo siguiente

> No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro, los Congresistas que renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario 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.
>
> Dicha prohibición no resulta aplicable a los Congresistas que renuncien al Grupo Parlamentario, por vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario, pudiendo recurrir para tales efectos, en primera instancia ante el Grupo Parlamentario y en segunda y definitiva instancia ante el Consejo Directivo.

45. El Tribunal advierte que, en esta nueva regulación normativa, se reconocen tres supuestos para que un congresista deje de integrar su Grupo Parlamentario: i) renuncia, ii) separación y iii) expulsión. De esta disposición no se desprenden con notoriedad las diferencias conceptuales entre estas categorías. Sin embargo, en el caso particular de la renuncia se especifica que, en los supuestos de vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario, no resulta aplicable la prohibición de constituir un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno ya existente.

46. Ahora bien, no existe en esta nueva regulación alguna mención expresa respecto de la posibilidad de renunciar al Grupo Parlamentario por razones de conciencia y otras debidamente justificadas. En ese sentido, este Tribunal debe evaluar si la falta de inclusión de este supuesto constituye (o no) un incumplimiento respecto de lo que se dispuso en la STC 00006-2017-PI/TC. Conviene entonces tener presente que en aquella oportunidad, el Tribunal indicó 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

47. La inconstitucionalidad de este extremo del Reglamento del Congreso de la República motivó que el Tribunal ordenara que, en una futura regulación en contra

de la fractura de partidos políticos o grupos parlamentarios, se permitiera que el apartamiento de una agrupación política también pudiese obedecer a criterios de conciencia, sobre todo en casos en los que el viraje ideológico no es realizado por el congresista, sino por su partido político, alianza electoral o grupo parlamentario.

48. Pese a lo dispuesto por el Tribunal en aquella oportunidad, los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR no han incluido explícitamente en su regulación los supuestos de disidencia ideológica, la cual es protegida por la cláusula que tutela el derecho a la libertad de conciencia. Sin embargo, de ello no puede colegirse que deba adoptarse una decisión de ultima ratio, consistente en que deba declararse la inconstitucionalidad inmediata y la expulsión de las disposiciones impugnadas, más aun si es posible adscribirles un sentido interpretativo que las hagan compatibles con la Constitución y con la jurisprudencia de este Tribunal.

49. Así, la figura de la interpretación conforme con la Constitución ha sido empleada en múltiples oportunidades por parte de este Tribunal. De ella se desprende la idea que, en un Estado Constitucional, debe otorgarse un importante margen de acción y configuración al Congreso de la República, entidad que está llamada a representar a la nación, por lo que goza de una suerte de presunción de constitucionalidad respecto de las leyes o reformas que decida implementar. De ahí que, al evaluar la posible inconstitucionalidad de alguna disposición aprobada por dicha entidad del Estado, se deban agotar todas las posibilidades interpretativas que permitan su subsistencia. Sobre ello, se ha indicado que

> [e]ste criterio [la interpretación conforme a la Constitución] consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el Tribunal Constitucional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del Legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el indubio pro legislatore democrático.

50. Al respecto, en este caso, y a diferencia de la regulación declarada como inconstitucional por este Tribunal, la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR indica que la prohibición de conformar un nuevo Grupo Parlamentario o adherirse a uno ya existente no es de aplicación si es que el congresista renuncia por vulneración del debido procedimiento o de los derechos contenidos en el reglamento interno del grupo respectivo. El Tribunal entiende que, a propósito de lo resuelto

en la STC 00006-2017-PI, es inconstitucional que se impida a un congresista renunciar por motivos de conciencia a las agrupaciones políticas, situación que debería regularse en los reglamentos de los grupos parlamentarios o partidos políticos. Y esto, según se precisó, faculta a los congresistas a conformar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a los ya existentes.

51. En efecto, la renuncia por razones de conciencia no es más que una manifestación de la libertad de conciencia del congresista, derecho que no ve alterado su contenido constitucional por el hecho de asumir un cargo público de elección popular, lo cual se presenta, con mucho mayor razón, cuando el viraje ideológico se realiza por la agrupación misma. De ello se deduce que la falta de inclusión de este supuesto en los diversos reglamentos de los grupos parlamentarios no puede interpretarse en el sentido de excluir el ejercicio de algún derecho fundamental, lo cual se desprende de la fuerza normativa de la Constitución.

52. En consecuencia, el Tribunal advierte que es posible mantener vigentes los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, siempre y cuando se interprete que se encuentra reconocida la posibilidad de apartarse de la agrupación política respectiva en ejercicio del derecho a la libertad de conciencia.

53. La interpretación que aquí acaba de fijar el Tribunal obedece a la doble necesidad de que, por un lado, nuestros fallos sean cumplidos en sus propios y debidos términos (por cuanto suponen la interpretación última de la Constitución); y, de otro, a la de respetar las decisiones que, dentro del marco que la propia norma suprema reconoce, adopte el Congreso de la República para afrontar los distintos problemas que aquejan a la sociedad y al Estado.

54. Ahora bien, precisado lo anterior, es necesario enfatizar que las sanciones que establezca el Congreso deben ser aplicadas, en la medida de lo posible, de forma gradual. De este modo, se puede colegir que aquellos congresistas que renuncien por motivos ajenos al ejercicio del derecho fundamental de objeción de conciencia, o sean legítimamente separados o expulsados del grupo parlamentario por el que fueron elegidos no podrán constituir un nuevo grupo ni adherirse a otro.

55. El Tribunal advierte que, dado que los procesos disciplinarios tienen carácter público, la sociedad tiene derecho a conocer las causas de las sanciones impuestas y por ende, también, los reglamentos internos de los diferentes grupos parlamentarios. Este Tribunal ya ha llamado la atención sobre la necesidad de que dichos reglamentos internos sean de conocimiento público en tanto que establecen 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 (Sentencia 0006-2017-PI/TC, fundamento 164).

56. Atendiendo a que dichos reglamentos no se encuentran disponibles en la página web institucional del Congreso de la República y a que esto dificulta el control ciudadano de la materia, corresponde exhortar a dicho poder del Estado para que publique los reglamentos internos de los grupos parlamentarios que se hayan presentado ante el Consejo Directivo.

57. Ahora bien el Tribunal no deja de advertir que la correcta materialización de lo previsto y la actuación regular de las instancias establecidas para conocer los casos mencionados son esenciales para el ejercicio legítimo de este derecho que asiste a los congresistas. Sin embargo, importante es anotar también que una posterior reglamentación de la implementación de dichas instancias podría devenir a su vez en inconstitucional si no se respetan las diferentes manifestaciones del derecho a un debido procedimiento.

58. Al respecto, es preciso recordar que, en el supuesto que no se respeten los estándares brindados tanto en la STC 00006-2017-PI/TC como en esta sentencia, los parlamentarios que se vean afectados por ya no formar parte de su grupo parlamentario o agrupación política con ocasión de alguna disidencia legítima -como puede presentarse, por ejemplo, en el caso que renuncien por razones de conciencia o que sean expulsados de sus agrupaciones por manifestar una opinión distinta en ejercicio de ese derecho- tienen habilitadas las vías legales correspondientes para exigir el cumplimiento de las decisiones de este Tribunal. Como se ha afirmado en nuestra jurisprudencia, "el contenido de las sentencias que han adquirido tal condición [cosa juzgada] no puede ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos o incluso por particulares (inmutabilidad). La vinculación a los poderes públicos y los efectos generales que producen tales sentencias implican la existencia de un mandato imperativo constitucional y legal de que las sentencias de este Colegiado sean cumplidas y ejecutadas en sus propios términos" [RTC 0002-2011-PI/TC, fundamento 2, STC 00006-2006-CC/TC, fundamento 39].

59. Por lo expuesto, corresponde declarar infundada la demanda en el extremo referido a la inconstitucionalidad del inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, modificado por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, siempre y cuando se interprete que no está prohibida la renuncia de los congresistas de agrupaciones políticas en el supuesto de disidencia por razones de conciencia debidamente justificadas. En consecuencia, los congresistas que se encuentran en dicha condición se encuentran habilitados para conformar un nuevo grupo parlamentario o adherirse a otros en caso se ejerza este derecho.

2.2. La constitucionalidad del inciso 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso que crea el "Grupo Parlamentario Mixto"

60. El artículo 37 inciso 6 del Reglamento del Congreso, modificado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, establece que los congresistas

que hayan sido víctimas de vulneración de sus derechos fundamentales están facultados a integrarse al Grupo Parlamentario Mixto. Asimismo, mantienen el derecho a seguir perteneciendo a su grupo parlamentario o de adherirse a otro.

61. Al respecto, es preciso que este Tribunal realice algunas acotaciones respecto de la noción del "grupo parlamentario mixto". Sobre ello, en el Derecho comparado, las fuentes para extraer aspectos concernientes con la naturaleza o atribuciones de este grupo se desprenden de la Constitución o el Reglamento del Congreso, según cuál sea la norma que lo regule. De ahí que, en algunos países, estos grupos parlamentarios incluso tengan naturaleza constitucional. En esencia, se trata de grupos de carácter residual, en el que son incorporados aquellos congresistas que no tengan alguna ubicación en un grupo parlamentario. Sobre ello, es importante recordar que el grupo mixto tiene para sus defensores su razón de ser en el hecho que si bien la relación entre partidos y grupos parlamentarios es evidente, no se trata de una correspondencia exacta [*cfr.* Torres del Moral, Antonio. Los Grupos Parlamentarios. Revista de Derecho Político. Número 9, Año 1981, pág. 23], lo cual obedece a la especial composición y naturaleza del Congreso de la República.

62. En el modelo peruano, la única mención que existe a los grupos parlamentarios en general es aquella que se encuentra en el artículo 101 de la Constitución, disposición que, por cierto, no hace mención alguna a las atribuciones ni al estatuto de quienes lo integran. No existe, por el contrario, mención alguna a la noción de grupo parlamentario mixto, el cual es una creación estrictamente infra-constitucional, en específico, proveniente del Reglamento del Congreso de la República.

63. De conformidad con las disposiciones que regulan al grupo parlamentario mixto, se desprende que se trata de un grupo que tiene los mismos derechos y atribuciones que corresponden al Grupo Parlamentario integrado por el menor número de Congresistas formado al inicio del período parlamentario. Esto es, no se trata de un grupo que pueda verse diferenciado en razón de sus competencias respecto de otras agrupaciones, mas sí en cuanto a los congresistas que lo integran. Así, conforme se prevé en la misma disposición objetada,

> [l]os congresistas que hubiesen renunciado de conformidad con el segundo párrafo del numeral 5 o aquellos cuya sanción de expulsión hubiese sido revocada o anulada de conformidad con lo previsto en el numeral 4, podrán adherirse a otro grupo parlamentario o integrar el Grupo Parlamentario Mixto, el cual al cumplir lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 37, tiene los mismos derechos y atribuciones que corresponden al Grupo Parlamentario integrado por el menor número de congresistas formado al inicio del

> periodo parlamentario, asimismo, en cuanto a la aplicación de los principios de proporcionalidad y pluralismo.

64. En dicha disposición el Congreso está regulando las consecuencias de dos supuestos específicos:

> a. La renuncia de miembros del grupo parlamentario por vulneración de sus derechos (conforme a los supuestos contemplados excepcionalmente en el segundo párrafo del inciso 5).
>
> b. La expulsión irregular (que haya sido revocada o anulada conforme al inciso 4).

65. En el literal b) del fundamento 132 de la Sentencia 0006-2017-PI/TC se estableció que cuando se trate de casos de disidencia política donde no se verifique que el apartamiento del grupo parlamentario responde a 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.).

66. En tal sentido, la regulación de un Grupo Parlamentario Mixto, en la práctica, refleja el acatamiento de la sentencia emitida por este Tribunal. No obstante, resulta necesario hacer algunas precisiones. Así, respecto a quiénes pueden formar parte del Grupo Parlamentario Mixto resulta pertinente recordar lo dispuesto por el Tribunal en el fundamento 78 de la ya aludida Sentencia 0006-2017-PI:

> 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 atendibles, 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.

67. De esta forma, del congresista que ha sido víctima de procedimientos y sanciones irregulares no puede decirse que ha tergiversado el sistema representativo. Por el contrario, este Tribunal entiende que el Estado cuenta con el deber de garantizar

el derecho a la participación política de quienes hayan sido víctimas de la vulneración de sus derechos fundamentales.

68. En tal sentido, resulta pertinente que un congresista en tal situación, además de la opción de mantenerse en su agrupación original o de adherirse a otra, tenga la opción de integrar un grupo especial con otros congresistas que se hayan encontrado en su misma situación. No puede obligarse a que en los casos de disidencia obligatoriamente se vaya a un grupo mixto. Puede adherirse a una bancada, e incluso si cumple con los requisitos previstos para ello, formar una nueva bancada o adherirse a un grupo mixto.

69. Lo expuesto pone de manifiesto que, a través de una interpretación conforme a la Constitución, pueden absolverse sin llegar a una declaración de inconstitucionalidad las alegadas vulneraciones respecto de los derechos a la libertad de conciencia, participación política o libre asociación, o al principio de interdicción al mandato imperativo. El establecimiento de un Grupo Parlamentario Mixto termina sirviendo más bien como una opción más para asegurar que tales derechos no se afecten, pues un congresista que sufre una amenaza o afectación a cualquiera de esos derechos puede abandonar su agrupación y formar parte del Grupo Parlamentario Mixto.

70. Cabe entonces tener presente que, conforme a lo explicado en los fundamentos precedentes, los congresistas que se retiraron de su agrupación por razones de conciencia pueden formar un nuevo grupo parlamentario o adherirse a otro. En consecuencia, debe interpretarse que también se encuentran habilitados para integrarse, en caso así lo deseen, al Grupo Parlamentario Mixto.

71. También advierte el Tribunal que, de conformidad con la normatividad impugnada, el denominado Grupo Parlamentario Mixto "tiene los mismos derechos y atribuciones que corresponden al Grupo Parlamentario integrado por el menor número de Congresistas formado al inicio del período parlamentario". La inserción de esta cláusula de igual trato no es baladí, pues permite que los que integran este grupo puedan gozar de los mismos beneficios que los integrantes de otros grupos. Esto es más importante si se considera que, en un escenario probable, un congresista puede legítimamente decidir no ser parte de alguno de los grupos parlamentarios que ya han sido reconocidos por el Congreso de la República, ni formar parte de uno nuevo. No se asume con ello un único alcance del concepto "representación parlamentaria", sino que, en una interpretación conforme a la Constitución, se admiten diversas perspectivas válidas al respecto, las cuales habilitan diferentes posibilidades de acción al respecto.

72. En todo caso, y sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal exhorta al Congreso de la República a regular, de una forma más exhaustiva, el estatuto y la condición de los integrantes del Grupo Parlamentario Mixto. Al respecto, se puede advertir, por ejemplo, que no se ha regulado si es que existe un plazo para que los congresistas que se hubiesen apartado por motivos legítimos de su agrupación política puedan unirse a otro grupo parlamentario, lo cual, en caso de no ocurrir, podría generar que automáticamente se le integre al Grupo Parlamentario Mixto, de conformidad con la normatividad aprobada. Esto es aun más necesario si es que, por su naturaleza, este grupo mixto no se caracteriza por su cercanía ideológica ni por la disciplina que puede existir en otras agrupaciones políticas [*cfr.* Pitarch, Ismael. El Grupo Mixto y sus alternativas. Corts: Anuario de Derecho Parlamentario. Número 1, Año 1995, pág. 41], lo cual obedece a la especial condición de sus integrantes.

73. De esta manera, el Tribunal concluye que la implementación del Grupo Parlamentario Mixto puede, si es debidamente interpretado, ser compatible con una comprensión conforme a la Constitución del sistema representativo. Es más, en ese contexto puede obedecer a un principio fundamental que es el de garantizar la participación política del congresista. Esto finalmente se traduce en un fortalecimiento del sistema representativo.

74. Ahora bien, no se debe dejar de lado que, en muchas ocasiones, los parlamentarios han terminado siendo consumidos por los partidos políticos y los grupos parlamentarios. En efecto, si bien se les ha reconocido históricamente un conjunto de garantías frente al electorado, lamentablemente no ha ocurrido lo mismo en relación con la existencia de ciertos derechos en el interior de las propias agrupaciones política. De ahí que sea importante, como ya expusimos en la STC 0006-2017-PI/TC, que el Congreso de la República, en coordinación con otras entidades del Estado, continúe con la deliberación y adopción de todas aquellas reformas que sean necesarias para garantizar que la ciudadanía se vea efectivamente representada en su Congreso; y que ello no suponga, a su vez, el desconocimiento del rol importante que los partidos políticos han tenido en nuestra historia.

75. En consecuencia, corresponde declarar infundado el extremo de la demanda referido a la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, modificado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, siempre y cuando se comprendan sus alcances de acuerdo con lo planteado entre los fundamentos 64 a 74 de esta misma sentencia.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 1 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, siempre que el artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República se interprete en el sentido de que no está prohibida la renuncia de los congresistas de las agrupaciones políticas en el supuesto de disidencia por razones de conciencia debidamente justificadas. De ello se desprende que los parlamentarios que se encuentren en dicha situación podrán conformar un nuevo Grupo Parlamentario, adherirse a uno ya existente o recurrir a la fórmula de configurar un Grupo Parlamentario mixto.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.
3. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que publique los reglamentos internos de todos los grupos parlamentarios que se hayan presentado ante el Consejo Directivo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0001-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a la decisión de mis colegas del Tribunal Constitucional, si bien me encuentro de acuerdo que la demanda sea declarada infundada, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

Sobre la decisión adoptada en el presente caso

1. En el Expediente 0006-2017-PI/TC, 41 congresistas de la República cuestionaron diversas modificaciones realizadas a los incisos 4 y 5 del artículo 37 y el inciso d del artículo 22 del Reglamento del Congreso por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR. Cabe recordar que en aquella oportunidad, si bien se alegó que las modificaciones cuestionadas tenían como finalidad evitar situaciones de "transfuguismo" dentro de los grupos parlamentarios existentes en el Congreso de la República, y así garantizar el principio de democracia representativa, la mayoría de magistrados de este Alto Tribunal concluimos en que las referidas modificaciones vulneraban los derechos fundamentales de los congresistas a la libertad de conciencia, a la participación política y al principio de interdicción de mandato imperativo. Ello, en tanto los congresistas que se retiraban, renunciaban, eran separados o eran expulsados de sus grupos parlamentarios estaban impedidos de conformar otros grupos parlamentarios o adherirse a los ya existentes, sin tomar en cuenta si el alejamiento del congresista de su bancada atendía a motivos legítimos, en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de conciencia.

2. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso que el grupo parlamentario cambie repentinamente de postura ideológica a la inicialmente adoptada y el congresista no se sienta conforme con esta nueva visión política, o cuando el congresista adopte una postura distinta a la mayoría de su bancada en temas sensibles que exijan un voto de conciencia. De allí que, ante estos casos, no se pueda restringir al congresista alejado de su grupo parlamentario a conformar otros grupos o a adherirse a los ya existentes. Por estas razones es que la mayoría de magistrados de este Alto Tribunal, entre los que se encuentra el suscrito, declaró fundada la demanda e inconstitucional el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República, así como otras disposiciones conexas con esta.

3. En el presente caso (Expediente 0001-2018-PI/TC) los demandantes invocan la inconstitucionalidad de los incisos 5 y 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, modificado e incorporado, respectivamente, por los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, a fin de garantizar el "Fortalecimiento de los Grupos Parlamentarios", sobre la base de similares argumentos a los expuestos en su oportunidad en el Expediente 0006-2017-PI/TC. Es evidente entonces que, al tratarse de la misma materia regulada la que es puesta en controversia ante este Tribunal Constitucional (restricciones para conformar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a los ya existentes a aquellos congresistas que se alejen de sus grupos parlamentarios), no cabe duda que el presente proceso de inconstitucionalidad guarda relación con aquel en el que se emitió la sentencia recaída en el Expediente 0006-2017-PI/TC.

4. Sin embargo, se advierte que en el presente fallo la parte resolutiva de la sentencia declara más bien infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada por los congresistas accionantes; decisión a la que, por cierto, me adscribo plenamente. Al respecto, debo señalar que el voto que emití en la sentencia recaída en el Expediente 0006-2017-PI/TC es totalmente congruente con la decisión que adopto en el presente caso, que no tiene otro propósito que el de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los congresistas que, bajo razones legítimas y amparadas por la Norma Fundamental, deciden dar un paso al costado de sus grupos parlamentarios.

5. En todo caso, la diferencia de que en el Expediente 0006-2017-PI/TC me haya pronunciado por declarar fundada la demanda, mientras que en el presente caso (Expediente 0001-2018-PI/TC) opte más bien por declarar infundada la demanda, responde básicamente a dos razones ciertamente atendibles:

a) Si bien en ambos casos se cuestionó el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República, el enunciado legislativo o disposición cuya constitucionalidad se analiza en ambos procesos es diferente. Así, en el Expediente 0006-2017-PI/TC se analizó la constitucionalidad del inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, modificado por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, que señalaba lo 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.

Mientras que en el presente caso, se está analizando la constitucionalidad del vigente inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, modificado por la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR que señaló lo 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 renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario 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.
>
> ***Dicha prohibición no resulta aplicable a los Congresistas que renuncien al Grupo Parlamentario, por vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario, pudiendo recurrir para tales efectos, en primera instancia ante el Grupo Parlamentario y en segunda y definitiva instancia ante el Consejo Directivo*** (resaltado nuestro)**.**

Se advierte entonces que las disposiciones cuestionadas, si bien versan sobre la misma materia, claramente son diferentes. A modo de ejemplo, en esta última disposición, a diferencia de la anterior, se establecen excepciones a la prohibición de conformar nuevos grupos parlamentarios, o adherirse a los ya existentes, a los congresistas que renuncien o que sean separados o expulsados de sus grupos parlamentarios: a) cuando un congresista renuncie a su grupo parlamentario por vulneración a las garantías del debido procedimiento parlamentario; y b) cuando un congresista renuncie a su grupo parlamentario por haberse vulnerado sus derechos previstos en el reglamento del grupo parlamentario.

Adicionalmente, en el presente caso se analiza también la constitucionalidad del inciso 6 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República (incorporación al "Grupo Parlamentario Mixto"), que no fue materia de cuestionamiento anteriormente. Esto se explica en razón a que la creación del "Grupo Mixto" constituyó una recomendación realizada por este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0006-2017-PI/TC.

b) Si bien en el presente caso se declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso (modificado por la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR), ello se produce en tanto se entienda que la renuncia de los congresistas a sus grupos parlamentarios bajo motivaciones legítimas es válida en términos constitucionales, por lo que no les alcanzan las restricciones e impedimentos previstos por el legislador para conformar nuevos grupos parlamentarios.

   Para tal efecto, en el caso de autos se recurre a la técnica de las **sentencias interpretativas,** que ha sido utilizada recurrentemente por este Tribunal Constitucional. Como se ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente 0012-2014-PI/TC (fundamento 29):

   Este Tribunal Constitucional, siguiendo la tipología de sentencias desarrolladas en la jurisprudencia comparada, ha recogido una variedad de fórmulas intermedias entre la simple anulación de una ley o su confirmación de constitucionalidad (...). Tales fórmulas se han desarrollado en el marco de la colaboración que corresponde a los poderes del Estado en la defensa de los derechos fundamentales y la primacía constitucional. Estos mecanismos de colaboración han permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido, a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad.

6. En virtud a todo lo expuesto, soy categórico en reafirmar mi posición como juez constitucional ante el presente caso, al igual que lo expresé en la sentencia emitida en el Expediente 0006-2017-PI/TC: se debe garantizar plenamente que los congresistas que renuncien por motivos legítimos, amparados por el derecho a la libertad de conciencia, tengan la posibilidad de: i) adscribirse a otro grupo parlamentario ya existente; ii) conformar un nuevo grupo parlamentario o iii) formar parte del grupo parlamentario mixto. Ello, a fin de que los congresistas puedan cumplir con el mandato parlamentario encomendado por el pueblo, de acuerdo a la Constitución.

7. Asimismo, y como ya lo expliqué, la decisión de declarar infundada en esta ocasión la demanda obedece a que: a) el tenor literal del inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso analizado en el presente caso es distinto al que fue declarado inconstitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0006-2017-PI/TC, y b) si bien se declara infundada la demanda, se recurre a la técnica de las sentencias interpretativas para adscribirle a la disposición impugnada un sentido

interpretativo conforme con la Constitución, y así evitar declarar su inconstitucionalidad.

Sobre la necesidad de exhortar a que la renuncia legítima de un congresista también se contemple en el Reglamento del Congreso de la República

8. La sentencia señala que se debe entender que los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, que modifican el inciso 5 e incorporan el inciso 6 al artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República son constitucionales, siempre y cuando se interprete que se encuentra reconocido, como un supuesto permitido, la renuncia legítima de un congresista de su grupo parlamentario al amparo del derecho a la libertad de conciencia (fundamento 52). Se indica además que en estos casos se permitirá que los congresistas renunciantes puedan: i) adherirse a un grupo parlamentario ya existente; ii) conformar un nuevo grupo parlamentario, e inclusive iii) formar parte del grupo parlamentario mixto (fundamentos 59 y 70). Finalmente, el fallo exhorta a que este derecho de renuncia legítima sea reconocido en los reglamentos de los grupos parlamentarios (fundamento 50).

9. 9. Evidentemente respaldo esta decisión, y adicionalmente considero necesario que el derecho de renuncia legítima por parte de los congresistas que ejercen una disidencia válida en términos constitucionales también sea contemplado, de manera expresa, en el Reglamento del Congreso de la República. Ello, en tanto constituye la norma que *"precisa las funciones del Congreso y de la Comisión Permanente, define su organización y funcionamiento, establece los derechos y deberes de los Congresistas y regula los procedimientos parlamentarios"* (artículo 1).

10. Y es que, dada la importancia de la materia a regular, considero que el derecho de renuncia legítima debe estar previsto no solo en los reglamentos de los diversos grupos parlamentarios sino también en la norma basilar que guía la actuación de los congresistas, y que además les garantiza un trato uniforme, con independencia del estatuto que tenga cada congresista de acuerdo a lo establecido en el reglamento interno de la bancada o grupo parlamentario al que pertenezca.

11. Considero además que esta exhortación adicional no resulta contradictoria con el hecho de que en el presente caso se haya declarado constitucional el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso a partir de la técnica de las sentencias interpretativas. Que en el fallo concreto se refiere a que se interprete el reconocimiento del derecho a la renuncia legítima de los congresistas de sus grupos parlamentarios, al amparo del derecho a la libertad de conciencia.

12. De hecho, la exhortación que pueda realizar este Tribunal Constitucional al Congreso de la República a fin de que regule sobre determinadas materias, impli-

ca un reconocimiento y respeto al ámbito de competencias de esta entidad, en atención al principio constitucional de corrección funcional (STC. Expediente 05854-2005-PA/TC). De otro lado, solicitar que el Congreso regule un aspecto cuya constitucionalidad ha sido validada por este Tribunal permite optimizar la materia que se pretende regular. Un claro antecedente de lo señalado se aprecia en la sentencia recaída en el Expediente 04968-2014-PHC/TC (fundamento 49):

> (...) La exhortación del Tribunal Constitucional tiene, entre otros objetivos, optimizar el contenido protegido de los derechos fundamentales que conforman el debido proceso, aminorando los riesgos de su violación. Pero no siempre puede ser interpretada en el sentido de que haya venido justificada por la detección de una omisión per se inconstitucional. Si así fuera, los principios de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución hubiesen exigido que el camino a adoptarse sea en el de la cobertura de la laguna inconstitucional vía integración del Derecho o, cuando ello no resulte posible, la inclusión en el fallo de la orden dirigida al órgano competente para su respectiva superación, entre otros.
>
> Si ninguna de ellas fue la vía utilizada prima facie, no puede interpretarse que este Colegiado haya constatado la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, sino, antes bien, la oportunidad para que el Congreso de la República, en el marco de sus competencias y atribuciones, aminore los riesgos de su eventual surgimiento.

13. Por las consideraciones precedentes, soy de la opinión que también se debe exhortar al Congreso de la República a regular expresamente el derecho a la renuncia de un congresista por razones de libertad de conciencia en el Reglamento del Congreso de la República, más allá de que este derecho también se incorpore en los reglamentos de los grupos parlamentarios, de acuerdo a lo prescrito en el fallo en mayoría.

Sobre la innecesaria distinción entre los supuestos de separación y expulsión previstos en el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso

14. De otro lado, considero que el fundamento 54 del proyecto se señala que los supuestos de separación y expulsión de un congresista de su grupo parlamentario, previstos en el artículo 37 inciso 5 del Reglamento del Congreso, deben ser aplicados, en la medida de lo posible, de manera gradual, siendo el primero más leve y el segundo más gravoso. De manera personal considero que dicho fundamento es innecesario para resolver la pretensión de autos, y que su supresión en nada modifica la decisión final adoptada en mayoría.

15. En primer lugar, considero que la sentencia en mayoría indica de manera indebida que los supuestos de separación y expulsión son sanciones que el Congreso debe establecer de forma gradual, cuando en realidad del tenor literal del inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, se advierte que dichas sanciones deben ser aplicadas por los grupos parlamentarios.

16. Asimismo, el fundamento mencionado hace una distinción entre ambos supuestos, al afirmar que la separación debe ser entendida como un caso leve, mientras que la expulsión tendría aplicación ante situaciones de gravedad. Soy de la opinión que dicha distinción es innecesaria porque el propio Reglamento del Congreso no la hace, en aplicación del principio según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete. Por cierto, este principio ya ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00016-2007-PI/TC (fundamento 9), en donde afirmó lo siguiente:

> (...) Además, debe desestimarse también la alegación de la parte demandada en el extremo que considera que solamente los colegios profesionales de alcance nacional se encuentran legitimados para interponer demandas de inconstitucionalidad. Como quiera que no hay que distinguir donde la disposición no distingue, sobre todo para restringir el acceso a la justicia, dicha interpretación no se condice con lo establecido en el artículo 203 de la Constitución que señala: "[e]stán legitimados para interponer acción de inconstitucionalidad. (...) 7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad" (resaltado nuestro).

Cabe precisar que dicho principio también es reconocido a nivel comparado, por ejemplo por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-317/12, entre otras).

17. Además, si la sentencia reconoce que la separación y la expulsión de un congresista son supuestos distintos (que se aplican gradualmente), erróneamente convalida que a los mismos se les aplique la misma consecuencia jurídica: la prohibición de conformar nuevos grupos parlamentarios.

18. En esa medida, considero que este punto debe ser desarrollado de manera exhaustiva en el Reglamento del Congreso, de manera tal que permita que los diversos grupos parlamentarios, al momento de regular sus reglamentos internos, puedan contemplar con precisión estos supuestos, generando predictibilidad en la aplicación de sanciones y garantizando la vigencia del debido procedimiento en el seno de los grupos parlamentarios. No obstante lo señalado, reitero que el fundamento

54 es innecesario para resolver la presenta causa, por lo que su supresión en nada cambia el sentido del fallo en mayoría.

S.

MIRANDA CANALES

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0001-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas, pero debo realizar algunas precisiones respecto a lo resuelto en este caso, y las consideraciones que me llevan a asumir la posición que ha asumido al respecto. Como podrá apreciarse, se ha preservado la constitucionalidad de la modificación al reglamento del Congreso que había sido impugnada, siempre y cuando las disposiciones cuestionadas (en clave de sentencias propiamente dichas, más no de sentencias interpretativas manipulativas) se comprenden dentro de parámetros que preserven su presunción de constitucionalidad.

I. Sobre nuestro papel como jueces constitucionales, o la obligación de preservar una interpretación conforme a la Constitución, y la necesidad de recurrir a una declaración de inconstitucionalidad como última ratio.

1. El Juez constitucional, sin abandonar sus tareas contraloras, es hoy, por sobre todas las cosas, un intérprete calificado de la Constitución y garante de los principios, valores y preceptos de esa Constitución, los cuales, a su vez, buscan asegurar la plena vigencia de la constitucionalidad y el Estado Constitucional. En ese tenor, su razonamiento, y su tarea de concretización, siempre deben estar dirigidos a optimizar lo prescrito en las diferentes disposiciones constitucionales, rescatando sus sentidos normativos más afines con la tutela de los aspectos que hoy caracterizan al constitucionalismo moderno. Todo ello en base a una lectura del texto constitucional sistemático consigo mismo y con los compromisos convencionales asumidos por su Estado en particular, o que han adquirido carácter de normativa ius cogens.

2. En este sentido, la clave del quehacer del juez constitucional es asegurar una interpretación conforme a la Constitución, dejando como última y extrema alternativa, según corresponda, a una declaración de inconstitucionalidad con efectos propios de un control abstracto, de acuerdo con lo previsto en cada ordenamiento jurídico general en particular; o a la inaplicación de la norma cuestionada por inconstitucional propia del control difuso. Tiene además tenerse presente que

todo ordenamiento jurídico estatal contemporáneo reconoce la existencia de una pluralidad de intérpretes vinculantes de su Constitución. En ese escenario, el juez(a) Constitucional en general, y el Tribunal Constitucional en particular, son, en un Estado específico, el intérprete vinculante final, más no el único.

3. Caben entonces interpretaciones distintas, máxime si cualquier disposición legal, infra legal, y, sobre todo, constitucional, recoge varios sentidos normativos dentro de sí. Aquello hace que puedan darse interpretaciones diferentes a aquellas que hubiese preferido, e incluso promovido el juez(a) constitucional, sin que aquello las haga per se inconstitucionales. Es más, y en la medida que la interpretación conforme a la Constitución permite distintas respuestas, el juez constitucional no puede imponer su comprensión a la de otros intérpretes vinculantes, si a su vez esas interpretaciones encajan dentro del parámetro proveniente del Texto de la Constitución, su lectura sistemática y lo que se infiere de él[11].

4. Lo importante es pues, para un Juez(a) constitucional, frente a una decisión tomada por otro intérprete vinculante de la Constitución luego de un pronunciamiento suyo, ver ante todo si esa decisión tomada, coincida o no con ello, es conforme a la Constitución. Si la decisión tomada puede tener comprensiones disímiles, que eventualmente puedan tener sentidos normativos conformes con la Constitución, pero también puedan entenderse en forma distinta, el juez constitucional deberá recurrir a, luego de distinguir entre disposición y norma, una sentencia interpretativa, que no necesariamente es manipulativa, como veremos luego, para preservar la constitucionalidad de lo resuelto (con una sentencia interpretativa denegatoria) o acotar a lo menos posible una eventual y excepcional declaratoria de inconstitucionalidad (con una sentencia interpretativa estimatoria).

5. Con ello un juez(a) constitucional cumple a cabalidad sus funciones dentro de un Estado Constitucional. Nos corresponde entonces, como miembros de un Tribunal Constitucional, ir en esa línea de acción, haciendo todos los esfuerzos posibles para preservar una interpretación conforme, labor cuyos alcances pasaré con explicar con algo más de detalle a continuación, ya con una mayor vinculación al caso que estamos analizando en particular.

---

1 Salvo, e incluso con beneficio de inventario, que expresamente una interpretación vinculante ya desarrollada, y cuya constitucionalidad no ha sido discutida, señale que en alguna materia, en principio, no debiera contgradecirse una interpretación ya hecha por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, ver lo señalado en el Código Procesal Constitucional sobre el margen de interpretación de la judicatura ordinaria en los procesos de Acción Popular ante lo resuelto por el Tribunal en procesos de inconstitucionalidad

II. Sobre el Control de Constitucionalidad y la presunción de constitucionalidad

6. Como hoy es de conocimiento general, la labor de interpretación del Tribunal Constitucional implica realizar una serie de operaciones especializadas que van más allá las utilizadas con la aplicación de los criterios clásicos del método jurídico. Ello, entre otros factores, en razón de la norma que se utiliza como parámetro de control, que no es otra que la propia Constitución Política.

7. En ese sentido, la apertura e indeterminación propia de algunas disposiciones constitucionales lleva a que las normas de rango legal, cuya constitucionalidad se pone en duda, deban ser evaluadas con sumo cuidado en su conformidad con la Constitución. Ello en mérito a que un intérprete vinculante de la Constitución bien podría, mediante una interpretación caprichosa de los alcances de las disposiciones constitucionales desnaturalizar o restringir arbitrariamente la producción normativa.

8. Es por ello que el examen de constitucionalidad de las normas con rango de ley por parte del Tribunal Constitucional debe realizarse efectuando una serie de recaudos, siguiendo los parámetros técnicos ya previstos al respecto y en atención a la mayor reflexión que ya se haya dado en los espacios de mayor reflexión sobre estos temas. No se puede, pues, tratar un asunto tan delicado como este con una aproximación superficial, desde la mera intuición o repitiendo mecánicamente técnicas propias de otras ramas del Derecho.

9. Dicho esto, considero importante tener presente un elemento indispensable en la interpretación de la Constitución y el control de constitucionalidad de las normas: la presunción de constitucionalidad. Y es que todas las normas producidas por los diversos organismos existentes en un ordenamiento jurídico gozan, en principio, de esta presunción iuris tantum a su favor, por la cual éstas se reputan constitucionales, salvo se demuestre una inconstitucionalidad abierta. En dicho caso, los jueces deben adoptar una interpretación que concuerde con el texto constitucional, criterio reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (00020-2003-AI/TC, f.33, entre otros Pronunciamientos).

10. La presunción de constitucionalidad de las normas no se sustenta en una mera deferencia hacia el legislador, sino que encuentra su red fundamento en la legitimidad con que cuentan las actuaciones de, por ejemplo, el órgano legislativo y representativo; y, tal vez en un sentido más práctico, se vincula a la eficacia de las normas generadas por dicho legislador. Ello toda vez que la inexistencia de esta presunción llevaría a un estado permanente de cuestionamiento e inseguridad jurídica que imposibilitaría una convivencia en paz social.

11. Afirmado este punto de partida, es necesario apuntar que esta presunción de constitucionalidad tiene como consecuencia natural a la obligación dirigida a los jueces constitucionales de interpretar, en la medida de lo posible, de modo que se preserve la constitucionalidad de la norma. Es así que, entre varios sentidos normativos un juez, en un caso concreto, tendrá que optar por aquel sentido que mantenga la norma en el cauce constitucional (que, excepcionalmente, que permita acotar la inconstitucionalidad al menor ámbito de acción posible).

12. Ahora bien, para ello será necesario realizar una adecuada distinción entre disposición y norma. En ese sentido, la disposición jurídica (que comprende tanto a una disposición como un fragmento de disposición, una combinación de disposiciones o una combinación de fragmentos de disposiciones), viene a ser el texto que un determinado documento jurídico contiene. De otro lado, la norma o los sentidos normativos son los distintos significados que el sujeto intérprete ha atribuido a la disposición jurídica a través de la interpretación. En términos muy difundidos, entre otros, por Guastini, se llamará "disposición" a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes. "Norma" será cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido a una disposición.[2] Esta distinción tampoco es novedosa en la jurisprudencia. Ha sido adoptada pacíficamente por este Tribunal Constitucional, y con relevancia para este caso desde "Tineo Silva" (00010-2002-AI/TC).

13. Tenemos entonces que, si de una disposición se pueden extraer varias normas o significados, es plausible que algunos de esos significados posibles sean constitucionales, mientras que otros no lo sean. Esta distinción disposición-norma es aquello que permite que un juez pueda optar por aquella interpretación constitucional que será precisamente más atenta a observar la legitimidad constitucional y democrática de las normas emitidas por el Congreso.

III. La interpretación conforme a la Constitución como primera obligación del juez o jueza constitucional.

14. Partiendo de lo aquí afirmado, la obligación del juez constitucional se va delineando no solo hacia optar por la norma que permita salvar la constitucionalidad de cualquier disposición impugnada, sino también va a dirigir a todos sus esfuerzos por llegar a ese resultado. Ahora bien, si ello puede predicarse como algo obligatorio para todos los jueces en las interpretaciones que realizan, conviene aquí anotar que en el caso del Tribunal Constitucional esto implica algunos matices a tomar en cuenta.

---

2 GUASTINI, Riccardo. Disposición vs. Norma. Traducido por Mar Fernández Pérez. En: Disposición vs. Norma (2011). Lima, Palestra Editores. p. 136.

15. Y es que corresponde al Tribunal Constitucional, conforme al artículo 202, inciso 1, conocer el proceso de inconstitucionalidad en instancia única, en lo que constituye un control abstracto de las normas. Dicha competencia, que puede tener como consecuencia la expulsión de una norma del ordenamiento, no debe ser ejercida, como ya la experiencia y años de jurisprudencia lo demuestran, de forma mecánica.

16. Justamente este Tribunal encontró que para tratar temas tan sensibles como el de la denominada "Legislación Antiterrorista", y otorgar una salida constitucional a la normativa prevista sin dejar de lado los fines que buscaba las diferentes disposiciones previstas en su texto original. Podemos afirmar, pues, que aquella perspectiva que entiende el control de constitucionalidad como un ejercicio que se debate solo entre dos opciones (constitucional - inconstitucional sin mayor análisis) ha quedado obsoleta. La complejidad de los casos puestos en conocimiento de un Tribunal Constitucional, y el alto interés público que supone la resolución de dichos casos, obliga a observar opciones que vayan más allá del falso dilema de contar solo con dos posibilidades.

17. Es así que se apuntala la interpretación conforme como una posibilidad para salvar, en función de la distinción entre la disposición y la norma, sentidos constitucionales para una disposición que, leída equivocadamente, podría dar lugar a normas inconstitucionales. El origen de este ejercicio proviene de la jurisprudencia norteamericana, como lo explican Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor:

> "la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos previamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. En primer lugar, de acuerdo con dicha jurisprudencia, todas las normas generales deben interpretarse *in harmony with the Constitution,* principio al que debe agregarse la regla sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema. De acuerdo con estos principios una norma general no debe declararse inválida así sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la sentencia estimatoria posee efectos generales como en el sistema europeo." [3]

18. Ahora bien, y yendo ya a lo que corresponde al caso que nos ocupa, es posible discutir si el Congreso, a la hora de modificar su Reglamento, cumplió con los

3 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Héctor FIX ZAMUDIO. Las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima, 2009, p. 31-32

parámetros que podían deducirse de un anterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta materia. Sin embargo, habría que dejar claro que lo que se está planteando es un nuevo proceso de inconstitucionalidad, que pretende enjuiciar la nueva regulación planteada por el Congreso de la República. Es en dicho sentido que lo que corresponde discutir en este caso, como ya se adelantó en un acápite anterior de este mismo texto, es si lo plasmado por el Congreso como nueva redacción de su Reglamento aquí puede o no leerse conforme a la Constitución, independiente de las simpatías o antipatías que esa propuesta pueda generar en un juez constitucional.

19. Conviene entonces aquí resaltar que las interpretaciones de la Constitución que haga el Congreso de una norma constitucional, que son presupuesto a su vez para la elaboración de una norma de rango legal, no tienen en principio un valor ni mayor o menor a las interpretaciones que realiza el Tribunal Constitucional. Le corresponde al Tribunal ser el intérprete vinculante de cierre interno, tema al cual volveré en este mismo texto.

20. Y es que cada ordenamiento jurídico estatal determina a que entidades o personas les reconoce una interpretación vinculante de su Constitución, para luego distinguir si dicha competencia se la otorga solamente en algunos temas o en todos; y, en cualquier caso, con qué intensidad asigna dicha atribución. En el Perú, en principio se ha reconocido la posibilidad de desarrollar interpretaciones vinculantes de nuestra Constitución a las siguientes entidades: el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Congreso de la República y el Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral.

21. En este escenario, no debe perderse de vista que el Congreso es el intérprete vinculante ordinario de la Constitución (al corresponderle dictar las leyes, tiende a ser el primero que va a efectuar una interpretación vinculante del texto Constitucional), pero esa interpretación vinculante puede ser revisada por entidades de naturaleza jurisdiccional como el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. Se repite entonces aquí también lo que actualmente es una constante a nivel mundial: encomendar a los jueces ordinarios, y sobre todo, a los jueces constitucionales de un Tribunal Constitucional el rol de intérpretes de cierre de la Constitución.

22. Sin embargo, el juez constitucional no es un intérprete excluyente. Le corresponde cerrar el círculo de interpretaciones en tanto es necesario dar un fin a ello, mas no impone en todos los casos sus interpretaciones. Es por ello que, y como también ya se anotó en este voto, en caso existan varias interpretaciones posibles de una disposición constitucional, es perfectamente factible optar por alguna que

no sea la sugerida por un Tribunal Constitucional, en caso dicho Tribunal hubiese formulado alguna postura al respecto. Una comprensión distinta no es per se inconstitucional. Eso deberá ser analizado y terminado, solamente como última alternativa por el juez(a) constitucional, y sobre todo, por el Tribunal Constitucional.

23. En síntesis: en la mayoría de casos, el Tribunal Constitucional busca expulsar del ordenamiento una disposición con rango de ley, o por lo menos moderar los efectos de su comprensión del tema en el tiempo. Ahora bien, y, justo es anotarlo, en aquellos casos en los que se sugiere una fórmula normativa, donde se asume intrínsecamente una determinada interpretación de la Constitución, dicha fórmula puede ser no ser acogida en favor de alguna otra que también se encuentre en los parámetros constitucionales, aunque no haya sido dictada por el mismo Tribunal Constitucional. Aquello no obsta para que el Tribunal no pueda declarar inconstitucional la decisión tomada por el Congreso o ser otro intérprete vinculante de la Constitucional, pero, insisto, como última ratio. Es en este contexto que toma especial relevancia el uso de las sentencias interpretativas, tema que abordaré a continuación.

IV. Sobre las sentencias interpretativas

24. En el esfuerzo de cumplir con su labor de interpretación conforme, los tribunales constitucionales hoy utilizan la técnica de las sentencias interpretativas, para así mantener la norma dentro de los cánones constitucionales.

25. Y es que actualmente el trabajo de un Tribunal Constitucional es el de, incluso más que declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas con rango de ley, proporcionar los parámetros interpretativos en función de los cuales los jueces ordinarios y cualquier otro ciudadano deben comprender y aplicar las leyes. En ese escenario, corresponderá al Tribunal Constitucional emitir sus sentencias estimatorias o desestimatorias sin dejar vacíos o lagunas, debiendo entonces acabar con cualquier incoherencia o confusión que puede encontrar, o por lo menos, buscando vincular al legislador en la subsanación de eventuales deficiencias.

26. Hay, como es de conocimiento general, diferentes tipos de sentencias interpretativas. En las sentencias de simple anulación el juzgador constitucional resuelve sin más dejar sin efecto toda o solamente una parte de una ley o norma con rango de ley. En las sentencias interpretativas propiamente dichas, lo que se declara inconstitucional es aquella interpretación reputada errónea o indebida de una norma en particular, equivocación mediante la cual se le ha dado un contenido y un significado distintos a aquellos que en principio le correspondían. Dicho con otras palabras, aquí el juez constitucional no pone ni quita nada, sino que, dentro de varios sen-

tidos normativos dentro de una disposición, sino que escoge el sentido normativo que considera conforme a la Constitución. Ello en el caso de una disposición que omite precisiones implicará determinar si esa disposición habilita o no al supuesto impreciso ante la omisión en que se había incurrido.

27. Las sentencias interpretativas-manipulativas implicarán un cambio en los que el juzgador o juzgadora competentes inicialmente encuentran en las disposiciones sometidas a su análisis. Y es que estos juzgadores deben hacer frente a que su tarea de preservar una interpretación conforme a la Constitución cuando se encuentra con disposiciones que determinan en principio algún contenido normativo que puede ser considerado inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley, subdividiéndose por ello a su vez en sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas y exhortativas.

28. Entrando un poco más en el detalle de esta última subdivisión, sentencias reductoras son aquellas en las cuales se anota que parte de un texto cuestionado es inconstitucional, inconstitucionalidad que buscará revertirse recortando su contenido normativo conforme a la Constitución invocable, y, por ende, circunscribiendo su posible comprensión a casos concretos en sede administrativa o judicial. Sentencias aditivas serían las que, para salvar la determinación de una inconstitucionalidad, se procede a añadir algo a lo hasta entonces vigente para así alcanzar su constitucionalidad. Sentencias sustitutivas es la denominación que reciben aquéllas donde simultáneamente se declara la inconstitucionalidad parcial del sentido de una disposición y se incorpora una modificación del aspecto de dicha disposición que acaba de señalarse como posible de inconstitucionalidad, produciendo así un cambio o alteración de parte de la literalidad de una ley. Finalmente, las sentencias exhortativas únicamente implican la emisión de recomendaciones para que, dentro de un plazo más bien razonable, se expidan normas en puridad acordes con los parámetros constitucionales vigentes.

29. Esta sistematización básicamente coincidente co la clasificación recogida y difundida por Diaz Revorio[4] , fue también tomada ya hace varios años por el Tribunal Constitucional y forma parte de su acervo jurisprudencial. En una aproximación a lo señalado por la jurisprudencia, resulta pertinente retomar lo que ya ha sido asumido en el Perú en torno a las sentencias interpretativas, las cuales se caracterizan de la siguiente manera:

> "En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley

4 DIAZ REVORIO, Javier. Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. Pensamiento Constitucional Año VII, N° 8, p. 188-189

o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de egéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando" del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes"; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Conviene tener presente en qué consisten:

- El principio de conservación de la ley. Mediante este axioma se exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última ratio a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

- El principio de interpretación desde la constitución. Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista po-

> lítico, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un "tiempo", un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.
>
> En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.
>
> Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los "huecos normativos" emanados de un simple fallo estimatorio.
>
> Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento." (00004-2004-CC/TC, f.3)

30. En el caso concreto sometido a nuestro análisis, el Tribunal se ha limitado a recurrir a sentencias interpretativas propiamente dichas, pues, ante la imprecisión que se incurra en las disposiciones cuestionadas, el Tribunal sin añadir nuevos supuestos o elementos a dichas disposiciones, procede a escoger aquellos sentidos o contenidos normativos que le permiten cumplir con su obligación funcional de interpretación conforme a la Constitución, con prescindencia de muy respetables especulaciones, más propias de un análisis político. Tampoco estamos aquí ante el uso de sentencias manipulativas aditivas que, como hemos visto en este mismo texto, involucran un ejercicio interpretativo que no ha sido necesario en este caso en concreto.

Una reflexión adicional, más vinculada a la representación en sede parlamentaria

31. Aprovecho la oportunidad para, en función al tema de representación planteado en este caso en concreto, una materia de especial relevancia es el de cómo se va construyendo ese concepto (representación) con las normas que desarrollan los preceptos constitucionales en materia parlamentaria. Y es que las decisiones que toma el Congreso de la República del Perú respecto a cómo es que se va a organizar el propio Congreso peruano, deben partir de una reflexión que se inserta en el modelo asumido por el Poder Constituyente de nuestro país sobre lo que es representación política.

32. En torno a lo expresado es que haré alguna reflexión, la cual considero debiera ser paso obligatorio para la futura discusión sobre la configuración de grupos

parlamentarios y la organización de los congresistas en el Congreso. Como señala la ponencia, existen aun algunos espacios que se encuentran sujetos a un desarrollo posterior, como los relativos al plazo a tomar en cuenta para la conformación de una bancada mixta. Iniciar ese debate sin una reflexión general como la que propone el Tribunal Constitucional, podría implicar caer nuevamente en inconstitucionalidad, como también ya se ha advertido en esta misma sentencia.

33. En cuanto al modelo de representación asumido por el Constituyente peruano, éste, antes que ampararse en disposiciones aisladas de la Constitución, la identificación de dicho modelo parte de una lectura sistemática de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. En ese sentido, las normas de la Constitución peruana de 1993 que informan el concepto de representación política van desde el artículo 2, inciso 17 (que reconoce el derecho a la participación política en forma individual o asociada) y al artículo 35 (que se refiere específicamente a que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas). Se dice además en dicho artículo, el 35, que dichas organizaciones políticas concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. No menos importante es el artículo 93, el cual ilustra la prohibición del mandato imperativo, afirmando también que los congresistas representan a la Nación.

34. Como puede notarse, esta colección de disposiciones, leídas en conjunto, proyectan un modelo de representación que acoge a los partidos políticos y grupos parlamentarios, mas no los concibe como formas únicas para ejercer la participación política. Es necesario así diferenciar el mandato del constituyente de las opciones con las que cuentan los poderes constituidos para, dentro de ese mandato, desarrollar las disposiciones constitucionales. Entonces, y sin desmerecer la relevancia de los partidos políticos, cuya labor es central para fortalecer la Democracia. Ahora bien, y tal como vemos tomando en cuenta lo previsto en el ordenamiento constitucional peruano, el ejercicio de la Democracia en el Perú, y de la representación parlamentaria en el Congreso peruano, es de los partidos, sino a través (y no de forma excluyente) de esos partidos. En el Perú, por lo menos lo expuesto debe llevar a buscar un necesario equilibrio entre la necesidad de fortalecer a los partidos políticos y el respeto a un mandato de los congresistas a nombre de la Nación y sin carácter imperativo.

35. Sin duda alguna, lo señalado en la Constitución otorga un margen al legislador para establecer regulaciones sobre la representación política de diverso tipo, sin que una opción, nuevamente, dentro de los márgenes de lo previsto en la Constitución, sea a priori preferible sobre otra, o sea per se inconstitucional.

36. No es pues extraño para el Tribunal Constitucional el consenso que puede existir en la doctrina sobre la necesidad de fortalecer los partidos políticos, a través de su democratización y favoreciendo su interrelación con la ciudadanía. Dicha finalidad no es ajena a lo planteado en el artículo 35 de la Constitución, en tanto se espera que las organizaciones políticas sean instrumentos para la generación de la voluntad popular. Las políticas o normas que puedan aprobarse en búsqueda de dicha finalidad, no estarían, en principio, ajenas al parámetro constitucional en lo que atañe, cuando menos, a un examen de fines. Muestra de ello es, por ejemplo, y sin que aquello se entienda un adelanto de opinión sobre la constitucionalidad de su contenido, la propia Ley 28094, ley de Partidos Políticos, la cual regula diversos aspectos relativos a la constitución o registro de partidos políticos, en búsqueda de fortalecer su institucionalidad.

37. Sin embargo, así como es posible una aprobar regulación en dicho sentido, la Constitución también ha sido expresa en señalar que la participación política se puede dar de forma individual o no asociada. El modelo de representación que se acoge no es, en definitiva, un modelo cerrado a la posibilidad de que se realice una representación que no pase por los partidos, respetando, por ejemplo, la posible disidencia de un congresista con la actuación de su partido.

38. Y es que a los jueces constitucionales no nos preguntan finalmente sobre la conveniencia o no de una forma de comprender la representación, sino sobre si lo plasmado sobre la comprensión de la representación parlamentaria se ajusta o no al parámetro constitucional, que, como vemos, es bastante abierto al respecto. En ese sentido, y partiendo de reconocer un modelo constitucional que admite representación política de forma asociada o no, alternativas como aquella que se ha planteado en la norma impugnada, pueden ser pasibles de interpretación conforme, en tanto se respeten ciertas pautas mínimas para garantizar su comprensión de acuerdo con la Constitución, como las cuales se ha planteado en el fallo.

39. Ahora bien, y pasando a la alternativa por la que se opta en la norma impugnada, cabe resaltar que la decisión sobre la constitución de una Bancada Mixta no es una opción nueva en el Derecho Comparado. Sin embargo, su materialización no ha estado exenta de críticas, muchas de las cuales se han trasladado a nuestro escenario.

40. El análisis sobre la constitucionalidad de esta opción en realidad pudo plantearse a partir de la concepción de democracia representativa asumida por el Congreso de la República y, eventualmente, por este mismo Tribunal. Es así que, desde una perspectiva más bien formal, la bancada o grupo parlamentario mixto permite perseguir los valores y fines constitucionales del Estado Democrático,

ofreciendo una alternativa a los congresistas que pudieran ver afectados sus derechos fundamentales al punto de convertirse en representantes en condiciones disminuidas.

41. Sin embargo, y por el contrario, una aproximación material a ese problema descubre una serie de problemas adicionales, como los que se presentan en las dificultades que implica la coordinación entre representantes en un grupo parlamentario mixto, representantes que se encuentran privados de un presupuesto común como es el de las coincidencias ideológicas. En ese orden de ideas, la creación de grupos parlamentarios mixtos son alternativas para un problema (otorgar tutela a las prerrogativas y derechos de parlamentarios que ya no forman parte de su grupo parlamentario originario), mas no, digámoslo con claridad, necesariamente apuntan a una democracia de mayor calidad.

42. Independientemente de estas apreciaciones, oportuno es anotar que lo recientemente señalado en términos de la responsabilidad de interpretación conforme que tenemos los jueces y juezas constitucionales, no pareciera contar con entidad suficiente en este caso, para hablar de una inconstitucionalidad, pues la Constitución admite aquí diferentes interpretaciones. Alguna de ellas permite una referida al grupo parlamentario mixto, a la cual sin duda convendría que el Congreso diera mayores precisiones, sin excluir con esta opción otras alternativas de organización de la representación parlamentaria.

43. En ese sentido, me permito exhortar al Congreso a formular mayores precisiones sobre la materia en la cual acabo de hacer mención, para así poder atender más a cabalidad de los diferentes principios, valores y preceptos constitucionales sobre el particular. Siempre conviene ir más allá de lo constitucionalmente necesario, y acercarse a lo constitucionalmente posible.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0001-2018-PI/TC

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ERNESTO BLUME FORTINI Y AUGUSTO FERRERO COSTA, EMITIDO EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDO CONTRA LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA RESOLUCIÓN LEGISLATIVA 003-2017-2018-CR, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 37 DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO

Con el debido respeto por nuestros distinguidos colegas Magistrados firmantes de la sentencia de mayoría, emitimos el presente voto singular en los términos siguientes:

1. Como consta en el voto singular del magistrado Blume Fortini emitido en el proceso de inconstitucionalidad promovido contra los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso de la República (Expediente N° 0006-2017-PI/TC), al cual nos remitimos en cuanto sea pertinente, *la democracia representativa es una democracia de partidos u organizaciones políticas*, como lo señalara en su hora el célebre jurista Hans Kelsen, quien con toda lucidez precisó 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" [5]

2. Esta lógica y filosofía esencial es la que 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 lo son 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.

5 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.

3. En tal sentido, *el fortalecimiento de la democracia se da a través de los partidos políticos u organizaciones políticas* (movimientos y alianzas), 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. Por consiguiente, en la democracia representativa la representación popular se da a través de los partidos u organizaciones políticas, al punto que quienes aspiran a ejercer un cargo de representación popular en el Congreso de la República solo pueden hacerlo a través de un partido u organización política; lo cual constituye una condición ineludible para arribar al ejercicio del cargo de Congresista de la República y ostentar una representación popular armónica con la esencia de la democracia representativa.

5. Por ello, la representación popular comprende dos ingredientes consustancialmente unidos y fusionados: el ingrediente institucional (el partido u organización política de que se trate) y el ingrediente personal (el individuo que arriba a la curul a través de la institución por la que postula). Es decir, la representación popular implica ostentar aquella representación que proviene de la voluntad del elector de escoger un determinado partido u organización política y la voluntad que dentro de ella se prefiera a algunos de sus candidatos.

6. Así, el ejercicio de la representación popular por parte del electo (Congresista de la República) no cabe separarla de la representación institucional (partido u organización política por la que postuló), que condiciona y operativiza la primera, porque lo que se persigue es una democracia basada en instituciones y no en simples individualidades divorciadas de la institución por la que llegaron al Parlamento.

7. Todo intento de separar la representación individualizada de la representación institucional es una desnaturalización de la esencia misma de la representación popular en una democracia representativa.

8. Entonces, en puridad, el escaño no es del Congresista sino del partido o la organización política por la cual votó el elector, por lo que, de producirse una situación en cuya virtud el Congresista se aparta de su partido u organización política (sea por renuncia, remoción o algún otro motivo) la consecuencia debería ser que pierda el escaño (que es del partido u organización política), y este sea asumido por el correspondiente accesitario.

9. 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, refiriéndose a la responsabilidad de los representantes al Congreso afirmó que el representante:

   > *"…pierde su mandato al separarse o ser expulsado del partido por el cual fue designado."; y que "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".*[6]

10. En tal dirección, a la luz de la tesis de Kelsen, que compartimos, los Congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del partido político o de la organización política que los llevó al poder deberían perder su curul, la cual, como queda dicho, pertenece al partido u organización política por el que postularon, a los efectos que el accesitario correspondiente asuma su función.

11. En este orden de ideas, es inconstitucional toda norma que, directa o indirectamente, habilite al Congresista que ha dejado de pertenecer al grupo parlamentario que integra el partido, movimiento o alianza electoral por el que fue elegido, a mantener su curul como si esta fuera de su propiedad. A nuestro juicio tal situación va contra la esencia misma de la democracia representativa y es incompatible con el Estado Constitucional.

6 KELSEN, Hans. "Esencia y valor de la democracia". *Op. Cit.* p. 69.

12. No obstante lo dicho, si bien las normas reglamentarias materia de este proceso de inconstitucionalidad no sancionan con la pérdida del escaño la renuncia, separación o expulsión de un congresista de su organización política, al menos disponen que en estos supuestos el Congresista no pueda constituir nuevo grupo parlamentario ni adherirse a otro. Esto, en nuestra opinión, va en la línea de entender que la democracia representativa se sustenta en los partidos u organizaciones políticas.

Por las razones expuestas, consideramos que la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, que modifica el artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República, debe declararse infundada en todos sus extremos, sin que sea admisible una decisión interpretativa.

S.

BLUME FORTINI

FERRERO COSTA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0001-2018-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular porque discrepo con lo resuelto en la sentencia en mayoría, pero ello no significa que considere que la demanda es FUNDADA. Lo que ocurre es que, a mi criterio, aunque esta sentencia declara la demanda INFUNDADA, en realidad la declara FUNDADA. Dice una cosa, pero hace otra.

La demanda está dirigida contra la segunda reforma del Reglamento del Congreso, contenida en la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR. Esta fue publicada el 15 de setiembre de 2017, es decir, dos días después de que —con mi voto en contra— este Tribunal Constitucional publicara, en su *portal web*, la Sentencia 0006-2017-PI/TC.

Dicha sentencia declaró inconstitucional la primera reforma del Reglamento del Congreso, efectuada por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, porque no distinguía entre tránsfugas legítimos (quienes dejan sus grupos parlamentarios por cuestiones ideológicas) e ilegítimos (quienes hacen ello por intereses subalternos).

Esa sentencia señaló que toda prohibición de crear un nuevo grupo parlamentario o incorporarse a otro ya existente debe aplicarse solo a los tránsfugas ilegítimos. Sin embargo, sucede que la segunda reforma del Reglamento del Congreso antes referida no incorporó esta distinción.

Esta segunda reforma modificó el artículo 37 del Reglamento del Congreso estableciendo que la prohibición de constituir nuevo grupo parlamentario o adherirse a otro:

> no resulta aplicable a los Congresistas que renuncien al Grupo Parlamentario, *por vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario,* pudiendo recurrir para tales efectos, en primera instancia ante el Grupo Parlamentario y en segunda y definitiva instancia ante el Consejo Directivo [*énfasis añadido]*.

Como puede advertirse, este texto no recoge la distinción entre tránsfugas legítimos e ilegítimos señalada en la Sentencia 0006-2017-PI/TC. En consecuencia, la presunta

inconstitucionalidad encontrada por cinco de mis colegas en la primera reforma del Reglamento del Congreso se mantiene en este caso.

No obstante, la presente sentencia en mayoría no declara FUNDADA la presente demanda. Más bien, recurriendo a un malabarismo jurídico, aparenta pretender salvar la constitucionalidad de la norma impugnada a través de una supuesta "interpretación". La presente sentencia en mayoría simula tanto su fin como sus medios.

Por lo pronto, si la constitucionalidad de la primera reforma del Reglamento del Congreso no pudo salvarse vía interpretación, ¿cómo sí puede hacérselo en el caso de la segunda reforma y, peor todavía, en cumplimiento de la anterior sentencia de inconstitucionalidad? Aquí se olvida que a igual razón debe aplicarse igual Derecho.

En realidad, la interpretación realizada en esta sentencia no puede ser calificada como tal. Su primer punto resolutivo dice lo siguiente:

> Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 1 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, *siempre que el artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República se interprete en el sentido de que no está prohibida la renuncia de los congresistas de las agrupaciones políticas en el supuesto de disidencia por razones de conciencia debidamente justificadas.* De ello se desprende que los parlamentarios que se encuentren en dicha situación podrán conformar un nuevo Grupo Parlamentario o adherirse a uno ya existente [*énfasis* añadido].

¿Qué parte del nuevo artículo 37, antes glosado, da pie para efectuar tal interpretación? Ninguna. Esto no es una interpretación sino una modificación de la norma. Rompiendo el principio de corrección funcional, se usurpa la función legislativa reservada por la Constitución para el Congreso de la República.

La interpretación constitucional consiste en identificar los significados posibles que se desprenden de un texto y, luego, descartar los que colisionan con la Constitución y dejar en pie solo los que resultan consistentes con ella. Aquí se añade a la norma algo que no es susceptible de extraerse de ella.

La interpretación de las normas jurídicas no es un ejercicio *ad libitum*. Debe efectuarse respetando el marco que proporciona su texto. La Constitución no dispone que solo el Congreso, integrado por los representantes del pueblo, puede legislar. Los jueces no podemos crear normas jurídicas de la nada.

¿Cómo se explica la naturaleza de este fallo? ¿Por qué esta sentencia en mayoría dice que declara la demanda INFUNDADA, cuando en realidad modifica la norma im-

pugnada? La explicación radica en la Resolución 138-2015-P/TC, publicada el 14 de octubre de 2015 en el diario oficial *El Peruano.*

Con mi voto en contra, *tal* resolución modificó el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, posibilitando que se efectúen:

> interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, [para lo cual] se requiere *cuatro* votos en un mismo sentido resolutivo [*énfasis* agregado].

La presente sentencia en mayoría ha sido aprobada solo por cuatro de los siete magistrados que integramos el Tribunal Constitucional. A diferencia de la anterior, no alcanzó los cinco votos requeridos para expulsar del ordenamiento jurídico a la norma impugnada, conforme lo exige el artículo 5 de nuestra Ley Orgánica:

> para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (…) se exigen *cinco votos* conformes [*énfasis* agregado].

Ergo, desde que no hay cinco votos para declarar FUNDADA la demanda, con cuatro votos se la declara INFUNDADA, pero efectuando una "interpretación" que tiene el mismo efecto de la Sentencia 0006-2017-PI/TC. La presente sentencia en mayoría se apoya, pues, en el Reglamento Normativo indebidamente reformado.

Sin embargo, al denominar *interpretar* a la acción de *legislar* y, peor aún, al calificar como INFUNDADA la demanda que realmente estima FUNDADA, la presente sentencia en mayoría corrompe el lenguaje y la sociedad que se apoya en él. Esto es grave porque como dijo Octavio Paz:

> cuando las palabras se corrompen y los significados se vuelven inciertos, el sentido de nuestros actos y de nuestras obras es también inseguro.

En consecuencia, discrepo de la supuesta interpretación efectuada en la sentencia en mayoría. Por las diez razones que expuse en el voto singular que emití en la Sentencia 0006-2017-PI/TC, mi opinión es, más bien, por declarar esta demanda INFUNDADA sin condicionarla a interpretación alguna.

Por demás, me aparto también de su tercer punto resolutivo. Como he manifestado reiteradamente en distintos votos emitidos, considero que no le corresponde a este Tribunal Constitucional efectuar exhortaciones de ningún tipo al Congreso de la República ni, para el caso, a nadie.

En este caso, lo único que debería haber hecho este Tribunal es analizar y determinar si la norma impugnada es consistente o no con la Constitución. Este Tribunal no es

quién para decir qué hacer en el país; solo le corresponde decir qué no hacer, por ser contrario a la Constitución.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 00006-2018-AI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el veinticinco por ciento del número legal de los congresistas contra el Artículo Único de la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR. El Tribunal declaró fundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 15 de noviembre del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 19 de noviembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por los recurrentes contra la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, por motivo de considerarla incompatible con los artículos 43, 103, 105, 132, 133 y 134 de la Constitución Política del Perú.

En la sentencia se hace referencia al artículo 105 de la Constitución Política, el cual autoriza que puedan establecerse excepciones en el Reglamento del Congreso a la regla que señala que todo proyecto de ley debe ser dictaminado por una comisión. Es por ello que se afirma en el texto referido que al haberse exonerado al proyecto de resolución legislativa del trámite ante la Comisión de Constitución y Reglamento, se advierte un vicio de inconstitucionalidad radicado en el empleo de un mecanismo de excepción cuando no correspondía en razón de la materia involucrada, y por consiguiente, este procedimiento resulta contrario a la finalidad del artículo 105 de la Constitución.

Por otro lado, se expresa que las resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso constituyen un tipo especial y específico de norma que no se encuentra exonerada del requisito de segunda votación; en consecuencia, este no consta en el expediente que contiene los acuerdos y las votaciones vinculados con la aprobación de la cuestionada resolución legislativa. Es así que el Tribunal indicó que la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR vulneró el artículo 94 de la Constitución e incurrió en una infracción indirecta de esta por contravenir el artículo 78 del Reglamento del Congreso de la República.

En otro orden de ideas, el artículo 132 habilita a los ministros a plantear la cuestión de confianza. En caso de que esta sea negada, el ministro estará obligado a dimitir. Asimismo, el artículo 133 reviste facultad al Presidente del Consejo de Ministros a plantear una cuestión de confianza a nombre de todo el gabinete, y si es rehusada, la consecuencia es la "crisis total del gabinete".

En ese sentido, el artículo 43 de la Constitución indica que si la cuestión de confianza es entendida como una facultad del Poder Ejecutivo, cuya finalidad esencial es servir de contrapeso a la potestad del Congreso de hacer políticamente responsable a los ministros (mediante la moción de censura), las restricciones a dicha facultad introducidas por la norma impugnada vulnerarían el principio de balance entre poderes, que es un rasgo de identidad de nuestra forma de gobierno, el cual no puede ser alterado ni aun vía reforma constitucional sin quebrantar la separación de poderes.

Por lo que el artículo 122 de la Constitución establece que el presidente de la República nombra y remueve al presidente del Consejo de Ministros; esta regla limita la discrecionalidad del presidente de la República para elegir a los ministros que conforman el gabinete. En tanto que la cuestión de confianza se plantea por motivos de oportunidad política, donde la dinámica política haría que si la cuestión de confianza rehusada la planteó el presidente del Consejo de Ministros, el nuevo gabinete no sea encabezado por este, ni tampoco lo integre. Pero acorde con la base presidencial de nuestra forma de gobierno, el presidente de la República tiene plena libertad para nombrar a sus ministros, por lo que la norma sometida a control restringe la facultad del presidente de la República establecida en el artículo 122 de la Constitución política del Perú.

Por último, el Tribunal indicó que la norma impugnada es inconstitucional por violar el texto del artículo 134 de la Constitución, donde se dice que el Presidente de la República puede disolver el Congreso cuando se producen "dos crisis totales de Gabinete." Pues en la Constitución es más específica, en tanto para la disolución, el Congreso debe haber "censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros".

En consecuencia, declara inconstitucional la Resolución Legislativa 0072017-2018-CR, que modificó el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, por vulnerar los artículos 43, 94, 105, 122 y 132 a 134 de la Constitución.

Temas Claves: Derecho de confianza — derecho parlamentario.

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0006-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6 de noviembre de 2018

Caso cuestión de confianza y crisis total de gabinete

Congresistas de La República C. Congreso de La República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa 007 2017-2018-CR que modifica el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional 79

B. Argumentos de las partes..... 80

B-1. Demanda..... 80

B-2. Contestación de la demanda 81

II. FUNDAMENTOS

1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma..... 83

1.1 La exoneración de dictamen y déficit de deliberación 85

1.2 La ausencia de segunda votación 88

2. Constitución y Reglamento del Congreso 89

3. Forma de gobierno y principio de separación de poderes en la Constitución.. 92

4. La cuestión de confianza 98

5. Sobre la facultad del Presidente de la República para nombrar ministros ... 102

6. La renuncia del Presidente del Consejo de Ministros y la crisis del gabinete 104

7. Sobre la facultad presidencial de disolución del Congreso..... 105

III. FALLO..... 106

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0006-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento, en razón de su ausencia el día de la vista de la causa, de los magistrados Ramos Núñez, por encontrarse con licencia, y Ferrero Costa, por estar haciendo uso de su descanso vacacional cumplido. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 16 de marzo de 2018, más del veinticinco por ciento del número legal de Congresistas de la República interponen una demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo único de la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que modifica el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso, por considerarlo incompatible con los artículos 43, 103, 105, 132, 133 y 134 de la Constitución Política del Perú.

Mediante auto de 9 de mayo de 2018, publicado en el portal web institucional el 14 de junio de 2018, este Tribunal admitió a trámite la presente demanda de inconstitucionalidad.

Por su parte, con fecha 7 de agosto de 2018, el Congreso de la República, a través de su apoderado, contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

A. Petitorio constitucional

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del veinticinco por ciento del número legal de congresistas de la República contra el artículo único de la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que modifica el literal e) del artículo 86 del Regla-

mento del Congreso, a fin de que se declare su inconstitucionalidad por la forma y por el fondo.

B. Argumentos de las partes

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación.

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Sostienen que la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR contraviene los artículos 43, 103, 105, 132, 133 y 134 de la Constitución, así como las sentencias del Tribunal Constitucional, al incurrir en vicios de forma que vulneran el procedimiento legislativo en los términos expuestos en los artículos 103 y 105 de la Constitución, pues el Proyecto de Resolución Legislativa 2084/2017-CR, que dio origen a la resolución cuestionada, carece de los fundamentos legales o políticos que justifiquen la modificación de los alcances de la denominada crisis total del gabinete prevista en el artículo 133 de la Constitución.

- Alegan que este proyecto de resolución legislativa no fue debatido en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso y que por ello no cuenta con un dictamen de análisis de sus fortalezas y debilidades, ni con la opinión de expertos que pudieran haber enriquecido su contenido.
- Afirman que si bien dicho proyecto fue exonerado de dictamen por la Junta de Portavoces y finalmente aprobado por el Pleno "con 79 votos a favor, 18 en contra y, 7 abstenciones" [sic], la Constitución señala claramente en su artículo 105 que […] ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso".
- Refieren que "nuestro sistema jurídico proscribe la existencia de normas exprés y únicamente las acepta en tanto resulten armónicas con los principios y valores que dotan de sentido a nuestro Estado Constitucional de Derecho", como son la transparencia, pluralismo y deliberación pública.
- También afirman que la referida resolución vulnera el principio de división y equilibrio de poderes, así como el modelo de régimen político de la Constitución, ya que plantea tres reglas que alteran los mencionados principios:
    - Si el Congreso rechaza la cuestión de confianza formulada por el Presidente del Consejo de Ministros, el nuevo gabinete deberá estar integrado por

nuevos ministros, no pudiendo ser incluido en este ningún ministro del gabinete anterior.

- Si el Gobierno no observa esta regla, dicho rechazo de la cuestión de confianza no cuenta a efectos de la figura del cierre constitucional del Congreso prevista en el artículo 134 de la Constitución.
- El Presidente del Consejo de Ministros no puede hacer cuestión de confianza respecto de la aprobación de una ley ni de un procedimiento de control parlamentario, como una interpelación o censura de un ministro.

- Alegan que estos supuestos no se hallan previstos en la Constitución y vacían de contenido, en los hechos, las competencias exclusivas del Poder Ejecutivo. Señalan que el Reglamento del Congreso debe regular las funciones exclusivas y excluyentes de este poder del Estado y no las de los demás poderes.
- Sostienen que la Constitución establece en qué escenarios se configura la crisis del gabinete, mas no hace la distinción de que el nuevo gabinete deberá estar integrado por nuevos ministros. Por el contrario, le otorga libertad al jefe de Estado para que elija a sus colaboradores de acuerdo a su criterio, ya que bastaría con que al menos uno de sus integrantes no haya sido parte del gabinete anterior para afirmar que nos hallamos ante un gabinete distinto.
- Los congresistas recurrentes alegan que la resolución impugnada introduce un nuevo supuesto, no contemplado en el artículo 132 de la Constitución, acerca de la oportunidad en que se debe plantear una cuestión de confianza, ya que señala que dicha figura jurídica no puede ser invocada con ocasión de la aprobación de una ley o un mecanismo de control político, como la interpelación o la censura de un ministro.
- Finalmente, los recurrentes sostienen que se vacía de contenido a la figura de la cuestión de confianza, ya que no queda claro en qué escenario el Gobierno podría plantearla.

B-2. Contestación de la demanda

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

- El apoderado del Congreso señala que los demandantes incurren en una contradicción argumental al sostener como vicio la falta de tratamiento en Comisión, pero a su vez reconocen que se dieron las condiciones que eximen de este trámite. También propugnan la ilicitud por falta de debate y al mismo tiempo reconocen que el debate existió, aunque, en opinión de los demandantes, éste fue "escueto y no falto de polémica".

- Alega que todos los actos que han sido cuestionados en este extremo de la demanda se han desarrollado de acuerdo a lo establecido en la Constitución y el Reglamento del Congreso.
- Con relación a la afirmación de la parte demandante de que el Reglamento del Congreso no puede contener funciones del Poder Ejecutivo, se debe tener presente que este es una norma con rango de ley, por lo que el Parlamento está plenamente facultado para modificar, adicionar o interpretar dicha ley, siendo la cuestión de confianza un procedimiento de control político.
- Alega, con relación a la supuesta vulneración del artículo 132 de la Constitución, que su artículo 126 señala que "todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta (…)". Es decir, la cuestión de confianza no es una prerrogativa personal del Presidente del Consejo, sino que tiene que presentarla al gabinete para su aprobación. Es por ello que ante una crisis total, en caso de ser rehusada la cuestión de confianza, todos los miembros del gabinete deben renunciar y no pueden ser designados nuevamente como ministros.
- Señala que la norma cuestionada solo limita la iniciativa ministerial de presentar una cuestión de confianza en determinados supuestos, de manera razonable y dentro del marco constitucional.

- El apoderado del demandado indica que es válido y razonable que el Consejo de Ministros o un ministro no puedan plantear una cuestión de confianza sobre una competencia exclusiva del Congreso, por lo que resulta claramente improcedente plantearla cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o la conclusión de un procedimiento legislativo.
- Asimismo, alega que si se encuentra en curso la interpelación de un ministro, no es razonable que ese ministro convierta su interpelación en una cuestión de confianza, ya que tal proceder despojaría al Legislativo de la interpelación como instrumento de control político.
- Argumenta que solo se establecía la facultad del Presidente del Consejo de Ministros para plantear la cuestión de confianza, mas no el motivo. En cambio, el contenido, procedimiento y consecuencia de la cuestión de confianza ahora sí se encuentra reglamentado. No se trata de una reforma constitucional, sino de un desarrollo reglamentario para interpretar los alcances del artículo 133 de la Constitución.

Con fecha 10 de octubre de 2018, el magistrado Ferrero Costa vio el video de la vista de la causa realizada en Arequipa el 28 de septiembre de 2018, según la constancia

del Secretario Relator que obra en autos. Lo propio ocurrió con el magistrado Ramos Núñez el 23 de octubre de 2018.

II.FUNDAMENTOS

§ 1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma

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

   (i) directa o indirecta;

   (ii) total o parcial; y

   (iii) por la forma o por el fondo.

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

3. Si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad, esto no implica que puedan dejar de observarse las pautas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).

4. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra política, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

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

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

7. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica" en un doble sentido. Por un lado, como "normas sobre la forma de la producción jurídica", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras normas que tienen su mismo rango. Por

otro, como "normas sobre el contenido de la normación", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar el contenido de tales normas.

8. A este parámetro de control, formado por la Constitución y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de ella y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.

9. En ese orden de ideas, este Tribunal ha señalado que "en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango" (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

10. Este Tribunal ha precisado, además, que se produce una afectación indirecta cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que la propia Constitución delegó algunos de los siguientes aspectos:

    a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.

    b) La regulación de un contenido materialmente constitucional.

    c) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

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

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

13. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 102 y 105 de la Constitución y los artículos del Reglamento del Congreso de la República que regulan el procedimiento legislativo.

14. En lo que respecta a la inconstitucionalidad por la forma de la resolución legislativa impugnada, el demandante cuestiona una serie de irregularidades en el procedimiento legislativo que llevó a su aprobación, a saber:

a) Durante su trámite, el proyecto de resolución legislativa fue exonerado, por acuerdo de la Junta de Portavoces, del dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, sin que se hayan expresado las razones para hacerlo.

b) El proyecto de Resolución Legislativa 2084/2017-CR, el cual dio origen a la norma aquí impugnada, no expone los fundamentos legales o políticos que justifican su fórmula legal.

c) En el Pleno del Congreso, la discusión sobre el proyecto de resolución legislativa fue escueta y no estuvo exenta de polémica.

15. Los demandantes alegan la trasgresión de la Constitución y el Reglamento del Congreso, y de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de democracia deliberativa.

16. A continuación, este Tribunal analizará el procedimiento legislativo seguido, a la luz de la Constitución y las disposiciones contenidas en el Reglamento del Congreso, a fin de dilucidar si efectivamente se incurrió en algún vicio de forma.

1.1. Exoneración de dictamen y déficit de deliberación

17. El artículo 105 de la Constitución dispone lo siguiente:

> Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

18. La norma citada autoriza expresamente que puedan establecerse excepciones en el Reglamento del Congreso a la regla que señala que todo proyecto de ley debe ser dictaminado por una comisión.

19. En el mismo sentido se encuentra el Reglamento del Congreso, cuyo artículo 31-A señala lo siguiente respecto a las atribuciones de la Junta de Portavoces:

> La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz por cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada. Le corresponde:
>
> [...]
>
> 2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados [...].

20. En cuanto a las exoneraciones previstas en el Reglamento del Congreso que pueden ser aprobadas por acuerdo de la Junta de Portavoces, encontramos las siguientes:

> **Artículo 53**
>
> Las sesiones ordinarias del Pleno del Congreso se desarrollan de acuerdo con la agenda que apruebe el Consejo Directivo; sin embargo, en el curso del debate, puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso. […].
>
> **Artículo 73**
>
> El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:
>
> a) Iniciativa Legislativa;
>
> b) Estudio en comisiones;
>
> c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;

> d) Debate en el Pleno;
>
> e) Aprobación por doble votación; y,
>
> f) Promulgación.
>
> Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.
>
> **Artículo 77**
>
> Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes. […].

Artículo 78

No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano, por lo menos siete (7) días calendario antes de su debate en el Pleno del Congreso, salvo dispensa de uno de estos requisitos o de ambos, aprobada en la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso […].

21. En las normas citadas se admite la posibilidad de que se aprueben exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, sujetas a que se realicen en la oportunidad procedimental adecuada y con el número de votos requerido. Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que este mecanismo no debe ser aplicado de manera generalizada, ya que, de lo contrario, "se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario" (Sentencia 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, fundamento 34), especialmente tratándose de una reforma constitucional. En buena cuenta, esta clase de prácticas podrían terminar por tergiversar la finalidad del artículo 105 de la Constitución.

22. En este caso, la exoneración realizada por la Junta de Portavoces permitió que el proyecto de Resolución Legislativa 2084/2017-CR no cuente con un dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Esto generó que, en el Pleno de esa entidad, se presente una cuestión previa a fin de que el proyecto regrese a comisión, lo que fue respaldado por 33 congresistas que representaban a distintos grupos parlamentarios. Sin embargo, por mayoría, se insistió en la exoneración.[1]

23. Al respecto, este Tribunal estima que el mecanismo de la exoneración de dictamen debe ser empleado como excepción, no como regla. De hecho, el artículo 105 de la Constitución parte de la premisa de la promoción de la deliberación al disponer que "[n]ingún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora".

24. El significado de esta disposición constitucional es aún más relevante cuando lo que es objeto de debate es un asunto de tanta entidad como las relaciones Ejecutivo-Legislativo. En efecto, cuestiones técnicas como la cuestión de confianza, la

1 Cfr. Diario de los Debates de la sesión matinal del Pleno del Congreso de la República del 8 de marzo de 2018, p. 122.

crisis total del gabinete o la facultad presidencial de disolución del Congreso de la República no se caracterizan únicamente por su complejidad, sino además por su marcada incidencia en la naturaleza de nuestro régimen político al tener un importante impacto en el esquema de los mecanismos para el control del poder.

25. Ahora bien, es importante recordar que en la jurisprudencia de este Tribunal en distintas oportunidades se han validado distintos acuerdos de la Junta de Portavoces para exonerar del dictamen de la comisión respectiva, y ello ha sido así por el importante margen de deferencia que, en un Estado constitucional, debe gozar el Congreso de la República (Sentencia 00015-2012-PI; Sentencia 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, entre otras). Sin embargo, cuando este mecanismo es empleado con el propósito de efectuar trascendentales reformas que inciden en la esencia misma de nuestra Constitución, debe demandarse un importante nivel de deliberación, aspecto que no se ha advertido en este caso.

26. Es por ello que, al haberse exonerado al proyecto de resolución legislativa del trámite ante la Comisión de Constitución y Reglamento, se advierte un vicio de inconstitucionalidad radicado en el empleo de un mecanismo de excepción cuando no correspondía en razón de la materia involucrada, lo cual resulta contrario a la finalidad del artículo 105 de la Constitución.

1.2. La ausencia de segunda votación

27. Las resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso (cfr. artículo 72.i de su Reglamento), constituyen un tipo especial y específico de norma que no se encuentran exoneradas del requisito de segunda votación.

28. En efecto, el artículo 78 del Reglamento del Congreso, en su penúltimo y último párrafo, señala lo siguiente:

> […] Sólo se encuentran exoneradas de este requisito [de doble votación] las proposiciones de resolución legislativa de aprobación de tratados, de aprobación de ingreso de tropas extranjeras, de autorización de viajes al exterior al Presidente de la República y las de designación, elección o ratificación de funcionarios, a que se refieren los incisos f), h) y j) del numeral 1 del artículo 76 y el artículo 93 del presente Reglamento.
>
> Asimismo están exoneradas de este requisito la aprobación de la Ley de Presupuesto General de la República y sus leyes conexas, la aprobación de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, y la aprobación de la Cuenta General de la República. También están exceptuados el voto de la cuestión de confianza al Consejo de Ministros así como las mociones de censura al

Consejo de Ministros o contra cualquiera de los ministros de Estado, que están referidos en los artículos 133 y 132 de la Constitución Política del Estado.

29. Siendo así, la norma cuestionada en el presente proceso debía ser objeto de una segunda votación. Esta no consta en el expediente que contiene los acuerdos y las votaciones vinculados con la aprobación de la cuestionada resolución legislativa.[2] Por el contrario, en la página web del Congreso puede verse el Diario de los Debates de la sesión matinal del Pleno del 8 de marzo de 2018, en la que se aprobó la norma aquí cuestionada, donde se señala que esta "no requiere de segunda votación", sin indicarse base legal o fundamentación alguna (p. 123).

30. Todo lo anterior permite concluir a este Tribunal que la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR ha vulnerado el artículo 94 de la Constitución e incurrido en una infracción indirecta de esta por contravenir el artículo 78 del Reglamento del Congreso de la República.

§ 2. Constitución y Reglamento del Congreso

31. La Constitución menciona al Reglamento del Congreso de la República en las siguientes disposiciones:

> **Artículo 94.- Reglamento del Congreso**
>
> 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.
>
> **Artículo 96.- Facultad de solicitar información a las Entidades Públicas**
>
> Cualquier representante al Congreso puede pedir a los Ministros de Estado [...] los informes que estime necesarios.
>
> El pedido se hace por escrito y de acuerdo con el Reglamento del Congreso [...].
>
> **Artículo 101.- Atribuciones de la Comisión Permanente**
>
> Los miembros de la Comisión Permanente del Congreso son elegidos por

2 Como puede corroborarse en el "Expediente virtual Parlamentario" de la Resolución Legislativa del Congreso que modifica el artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, alojado en la página web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/01924?opendocument

éste […].

Son atribuciones de la Comisión Permanente:

[…]

5. Las demás que le asigna la Constitución y las que le señala el Reglamento del Congreso.

Artículo 105.- Proyectos de Ley

Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso [...].

Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: […] reglamentos del Congreso […].

32. Como puede apreciarse, la Constitución (artículo 94) consagra el principio de "normación autónoma" del Congreso de la República, por el cual él mismo se da su Reglamento −que tiene fuerza de ley y no puede equipararse ni con las leyes formales ni con los reglamentos administrativos−, con una finalidad específica sujeta al control de constitucionalidad: regular su propia actividad y su relación con otras instancias jurídicas e institucionales. Esto queda muy claro en los artículos constitucionales citados, donde la Constitución, además del contenido propio del Reglamento del Congreso (artículo 94), remite a este Reglamento otros asuntos inherentes de la actividad parlamentaria, como los pedidos de informes que formulan los congresistas (artículo 96), las atribuciones de la Comisión Permanente (artículo 101) y el procedimiento de aprobación de los proyectos de ley (artículo 105).

33. Desde esta perspectiva, guarda coherencia con la Constitución que el artículo 3 del Reglamento del Congreso de la República declare su "autonomía normativa" para los fines establecidos en el artículo 1 de dicho Reglamento, que son los siguientes:

- Precisar las funciones del Congreso y de la Comisión Permanente;
- Definir la organización y funcionamiento del Congreso;
- Establecer los derechos y deberes de los Congresistas; y

- Regular los procedimientos parlamentarios.

34. La modificación del Reglamento aquí impugnada se encuentra dentro del procedimiento parlamentario de control político (Sección Segunda del Capítulo VI). Entre otros mecanismo, y solo refiriéndonos a lo que aquí interesa, el Reglamento del Congreso en este tipo de procedimiento se ocupa de lo siguiente (artículo 64, literal b):

    - La investidura del Consejo de Ministros.
    - La interpelación a los ministros.
    - La invitación a los ministros para que informen.
    - Las preguntas a los ministros.
    - La solicitud de información a los ministros y a la administración en general.
    - La moción de censura.
    - La cuestión de confianza a los ministros.

35. En cada uno de los mencionados procedimientos de control político, incluyendo la cuestión de confianza −obviamente, antes de la modificación aquí impugnada−, el Reglamento del Congreso, cuando no repite lo que ya dice la Constitución, se ocupa únicamente de lo que atañe a la actuación parlamentaria.

36. Así, respecto a la investidura del Consejo de Ministros, el Reglamento señala cuándo se debate y vota esta (artículo 82). Sobre la interpelación a los ministros, el Reglamento indica el número de firmas y de votos para formularla y admitirla, respectivamente (artículo 83). Por su parte, el artículo 84 regula el procedimiento para invitar a los ministros a informar al Congreso.

37. Es interesante detenerse en el artículo 85 del Reglamento del Congreso, que se ocupa de la estación de preguntas. Este es un buen ejemplo que confirma lo que hemos señalado como propio del Reglamento del Congreso: aquello que concierne a la actuación de los parlamentarios. En efecto, todas las disposiciones de dicho artículo están referidas a regular la oportunidad, forma y contenido de las preguntas que los congresistas pueden formular al Gobierno: pueden hacerlo una vez al mes, la pregunta debe referirse a un solo hecho de carácter público, no pueden formularse preguntas de interés personal, etc.

38. En cuanto a la moción de censura (artículo 86 del Reglamento), la Constitución (artículo 132) contiene una ordenación bastante detallada de ella, por lo que el Reglamento del Congreso no hace más que repetirla. Este solo añade, nuevamente, un mandato dirigido a los parlamentarios: no pueden plantear censura por las

faltas reglamentarias o los errores de forma que cometan los ministros durante su participación en el Pleno del Congreso, "salvo que se trate de alguna ofensa al Congreso" (artículo 86, literal a).

39. Y en lo que se refiere a la cuestión de confianza, el Reglamento, antes de la modificación materia del presente proceso constitucional, repetía la Constitución en cuanto a que esta se presenta solo por iniciativa ministerial, sea por el Presidente del Consejo (a nombre de todo el gabinete) o por cualquiera de los ministros, y la consecuencia del rechazo de la cuestión de confianzas (cfr. artículos 132, último párrafo, y 133 de la Constitución).

40. Fuera de eso, el Reglamento del Congreso se ocupaba, una vez más, únicamente de lo que le es propio: la actuación de los parlamentarios. Así, el Reglamento solo indicaba que la cuestión de confianza "será debatida en la misma sesión que se plantea o en la siguiente" (artículo 86, literal c) y que "la Mesa Directiva rechazará de plano cualquier proposición de confianza presentada por Congresistas" (artículo 86, literal d).

41. No obstante todo lo revisado hasta aquí, la modificación del artículo 86 (literal e) del Reglamento del Congreso, dispuesta por la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, al establecer causales de improcedencia de la cuestión de confianza, entra en asuntos ajenos a la actuación parlamentaria, excediendo la finalidad de la "normación autónoma" que otorga al Congreso el artículo 94 de la Constitución y transgrediendo, como veremos más adelante, la facultad constitucional de los ministros de plantear la cuestión de confianza (cfr. artículos 132 y 133 de la Constitución).

42. Para este Tribunal Constitucional, en un Estado democrático de derecho, el legislador está sometido a los límites que le señala la Constitución, por lo que "no puede lícitamente adoptar en forma de ley cualquier decisión sobre cualquier materia: algunas le están vedadas y en las restantes no puede disponer como quiera" (De Otto, Ignacio, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Madrid 1995, p. 163).

43. Por estas consideraciones, la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que modifica el literal e del artículo 86 del Reglamento del Congreso, es inconstitucional, al contravenir el principio de autonormatividad parlamentaria del artículo 94 de la Constitución, por lo que corresponde declarar fundada la demanda.

§ 3. Forma de gobierno y principio de separación de poderes en la Constitución

44. A efectos de analizar y resolver adecuadamente el fondo la presente controversia es necesario revisar, cuando menos de manera general, la forma de Gobierno que ha adoptado el Perú, así como los alcances del principio de separación de poderes.

45. Resulta indispensable abordar dicha cuestión, a fin de determinar los contornos constitucionales de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

46. Este órgano de control de la Constitución ha analizado el valor de la separación de poderes. Al respecto, sostuvo que esta es una técnica que tiene como finalidad evitar la concentración del poder y, en ese sentido, se encuentra encaminada a salvaguardar los derechos fundamentales de eventuales ejercicios abusivos del poder político:

> La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura (Sentencia 0023-2003-AI, fundamento 5).

47. Por otra parte, se ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse –como tal vez en algún momento se concibió– como una división tajante, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado, sino que esta debe ser considerada en clave de equilibrio, de controles recíprocos, de pesos y contrapesos, e incluso debe ser entendida sobre la base de relaciones de coordinación y cooperación entre estos poderes:

> [L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129 de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas.
>
> Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto (Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 24).

> Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –checks and balances of powers– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138º inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado (Sentencia 0006-2006-CC/TC, fundamento 15).

48. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha precisado que la distribución de poderes, o de funciones desde una perspectiva más amplia, no se reduce a tomar en cuenta tan solo a los tres "poderes del Estado", sino que deben considerarse también relevantes para el contrapeso y control del poder los órganos constitucionales autónomos:

> "[E]l principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros.
>
> Como se aprecia, el Poder Constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente" (Sentencia 0005-2007-AI/TC, fundamento 21).

49. Con base en este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo, este Tribunal ha expresado, de manera categórica, que lo concerniente a la "separación de poderes" y al "régimen político" diseñado por la Constitución es un límite para su reforma por ser parte de una especie de "núcleo duro", conformado por aquellos valores y principios básicos que dan identidad a nuestro texto constitucional. Al respecto, se ha sostenido que

> Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido (Sentencia 0014-2002-AI, fundamento 75).
>
> Los límites materiales [a la reforma constitucional] están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución [...].
>
> [Los]límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado (Sentencia 0014-2002-AI, fundamento 76).

50. Dicho esto, es necesario hacer algunas precisiones sobre las particularidades de nuestra forma de gobierno en el contexto de los modelos "clásicos" formulados idealmente, donde se distingue entre un sistema parlamentario y otro presidencial.

51. El modelo presidencial se caracteriza, básicamente, por la existencia de un jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente, que proviene de una elección popular, hace simultáneamente las veces de jefe de Estado y no es nombrado ni removido discrecionalmente por el Parlamento.

52. En el caso del régimen parlamentario, el jefe de Gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente y, por lo general, la jefatura del

Estado recae en un órgano distinto que puede ser un monarca constitucional o un presidente de la república.

53. En el caso peruano, partimos de un modelo de base presidencial, en la medida que nuestro Presidente de la República es jefe de Gobierno, es elegido por voto popular, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado ni removido discrecionalmente por el Congreso de la República. Sin embargo, nuestras Constituciones han ido incorporado al modelo algunas instituciones del parlamentarismo, las cuales desdibujan la división de poderes que distingue al sistema presidencial.

54. En efecto, las constituciones fueron, paulatinamente, incorporando instituciones parlamentaristas al régimen político peruano, como el Consejo de Ministros en la Constitución de 1856 y el Presidente del Consejo en la Ley de Ministros de ese año, la interpelación en la Constitución de 1860, la moción de censura en la Constitución de 1867, la cuestión de confianza en la Constitución de 1933.

55. En dicho contexto, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos, pues no es en estricto presidencial, ya que incorpora mecanismos de control propios del régimen parlamentario.

56. En cualquier caso, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, que es parte de ese "núcleo duro" al que hemos hecho referencia, nuestra forma de gobierno se organiza según el "principio de separación de poderes", que tiene los siguientes rasgos de identidad:

> **Principio de separación de poderes propiamente dicho:** Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los poderes públicos.
>
> Con base al principio de separación de poderes, es claro que nuestro modelo no aspira –a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario– a la confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe una suerte de un "primer poder" de Estado. Se reconoce la división de poderes y se prevén formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.
>
> **Principio de balance entre poderes:** Se refiere a la existencia de *mecanismos de coordinación* (tales como la delegación de facultades, el respaldo

a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); *mecanismos de control recíproco* (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y *mecanismos de equilibrio entre poderes* (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.).

Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de control constitucionalmente previstos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo.

Principio de cooperación: Conforme a este principio, las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 1, 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

De esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, sobre la base de este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política

y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente cierto en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los asuntos sometidos a su conocimiento, atendiendo al rol moderador y pacificador de conflictos que le caracteriza.

Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos.

De esta manera, la forma de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de diálogo que permitan resolver las controversias.

57. Sin duda alguna pueden plasmarse propuestas de reforma constitucional y legal sobre estos temas, los cuales constituyen principios que identifican nuestra forma de Gobierno y que permiten delimitar debidamente las relaciones entre los denominados poderes del Estado. Lo que no puede hacerse es, a propósito de estas modificaciones, desnaturalizar dichos principios o vaciarlos de contenido.

§ 4. La cuestión de confianza

58. Uno de los aspectos objetados por los congresistas demandantes es que en la resolución legislativa impugnada se dispuso que el Presidente del Consejo de Ministros no puede hacer cuestión de confianza respecto de la aprobación de una ley ni de un procedimiento de control político.

59. Como ya se ha dicho, la cuestión de confianza, propia de los modelos parlamentarios, fue introducida en el sistema presidencial peruano por la Constitución de 1933 (artículo 174).

60. La cuestión de confianza "consiste en la manifestación formal del Gabinete de su propósito de dimitir, por vía de la puesta en juego de su responsabilidad política parlamentaria, salvo que la Cámara apruebe un determinado proyecto de ley, una concreta orientación política o, como dice *Blondel,* de hecho, cualquier cosa que desee el Gobierno ver convertida en realidad y que no lleve camino de serlo. […] El recurso a la cuestión de confianza no depende tanto de la existencia de un supuesto predeterminado constitucionalmente (supuestos que, por lo demás, no suelen contemplarse en las Constituciones), como de la voluntad gubernamental de conseguir una concreta finalidad política" (Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español,* Dykinson, Madrid, 1992, p. 733).

61. En este orden de ideas, la cuestión de confianza, como institución cuyo ejercicio queda en manos del Ejecutivo, fue introducida en el constitucionalismo peruano como un contrapeso al mecanismo de la censura ministerial asignado al Poder Legislativo, por lo que debe ser entendida a partir del *principio de balance entre poderes.*

62. Este contrapeso que representa la cuestión de confianza ministerial frente a la moción de censura parlamentaria se puede apreciar en la exposición del proyecto constitucional (sobre el Poder Legislativo) realizada por el representante Enrique Chirinos Soto en la Asamblea Constituyente que dio lugar a la Constitución de 1979:

> En el proyecto, hemos considerado, en efecto, tanto el voto de censura, que nace por iniciativa del Parlamento, y que está precedido de la interpelación al Ministro, como el voto de falta de confianza que se produce por iniciativa del Ministerio o de tal o cual Ministro (*Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978*, Lima, t. VII, p. 195).

63. A raíz de las numerosas censuras a ministros durante el primero gobierno de don Fernando Belaunde Terry (1963-1968), la cuestión de confianza fue reforzada en la Constitución de 1979, vinculándola a la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara de Diputados en caso negase esta a tres Consejos de Ministros (artículo 227). Por su parte, la Constitución de 1993 contempla la cuestión de confianza en sus artículos 130, 132 y 133.

64. A la luz de la Constitución vigente, este Tribunal entiende que existen dos situaciones diferentes relacionadas con el concepto de la cuestión de confianza, las cuales no deben confundirse, en tanto se producen en contextos distintos.

65. Por un lado, tenemos el supuesto contenido en el artículo 130 de la Constitución, que establece lo siguiente:

> Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza. Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.

66. Esta cuestión de confianza debe ser entendida como aquella solicitud al Congreso de la República de un voto de confianza para que este legitime la conformación del Consejo de Ministros. Es obligatoria, porque debe producirse en todos los casos en los que se forme un nuevo gabinete.

67. De otro lado, está la cuestión de confianza facultativa, que está prevista en los artículos 132 y 133 de la Constitución. Es aquella que puede plantear tanto el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, como un ministro de manera individual.

68. El artículo 132 de la Constitución establece:

> El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial.
>
> [...]
>
> La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

69. Por su parte, el artículo 133 prescribe:

> El Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete.

70. Entonces, por un lado, el artículo 132 habilita a los ministros, individualmente, a plantear la cuestión de confianza. En caso de que esta sea negada, el ministro estará obligado a dimitir.

71. De otra parte, el artículo 133 reviste un significado mayor, no solo porque faculta al Presidente del Consejo de Ministros a plantear una cuestión de confianza a nombre de todo el gabinete, sino porque, de ser rehusada, la consecuencia es la "crisis total del gabinete", que, como se verá más adelante, supone la renuncia de todos los ministros que lo conforman.

72. Ahora bien, este último dispositivo constitucional, que hace referencia a la cuestión de confianza facultativa, no establece supuestos para la cuestión de confianza, a diferencia de la obligatoria regulada en el artículo 130 (la política general de gobierno y las medidas que requiere la gestión del Presidente del Consejo de Ministros).

73. Al respecto, podemos recurrir al debate constituyente de la Constitución de 1993, donde el congresista Chirinos Soto señaló lo siguiente:

> La cuestión de confianza puede plantearse sobre lo que se quiera. El Presidente del Consejo la plantea cuando quiere y como quiere. [...]. Por ejem-

> plo, podría decir: señor, hago cuestión de confianza de que se respeten las decisiones del Presidente (Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y Reglamento, Lima, t. II, p. 912).
>
> Ya sabemos que si la censura o el rechazo a la confianza afectan al Presidente del Consejo, el gabinete se va; pero lo que no se practica en el Perú es que cuando un ministro es interpelado o amenazado con el voto de censura, el Presidente del Consejo, que además va a estar presente en las sesiones, o, aunque no estuviera, puede decir: "En este caso, el gabinete se solidariza con el señor Ministro de Educación; de modo que si prospera el voto de censura contra el señor Ministro de Educación, nos vamos todos". Eso puede pasar. Así pasa en otros países, como Francia [...]. Señor Presidente, esto es muy importante en el debate presupuestal. El Ministro de Economía muchas veces dice: "La Comisión de Presupuesto me ha desequilibrado el presupuesto", y no plantea la cuestión de confianza. Una vez la planteó el señor Tulio de Andrea en el gobierno de Belaunde, y la perdió. Pero no se la plantea, cuando es un recurso tan bueno. El Congreso está a favor de desequilibrar el presupuesto, y el Ministro de Economía no. Entonces, se produce una discrepancia; el Ministro de Economía dice: "Hago cuestión de confianza", y el Presidente del gabinete dice: "Me solidarizo con el Ministro de Economía." [...] Ponemos al Congreso y al Ejecutivo ante la opinión pública. ¿Quién tiene razón? ¿El Presidente del gabinete o la mayoría parlamentaria? Si se produce el voto de censura o el rechazo de la confianza, cae todo el gabinete, en una cuestión de interés nacional que se ventila así, cristalinamente, con transparencia, como ahora se da en decir (Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y Reglamento, Lima, t. III, p. 1373).

74. Si la cuestión de confianza es entendida como una facultad del Poder Ejecutivo, cuya finalidad esencial es servir de contrapeso a la potestad del Congreso de hacer políticamente responsable a los ministros (mediante la moción de censura), las restricciones a dicha facultad introducidas por la norma impugnada vulnerarían el principio de balance entre poderes, que es un rasgo de identidad de nuestra forma de gobierno, el cual no puede ser alterado ni aun vía reforma constitucional sin quebrantar la separación de poderes (artículo 43 de la Constitución).

75. Este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera.

76. Entonces, la norma impugnada, al establecer que "no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político", resulta inconstitucional por contrariar el principio de balance entre poderes, pues restringe indebidamente la facultad de los ministros de poder plantear al Congreso de la República cuestiones de confianza en los asuntos que la gestión del Ejecutivo demande, desnaturalizando así la finalidad constitucional de la referida institución y alterando la separación de poderes.

77. Por ello, corresponde declarar fundada la demanda por trasgredir los artículos 43, 132 y 133 de la Constitución; y, por ende, debe declararse inconstitucional el párrafo: "No procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político".

§ 5. Sobre la facultad del Presidente de la República para nombrar ministros

78. El artículo 122 de la Constitución establece que el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros, y que nombra también –a propuesta y con acuerdo de este– a los demás ministros. Esta regla limita en cierto modo la discrecionalidad del Presidente de la República para elegir a los ministros que conforman el gabinete.

79. No es el único límite. El artículo 124 de la Constitución dispone que para ser ministro se requiere ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años de edad.

80. Asimismo, en concordancia con el artículo 33 de la Constitución, no pueden ser ministros aquellos a quienes se les ha suspendido el ejercicio de la ciudadanía por (1) resolución judicial de interdicción, (2) sentencia con pena privativa de la libertad, y (3) sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

81. De otro lado, el artículo 100 de la Constitución establece la facultad del Congreso de inhabilitar a un conjunto de altos funcionarios del Estado para el ejercicio de la función pública hasta por un plazo de 10 años. En tal sentido, las personas inhabilitadas tampoco pueden ser ministros durante el período que dure tal sanción.

82. Por su parte, el artículo 136 de la Constitución prescribe que si luego de la disolución del Congreso, en virtud del artículo 134, no se efectúan las elecciones parlamentarias, el Congreso disuelto se reúne y destituye al Consejo de Ministros. Y este mismo artículo 136 indica que "ninguno de los miembros de éste puede ser nombrado nuevamente ministro durante el resto del período presidencial".

83. Así, la facultad del Presidente de la República de nombrar ministros tiene limitaciones establecidas por la propia Constitución, dentro de las cuales el Presidente de la República tiene una amplia libertad.

84. La Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, aquí cuestionada, establece en su último párrafo:

> No se considera que hay crisis total del Gabinete cuando […] el Presidente de la República opte por designar a uno o más ministros renunciantes nuevamente en el Gabinete.

85. Para los demandantes esto implica una regla por la que, en caso de rechazarse la cuestión de "confianza formulada por el Premier, el nuevo gabinete deberá estar integrado por nuevos ministros, no pudiendo ser incluido en él ningún ministro del gabinete anterior".

86. Es pertinente recordar aquí la intervención del congresista Chirinos Soto en el debate de la Constitución de 1993:

> [...] cuando fue censurado el doctor Trelles, es verdad que fue censurado en su capacidad de Ministro del Interior, pero como era Presidente del Consejo, la censura arrastró a todo el gabinete, que fue sustituido de inmediato, con los mismos ministros, por el doctor Schwalb como Presidente del Consejo. Es el juego parlamentario.
>
> En Francia se censura a un Presidente del Consejo y ese mismo Presidente del Consejo regresa a la combinación ministerial como Vicepresidente del Consejo, y todo depende ahí de la confianza que le dé o no la Cámara (Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y Reglamento, Lima, t. III, p. 1375).

87. A juicio de este Tribunal, la disposición impugnada interfiere en la formación del nuevo gabinete por parte del Ejecutivo y le impone estas alternativas: cambiar a la totalidad de ministros, lo que tendría un impacto en la continuidad de las políticas públicas de las carteras ministeriales; o asumir que no se ha producido la crisis total del gabinete. Ambos supuestos resultan contrarios a los principios constitucionales de separación de poderes y de balance entre estos.

88. En efecto, este Tribunal entiende que la conformación del gabinete es una potestad exclusiva y excluyente del Presidente de la República, y consiste en nombrar a los ministros de Estado a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, con las restricciones constitucionales glosadas supra.

89. En tanto que la cuestión de confianza (como su contraparte parlamentaria: la

moción de censura) se plantea por motivos de oportunidad política, precisamente la dinámica política haría que, si la cuestión de confianza rehusada la planteó el Presidente del Consejo de Ministros, el nuevo gabinete no sea encabezado por este, ni tampoco lo integre, de ser el caso, el ministro o ministros involucrados en la crisis del gabinete. Pero más allá de eso, y acorde con la base presidencial de nuestra forma de gobierno, el Presidente de la República tiene plena libertad para nombrar a sus ministros, conforme al artículo 122 constitucional.

90. Por ello, la norma sometida a control restringe la facultad del Presidente de la República contenida en el artículo 122 de la Constitución, debiendo ser declarada inconstitucional.

§ 6. La renuncia del Presidente del Consejo de Ministros y la crisis del gabinete

91. El último párrafo de la cuestionada Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR dice lo siguiente:

> [...] No se considera que hay crisis total del Gabinete cuando el Presidente del Consejo de Ministros renuncia unilateralmente [...].

92. La Constitución ha previsto, en su artículo 133, que se produce la crisis total de gabinete en cuatro supuestos, vinculados con la salida del Presidente del Consejo de Ministros, a saber:

a. La cuestión de confianza le es rehusada, entiéndase tanto la obligatoria como la facultativa.

b. Es censurado.

c. Renuncia.

d. Es removido por el Presidente de la República.

93. Según veremos seguidamente, solo los supuestos a y b, donde hay una intervención del Parlamento, cuentan para la disolución del Congreso de la República.

94. La consecuencia constitucional de la crisis total del gabinete es que todos los ministros que lo integran deben renunciar a su cargo.

95. La crisis total del gabinete se consuma con la renuncia de todos los ministros, con prescindencia de cualquier hecho posterior, como puede ser la conformación de un nuevo Consejo de Ministros.

96. La disposición aquí cuestionada establece que no se configura una crisis total de gabinete "cuando el Presidente del Consejo de Ministros renuncia unilateralmente". Esto se contradice de manera directa con el artículo 133 de la Constitución,

que establece que, entre otros casos, la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros produce la crisis total de gabinete. Por tanto, debe preferirse la Constitución.

97. Por todo lo indicado, el párrafo: "No se considera que hay crisis total del Gabinete cuando el Presidente del Consejo de Ministros renuncia unilateralmente [...]" es inconstitucional, por vulnerar el artículo 133 de la Constitución.

§ 7. Sobre la facultad presidencial de disolución del Congreso

98. La norma impugnada dispone: "La facultad presidencial de disolución del Congreso de la República establecida en el artículo 134 de la Constitución procede únicamente cuando se han producido dos crisis totales de Gabinete" (énfasis añadido).

99. El artículo 134 de la Constitución prescribe lo siguiente:

> El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros (énfasis añadido).

100. Según puede apreciarse, la Constitución no dice, como lo hace la norma cuestionada, que la facultad presidencial de disolución del Congreso procede cuando se han producido "dos crisis totales de Gabinete". La Constitución es más específica: para la disolución, el Congreso debe haber "censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros".

101. Esta diferencia en los textos debe ser resaltada, pues, si bien la censura o la negación de confianza al Consejo de Ministros son casos de "crisis total del gabinete", estas además, a diferencia de otras crisis ministeriales y según ya hemos explicado, cuentan para efectos de la disolución del Congreso.

102. En atención a ello, este Tribunal considera que el párrafo de la norma impugnada donde se dice que el Presidente de la República puede disolver el Congreso cuando se producen "dos crisis totales de Gabinete", es inconstitucional por violar el texto del artículo 134 de la Constitución.

103. Por si fuera necesario explicitarlo, el artículo 134 de la Constitución es claro al señalar que el Presidente de la República se encuentra facultado para disolver el Congreso si:

a. Se ha censurado a dos gabinetes;

b. Se ha negado la confianza a dos gabinetes;

c. Se ha censurado a un gabinete y posteriormente se le ha negado la confianza

a otro gabinete;

d. Se le ha negado la confianza a un gabinete y posteriormente se ha censurado a otro gabinete.

104. Asimismo, es evidente que el Presidente de la República debe respetar en cualquier caso los límites que el artículo 134 de la Constitución le impone, referidos a que no se puede disolver el Congreso en el último año de mandato ni bajo un estado de sitio.

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 y, en consecuencia, inconstitucional la Resolución Legislativa 007 2017-2018-CR, que modificó el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, por vulnerar los artículos 43, 94, 105, 122 y 132 a 134 de la Constitución.

106 Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0006-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien me encuentro conforme con declarar FUNDADA la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que modificó el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, por vulnerar los artículos 43, 94, 105, 122 y 132 a 134 de la Constitución, como fundamentos adicionales considero necesario hacer una breve referencia:

- Al proceso de inconstitucionalidad;
- Al concepto de constitucionalidad;
- Al análisis de constitucionalidad; y
- A la afectación en el caso de autos al núcleo duro de la Constitución, por lesionar el equilibrio de poderes.

En tal sentido, desarrollo tales tópicos:

1. El proceso de inconstitucionalidad

1.1. 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.

1.2. De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cog-

noscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y sui generis.

1.3. Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso ad hoc y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. Sui generis, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

1.4. El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

1.5. Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptuación.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico

que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico

3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad

Asumido ya un concepto de constitucionalidad, toca hacer referencia al denominado análisis de constitucionalidad, respecto del cual es menester puntualizar lo siguiente:

3.1. Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, desmantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.

3.2. A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

3.3. En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.

3.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

3.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos

de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.

3.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo, puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.

3.7. El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.

3.8. En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.

3.9. En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. Afectación en el caso de autos al núcleo duro de la Constitución por trasgresión del equilibrio de poderes

4.1. Como lo tiene señalado el Tribunal Constitucional, existen límites materiales que impone la Constitución, los que están referidos a "…la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional inmunes a toda posibilidad de reforma" (Sentencia 0014-2002-AI/TC, fundamento 74).

Es decir, aquellos principios y valores que conforman el núcleo duro de la Constitución, como la persona humana, los derechos fundamentales, la dignidad del

ser humano, la soberanía del pueblo, la democracia representativa, la forma republicana de gobierno, el equilibrio de poderes, entre otros, que se refieren a la identidad de la Constitución (cfr. Sentencia 0014-2002-AI/TC, fundamento 76).

4.2 Este no ha sido un criterio aislado, pues en la Sentencia 0050-2004-PI/TC y acumulados, se reiteró que el Tribunal Constitucional era el principal garante de la vigencia efectiva de la Constitución, encontrándose a cargo de velar por la Norma Suprema, protegiéndola, inclusive, contra leyes de reforma constitucional que puedan "atentar contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta" (fundamento 3).

4.3 Así, se afecta el núcleo duro de la Constitución si se emite una ley de reforma constitucional para sustituir, por ejemplo, el sistema democrático de gobierno, el régimen "representativo" o el modelo económico de la Constitución. O esta afecta valores esenciales que la Constitución reconoce, como el principio de dignidad de la persona, la forma republicana de gobierno, el Estado Democrático de Derecho y el poder soberano del pueblo (Sentencia 0024-2005-PI/TC, fundamento 12).

4.4 En el caso de autos, la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que modificó el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, afecta el equilibrio de poderes, que es uno de los valores democráticos fundamentales en que reposa el Estado Constitucional.

4.5 Con la expedición de tal resolución legislativa, el Congreso ha excedido la facultad que le otorga la Constitución de auto normarse a través de su Reglamento, pues tal atribución es para materias relacionadas con su funcionamiento; no para regular y restringir competencias constitucionales propias del Presidente de la República o de los ministros de Estado.

4.6 El sistema democrático se asienta sobre un pilar esencial que está constituido por un mecanismo de pesos y contrapesos entre Poderes del Estado. Por lo tanto, resulta contrario al núcleo mismo de la Constitución establecer restricciones a dicho mecanismo constitucionalmente diseñado.

4.7 En ese orden de ideas, la Resolución Legislativa mencionada es inconstitucional pues, al señalar supuestos de improcedencia de la cuestión de confianza, recorta la facultad de los ministros para plantearla, que en la Constitución no está sujeta a restricción alguna. Asimismo, limita la libertad que tiene el Presidente de la República para nombrar a sus ministros, más allá de los límites que le imponen la Constitución o razones de oportunidad política.

4.8 La cuestión de confianza es un contrapeso en manos del Ejecutivo frente a la facultad del Parlamento de exigir responsabilidad política a los ministros a través de la moción de censura. Por ello, es un elemento fundamental para el equilibrio de poderes que manda la Constitución, por lo que no podía ser restringida por la referida Resolución, sin finalmente alterarse tal equilibrio.

S.

BLUME FORTINI

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0006-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

En el presente caso, si bien concuerdo con lo expuesto por mis colegas, considero necesario efectuar algunas apreciaciones adicionales.

*

En primer lugar, quisiera añadir algunas consideraciones en relación con el procedimiento parlamentario que culminó en la aprobación de la reforma al artículo 86 del Reglamento del Congreso.

La sentencia ahora expedida ha resaltado que la modificación efectuada por el Congreso de la República ha alterado la naturaleza de importantes instituciones propias de nuestro régimen político. Sobre ello, es importante afirmar que el derecho, y sobre todo el constitucional, posee un dinamismo singular, que lo hace proclive a la coyuntura y la permanencia. Sin esta capacidad, estaría completamente expuesto a la sustitución a través de mecanismos no reconocidos en el propio ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, de ello no puede desprenderse que la alteración o modificación de la Constitución sea una franquicia al uso, siendo que ella misma proscribe tales actos si no se ajustan a determinadas condiciones, y más si se practican sin una suficiente instancia deliberativa. En anteriores oportunidades el Tribunal ha validado las exoneraciones de debate aprobadas por la Junta de Portavoces en una suerte de deferencia a la labor del legislador, aunque para ello se partía de la premisa de que la revisión de este procedimiento es de carácter extraordinario. En efecto, en muchas ocasiones el elevado consenso entre los distintos grupos parlamentarios, así como la necesidad de adoptar importantes reformas, han justificado que el Tribunal ratifique dichas exoneraciones.

La situación es marcadamente distinta si lo que se pretende alterar es la esencia de nuestro régimen político. Esto no es algo, según advierto, que pueda ser efectuado sin antes pasar por una etapa deliberativa en la que se reciba y discuta los aportes de especialistas en esta materia. Dada la especial posición que dicha cuestión ostenta en nuestra armazón constitucional, estimo que particularmente los órganos responsables

de administrar justicia tienen una especial función de tutela cuando se trate de disposiciones con rango de ley que supongan una transgresión manifiesta de la esencia misma de nuestra norma suprema, pues ello supondrá avalar la idea que el poder constituido puede colocarse por encima del poder constituyente. Este deber de respetar el contenido fundamental de nuestra constitución debe ser también observado en el marco de los procedimientos parlamentarios, pues estas instancias son las responsables de implementar los mandatos, muchas veces indeterminados y abstractos, que este documento reconoce.

Los debates a nivel de comisiones o grupos de trabajo son, por ello, esenciales para implementar, con la convicción y el consenso debidos, reformas como las que se han planteado en este caso. Considero, por lo demás, que no existía ningún contexto de urgencia que ameritara que el Congreso de la República apruebe modificaciones sin seguir los procedimientos ordinarios reconocidos en la Constitución. Si se convalidara una práctica así, los males que suelen imputarse a los congresos unicamerales –como el hecho de carecer de una cámara de revisión y reflexión- serían aún mayores, pues básicamente se suprimirían los debates en el seno del parlamento en aras de una celeridad que no se justifica.

Es por ello que es posible afirmar que el tránsito de los proyectos o proposiciones a través de las comisiones debe ser una regla, más aún si consideramos la estructura que tiene el Congreso de la República en la Constitución de 1993. La ausencia de una segunda cámara debe motivar, con mucha mayor razón, los debates al interior de las comisiones. Generalizar el uso de las exoneraciones de debate (sobre todo en aquellos casos en los que no se advierte urgencia o unanimidad en la aprobación de una ley) solo remarca las carencias deliberativas en torno a la aprobación de las leyes, lo cual puede generar irremediables consecuencias en un futuro de ningún modo remoto.

**

Por otro lado, según se ha advertido en la sentencia, la modificación del artículo 86 del Reglamento del Congreso ha alterado el equilibrio de poderes reconocido en la Constitución.

Convengo con ello. Añado que la reforma introducida despojó de su esencia a la cuestión de confianza. Ciertamente, nuestro régimen político no es estrictamente uno de carácter presidencial como el estadounidense, lo cual obedece a la progresiva introducción en nuestro constitucionalismo histórico de instituciones propias de los regímenes parlamentarios. Sin embargo, de esta suerte de mixtura no es posible extraer, como lo ha hecho el Congreso de la República, la consecuencia de poder alterar la institución de la cuestión de confianza plasmada en la Constitución de 1993. Al hacerlo, se irrogó facultades propias del poder constituyente.

Esto es algo especialmente notorio en el caso del impedimento de la cuestión de confianza respecto de la aprobación o derogación de alguna ley. Es importante resaltar que, en muchas oportunidades, las leyes proyectan la política general que un gobierno desea implementar, por lo que impedirle presentar una cuestión de confianza para su aprobación limita e incluso fuerza al Poder Ejecutivo a actuar en contra de sus propuestas públicas y las necesidades sociales. Es importante mencionar que, a diferencia de otras experiencias en el derecho comparado, el Poder Ejecutivo, en el caso peruano, cuenta con un importante nivel de legitimidad, lo cual se evidencia en la elección directa de las distintas autoridades que lo integran. De este modo, el diseño de la política general del gobierno es, las más de las veces, el reflejo directo de la voluntad popular. Es por ello que, en el momento de rendir cuentas ante la ciudadanía, el desbalance de poderes sería manifiestamente notorio si el Poder Ejecutivo estuviese impedido de promover la implementación de todas aquellas propuestas por las que fue electo.

Evidentemente, no considero que la promoción de la aprobación o derogación de alguna ley en particular sea motivo suficiente para que se proponga la cuestión de confianza. Antes bien, debe tratarse de una que, por su trascendencia e impacto en las políticas trazadas por el Poder Ejecutivo, sea indispensable para ejercer su labor, y que, sin ella, no pueda implementar el proyecto general que fue aprobado mediante sufragio popular.

***

La Constitución de 1993 tiene una serie de características que permiten identificarla, y que encuentran respaldo en nuestra tradición republicana. Uno de estos elementos es el equilibrio entre lo que nuestra norma suprema denominada "poderes" del Estado, así como entre los organismos constitucionales autónomos.

El moderno Estado Constitucional derribó los remanentes del *Ancien Régime*. Esto supuso, a su vez, la eliminación de la concepción de un poder absolutista, el cual reposaba en el monarca. Es así que, particularmente en la experiencia europea, empezó a concebirse la idea de la separación de poderes como un mecanismo para controlar el poder.

Sin embargo, también se conoce que, en sus orígenes, esta idea trajo no pocos problemas al desenvolvimiento de las principales instituciones del Estado. Fue así como, por poner un ejemplo, países como España implementaron una noción tan rígida de la separación de poderes que, en los hechos, implicaba el destierro de cualquier clase de cooperación entre las entidades estatales. Cuestiones como privar al Poder Ejecutivo de la posibilidad de presentar proyectos de ley o evitar que el Poder Judicial tuviera alguna clase de competencia para examinar las decisiones de los otros poderes, fue una consecuencia inexorable de esta concepción. Todo ello condujo a una reformulación

de estos antiguos postulados con el propósito de optimizar el funcionamiento del Estado.

Por otro lado, en Estados Unidos se implementó la fórmula de los *cheks and balances* con la finalidad de garantizar el control mutuo entre las principales entidades estatales. En efecto, estas entidades debían regirse bajo el principio de la supremacía de la Constitución, lo que impuso concebir la idea de que ningún órgano estatal estaba en una posición cualitativamente superior a otro, por lo que era legítimo que se implementaran herramientas de control y fiscalización entre ellos.

Nuestra tradición republicana, iniciada esencialmente en las primeras décadas del siglo XIX, no desconoció estas experiencias, las cuales, de hecho, sirvieron de insumo y estímulo a nuestros constituyentes históricos en la elaboración de distintas técnicas y/o procedimientos para controlar el poder. Evidentemente, para tratar de perfeccionar estos mecanismos, se tuvieron que experimentar distintas soluciones. Hemos transitado fórmulas como la soberanía parlamentaria, el cesarismo democrático o el semi presidencialismo, y de todas ellas se han podido extraer principios y reglas que han configurado nuestro actual régimen político.

Una de las instituciones que surgió en el seno del constitucionalismo del siglo XIX fue el Consejo de Ministros. Y no es casualidad que esta entidad haya sido incorporada, por primera vez, en la Constitución de 1856 -acaso el texto más liberal del siglo XIX-. Su inclusión obedeció a la constante y férrea voluntad por limitar el poder público, y una fórmula bastante usual de la época era la de repartir esos espacios de dominio. De este modo, el artículo 93 de este documento, sin hacer mayores precisiones, remitió a la ley la organización y la configuración de los procedimientos del naciente órgano. Fue así que, mediante Ley Orgánica de 4 de noviembre de 1856, se estableció el Consejo de Ministros, el cual, según el artículo 25 de este mismo cuerpo normativo, tenía por objeto dar unidad a la marcha de los negocios públicos y mejorar el acierto en la administración. Bastante curiosa es la referencia a la confianza en esta ley, ya que su artículo 37 disponía que no merecía "la confianza pública el Ministro contra quien emitan las Cámaras un voto de censura".

Sin embargo, es importante advertir que, en realidad, esta institución fue reconocida durante la vigencia de la Confederación Perú-Boliviana. De hecho, esta entidad fue regida por una ley de 1 de mayo de 1837, a la que se denominó como "Ley Fundamental". Ella disponía, en su artículo 32, que "[e]n caso de ausencia, enfermedad ó muerte del Protector, le reemplazará el Consejo de Ministros, presidido por la persona que él designe, ó por el Ministro mas antiguo si no lo hubiere hecho" [cita textual]. De este modo, aunque es posible sostener que la introducción del Consejo de Ministros se estableció en la Constitución de 1856, también debe recordarse que es

posible encontrar un importante antecedente de esta institución en la Confederación Perú-Boliviana.

Ahora bien, es importante agregar que con la introducción del Consejo de Ministros empezó a forjarse una tendencia para la introducción de distintas instituciones provenientes de regímenes políticos diversos. En el caso de la Constitución de 1860, empezó a hacerse referencia a la figura de la interpelación de los ministros, como un mecanismo adicional para el control de los órganos del ejecutivo. De hecho, la inserción de esta clase de herramientas demuestra cómo es que, particularmente en el contexto peruano, existía una creciente preocupación por evitar que el Poder Ejecutivo concentre diversas atribuciones, lo cual se vinculaba con las constantes disputas con el entonces Presidente Ramón Castilla. El artículo 103 de este documento disponía que era deber de los ministros concurrir al Congreso siempre que sean llamados por alguna de las cámaras o por ellas en conjunto, y que a ello debía agregarse el deber de contestar las interpelaciones que se hicieran en su contra.

En el caso de la Constitución de 1867, el artículo 63 precisaba que el Ejecutivo no podía hacer observaciones en aquellos casos en los que el Congreso hubiera efectuado un "voto de censura", lo cual implicaba, como es evidente, un reconocimiento constitucional de una institución marcadamente parlamentaria.

Esta rápida recensión demuestra que nuestro constitucionalismo, con una clara vocación por la fórmula presidencialista, no ha podido quitarse de encima aquellos temores que, en los albores de la independencia, se tuvieron en torno a la acumulación de poder por parte del Ejecutivo. De hecho, la progresiva introducción de herramientas propias de los regímenes parlamentarios ha generado un singular sincretismo, pues permite que el Congreso de la República tenga importantes atribuciones y potestades de control. Y ello, me animaría a decir, es ya una característica propia de nuestro modelo político. Pero lo que nunca fue concebido fue la posibilidad de desnaturalizar los instrumentos que, a lo largo de nuestra historia constitucional, intentaron equilibrar el ejercicio del poder público.

Obvio corolario es que, ahí donde un órgano del Estado quiera colocarse en una posición distinta –y superior- a la de los otros, encontrará una respuesta en el núcleo mismo de nuestra Constitución: la santidad del equilibrio de poderes. Las reformas constitucionales, y con mayor razón las legales, deben efectuarse bajo la garantía de la continuidad de nuestra Constitución, pero nunca como una oportunidad para despojarla de su identidad.

S.

RAMOS NÚÑEZ

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0006-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo no solo con el fallo sino también con la fundamentación de la sentencia, salvo en estos dos aspectos:

1. El supuesto déficit de deliberación

A mi criterio, la inconstitucionalidad por la forma de la Resolución Legislativa 007-2018-CR radica en que no fue objeto de una segunda votación, no en que su aprobación haya adolecido del déficit de deliberación al que se refiere la sección 1.1 de la sentencia (fundamentos 17 al 26).

Dicha sección cuestiona que el proyecto haya sido exonerado de envío a la Comisión dictaminadora respectiva. Empero, ello fue acordado por seis de los siete miembros de la Junta de Portavoces, quienes representaban más de tres quintos del total de congresistas. Por tanto, se cumplió con lo establecido en el Reglamento del Congreso.

Posteriormente, 33 congresistas solicitaron que el proyecto fuera enviado a Comisión. Sin embargo, estos representaban menos de dos quintos de los miembros del Congreso. No podían imponerle su opinión a la mayoría que pensaba distinto. En el Congreso, los acuerdos deben ser tomados cumpliéndose los requisitos que establece su Reglamento.

Por demás, la posición adoptada por estos 33 congresistas contradecía lo que habían votado sus representantes en la Junta de Portavoces. Así, reflejaba una descoordinación dentro de los grupos parlamentarios. A partir de criterios subjetivos, el Tribunal Constitucional no debiera tomar parte por los disidentes, desautorizando a sus representantes.

2. El principio de separación de poderes

A mi juicio, la inconstitucionalidad por el fondo de la Resolución Legislativa 007-2018-CR radica en que acotaba el contenido de las cuestiones de confianza que pueden formular los ministros al Congreso. Ciertamente, como se afirma en la sentencia, ello no tiene asidero en el texto de la Constitución.

Para señalarlo, sin embargo, no es necesario formular las divagaciones conceptuales respecto al principio de separación de poderes que contiene el fundamento 56. Ciertamente, algunos de los "rasgos de identidad" que enumera no corresponden a mi comprensión de dicho principio.

Tampoco comparto, finalmente, la teoría del "núcleo duro" de la Constitución allí incluida. Los textos constitucionales peruanos han recogido algunas instituciones con mayor frecuencia que otras. Sin embargo, a mi criterio, ello no las hace indisponibles. No puede atarse al poder constituyente.

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0006-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La Junta de Portavoces no es una Cámara Legislativa sino un órgano que coadyuva en organizar y agilizar la gestión parlamentaria

El portavoz de un grupo parlamentario es quien lleva la voz de los parlamentarios de tal grupo y no su "jefe" o "superior jerárquico"

Coincido con los fundamentos y puntos resolutivos de la sentencia del Tribunal Constitucional. Adicionalmente quiero agregar algunos fundamentos con relación a la necesidad de una deliberación suficiente en los actos parlamentarios, así como de los límites constitucionales de la denominada "Junta de Portavoces". Con ello quiero mostrar por un lado, la necesidad de hacer una interpretación del reglamento parlamentario conforme a la Constitución, y, por otro lado, la importancia de que el Congreso de la República, en ejercicio de sus competencias, realice el desarrollo legislativo necesario respecto de la competencias específicas de la Junta de Portavoces del Parlamento Nacional, que no sólo refleje la representatividad de los congresistas sino también las exigencias de democracia interna en la toma de decisiones del grupo parlamentario.

En un Estado Constitucional, las leyes deben ser elaboradas con una suficiente, aunque mínima deliberación. Pero no sólo deliberación en el Pleno del Parlamento, en una sola votación, sino deliberación entre congresistas en las comisiones especializadas con la ayuda de especialistas y representantes de los diferentes sectores que serán materia de regulación. Si las leyes van a desarrollar y limitar los derechos fundamentales de las personas y por su alcance general van a regular amplios ámbitos de la sociedad, tienen que ser sustentadas en el más extenso nivel deliberativo.

Como lo ha resaltado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del " bien común " (....), concepto que ha de

interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es " la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad".[3]

Si las leyes deben estar ceñidas al bien común, éste no se logra por la mera acumulación de votos o todo tipo de exoneraciones de la Junta de Portavoces, más aún si se trata de un Parlamento Unicameral. Elaborar leyes exige la mayor responsabilidad de los parlamentarios en el procedimiento de formación deliberativa de éstas.

De otro lado, me interesa resaltar los *límites constitucionales de la Junta de Portavoces del Parlamento Nacional.* Según se aprecia en el Reglamento del Congreso, dicho órgano tiene el poder de exonerar cualquier trámite de envío a comisiones y prepublicación, entre otras competencias, lo que, como voy a sustentar más adelante, puede generar la desnaturalización de la excepcionalidad exigida por el artículo 105 de la Constitución, la falta de representatividad de los congresistas que forman parte de un grupo parlamentario, así como la afectación del principio democrático.

El vocero de un grupo parlamentario no es el jefe o superior jerárquico de los congresistas que integran el grupo sino tan sólo su "portavoz". En este punto vamos a mostrar el desarrollo comparado de algunos ordenamientos jurídicos sobre la Junta de Portavoces y sobre todo verificar la clara diferencia con el modelo peruano, el que, según creemos, debe ser objeto de una específica regulación en lo que respecta las competencias de tal Junta.

A. La importancia del debate y deliberación legislativas en el Estado Constitucional

1. La democracia representativa se encuentra recogida en diferentes disposiciones constitucionales como los artículos 43 (nuestro gobierno "es representativo"), 93 ("Los congresistas representan a la Nación"), 110 y 111 (el Presidente de la república personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), 191 y 194 (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otras.
2. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "la democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación racional y, en suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda

3 CIDH. Opinión Consultiva 6/86 del 9 de mayo de 1986, párrafo 29.

'formar voluntad'. La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjurado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de 'promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación' (artículo 44º de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él, el del propio Estado social y democrático de derecho" (Exp. 00030-2005-AI/TC FJ 9).

3. Es por ello que, desde la perspectiva de la teoría discursiva, la democracia se constituye en aquel modelo en el que la legitimidad de las normas jurídicas y de las decisiones públicas se concentra en haber sido adoptadas "con la participación de todos los potencialmente afectados por ellas".[4] ¿Cómo es que participan los potenciales afectados en el ámbito parlamentario? Pues mediante la convocatoria, en sede de las comisiones especializadas parlamentarias, de las instituciones representativas de la sociedad, instituciones técnicas, pública o privadas, o incluso mediante audiencias públicas que se pudieran hacer. Mediante la prepublicación del respectivo proyecto de ley también se informa a la ciudadanía sobre los posibles alcances de la regulación para que estos puedan dar sus respectivas opiniones a los parlamentarios.

4. Asimismo, Habermas sostiene que "el desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría del discurso los hace depender, no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente".[5]

5. Ello implica que un elemento básico de la concepción deliberativa de la democracia es que "llegado el momento de adoptar una decisión política, el seguimiento de la regla de la mayoría esté subordinado al previo cumplimiento del requisito de una discusión colectiva capaz de ofrecer a todos los afectados la oportunidad de defender públicamente sus puntos de vista y sus intereses mediante argumentos genuinos y negociaciones limpias".[6]

6. Una ley es legítima en una democracia constitucional cuando en su procedimiento de formación no ha imperado el secretismo, velocidad y simple suma de votos, sino cuando en aquel han participado quienes pueden verse afectados por sus

4 VELASCO, Juan Carlos. *Habermas*. Madrid, Alianza Editorial, 2013, p.152.
5 HABERMAS, Jurgen. Facticidad y validez. Madrid, Trotta, 4a ed. p.374.
6 VELASCO, Juan Carlos. Op.cit. p.53.

consecuencias y cuando se ha realizado una deliberación y justificación pública de los argumentos que le han servido de base. En una democracia constitucional no se puede aprobar una ley sin haber sido discutida y deliberada.

7. En la promoción del bienestar general de la Nación exigido por el artículo 44 de la Constitución, toca al Parlamento el deber de generar consensos en la expedición de leyes que puedan lograr dicho bienestar general, lo que no implica negar la existencia de disensos pues en el Estado Constitucional el consenso al que puedan arribar las mayorías parlamentarias debe obtenerse con el pleno respeto del punto de vista y derechos de las minorías parlamentarias y ello se logra sólo mediante el debate y la deliberación en todos los ámbitos de la actividad legislativa: comisiones especializadas, comisión permanente y pleno del Congreso, entre otros.

8. En el caso particular que nos convoca, se puede apreciar que cuando la Junta de Portavoces exonera del trámite de envío a comisiones así como la prepublicación, sin que existan graves causas, se resta legitimidad a la futura ley debido a su falta o nula deliberación.

9. Finalmente, conviene mencionar algunas características de otros ordenamientos jurídicos que evidencian la importancia de la formación deliberativa de las leyes, lo que podría generar que el Congreso de la República, en ejercicio de sus competencias, pueda realizar el desarrollo legislativo necesario para asegurar la indispensable deliberación en la expedición de leyes.

   En Argentina, el Reglamento de la Cámara de Diputados establece que "las comisiones podrán realizar audiencias públicas y abrir foros y video-chat de debates virtuales con la finalidad de conocer la opinión de la ciudadanía en general, personas jurídicas y de carácter público o privado y organizaciones de la comunidad, sobre materias de su competencia" (artículo 14 bis).

   En Colombia, el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes establece que la Comisión de los Derechos Humanos y Audiencias tiene como una de sus funciones la "celebración de audiencias especiales en las que los ciudadanos y representantes de gremios, colegios profesionales, asociaciones cívicas y sociales, puedan exponer temas de interés para la sociedad y el conocimiento del Congreso" (artículo 57.3a).

   Finalmente, en Bolivia, el Reglamento General de la Cámara de Diputados establece que "la Moción de suficiente discusión es la que se puede plantear a propuesta de una Diputada o un Diputado apoyada (o) por cinco, a objeto de que concluya el debate en grande de un Proyecto de Ley, después de transcurrido un

mínimo de cinco horas de debate y requiere la aprobación de dos tercios de voto. El tiempo será distribuido entre los Bloques de manera equitativa..." (artículo 104).

B. Límites constitucionales de la Junta de Portavoces

10. El artículo 31-A del Reglamento del Congreso establece lo siguiente:

> La Junta de Portavoces
>
> Artículo 31-A
>
> La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz por cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada.
>
> Le corresponde:
>
> 1. La elaboración del Cuadro de Comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso.
>
> 2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
>
> 3.La ampliación de la agenda de la sesión y la determinación de prioridades en el debate, todo ello con el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
>
> 4.Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento

11. La Junta de Portavoces tiene por objeto "expeditar o facilitar la celeridad de los procesos parlamentarios mediante la interconsulta que se produce entre quienes tienen capacidad de vincular colectivamente a los grupos parlamentarios de los que son voceros".[7] En el derecho comparado, este órgano asiste a los presidentes de las cámaras y tiene funciones relevantes "para la determinación del orden del día y en general para la organización del trabajo parlamentario".[8]

12. Su desarrollo en el régimen parlamentario peruano tiene que ver con la identifi-

7 DELGADO-GUEMBES, César. *Manual del Parlamento. Introducción al Estudio del Congreso peruano.* Lima, Biblioteca del Congreso del Perú, 2012, p.124.

8 TORRES DEL MORAL, Antonio. "Los grupos parlamentarios". En. *Revista de Derecho Político.* N.º9, 1981, p.47.

cación de mecanismos que mediante la respectiva coordinación buscan facilitar la programación de la actividad parlamentaria, "simplificando (...) los mecanismos de toma de decisión a cargo del Pleno".[9]

13. Dada la regulación y finalidad de la Junta de Portavoces es importante tener en consideración cuáles son los límites constitucionales de tal órgano. En primer lugar, el artículo 105 en cuanto establece que "Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso (....)". Como se aprecia, la regla general para la sanción de proyectos de ley es que tal proyecto deba ser aprobado por la respectiva Comisión parlamentaria. La excepción a tal regla ha sido encomendada por la Norma Fundamental al Congreso de la República para que sea prevista en su reglamento.

14. Es claro que la finalidad de dicha excepción es que ante graves sucesos como desastres naturales, terremotos o similares, se pueda exonerar del trámite de envío a comisiones para el respectivo dictamen. Pero se contraviene el artículo 105 de la Constitución cuando tal exoneración se utiliza ante situaciones que no sean realmente graves.

15. En segundo lugar, otro límite a las decisiones de la Junta de Portavoces es la democracia representativa. En efecto, conforme se ha expuesto, la democracia representativa reconocida en los artículos 3,43 y 93, entre otros, de la Constitución posibilita la conjugación armónica del principio de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Ello coloca la exigencia de deliberación en la regla general de aprobación de proyectos de ley con el necesario dictamen de comisión especializada.

    En tal sentido, sólo en situaciones de manifiesta gravedad se podrá exonerar de este trámite (artículo 105), lo que a su vez implica la exoneración de la necesaria deliberación en dicho ámbito de comisiones.

16. En tercer lugar, otro límite a las decisiones a la Junta de Portavoces se encuentra constituido por el respeto a los derechos políticos de los congresistas, los que se verían afectados cuando el portavoz adopta decisiones de exoneración en nombre del grupo parlamentario pero sin contar con la respectiva votación del grupo parlamentario.

    Como refiere Delgado, "a mayor descuido o injustificado uso de la Junta de Portavoces, es posible ocasionar perjuicio en la calidad del régimen representativo.

9 *Ibíd.*

La disminución de calidad, en este caso, se expresaría como menor capacidad de los representantes de opinar y de proponer alternativas diversas a las que resultan de los acuerdos entre los voceros de los grupos parlamentarios. El efecto en el régimen representativo, a su vez, se presenta como una distorsión mediante la cual unos pocos representantes gozan de mayor capacidad de decisión en procesos que suponen la igualdad de todos los mandatarios del pueblo en la asamblea representativa".[10]

17. En suma, queda claro que una interpretación del artículo 31-A del Reglamento del Congreso que sea conforme a la Constitución es que las exoneraciones del inciso 2 y la cláusula general del inciso 4 de tal artículo sólo serán compatibles con la Norma Fundamental cuando se refieran a situaciones de clara e indubitable gravedad.

18. No obstante, sería conveniente, a efectos de generar mayor seguridad jurídica, que los específicos supuestos de gravedad que pueden generar la exoneración de aprobación por Comisión dictaminadora sean regulados en el respectivo Reglamento del Congreso de la República.

19. Basta sólo una mirada al derecho comparado para verificar las diferentes formas de organización de los Parlamentos y en especial de órganos como la Junta de Portavoces.

País	Naturaleza y funciones
Alemania	**"Consejo de Edad"** Desempeña funciones consultivas y no decisorias. Está facultado para asesorar al Presidente en la toma de decisiones que a éste competen, y en todo caso se refieren a tareas de organización interna. Constituyen un punto de encuentro entre los grupos parlamentarios y el gobierno para lograr un acuerdo sobre el plan de trabajo del Parlamento Federal. **Véase: Artículo 6 del Reglamento del "Bundestag" Alemán**.

10 DELGADO-GUEMBES, César. *Op.Cit.*, p.126

Italia	**"Conferencia de Presidentes"** La Conferencia de Presidentes de Grupo es convocada por el Presidente de la Cámara, siempre que lo considere de utilidad, a fin de examinar los procedimientos de la Asamblea y las Comisiones. Se encuentra encaminado a que la Cámara proceda según la programación de los trabajos, en un breve plazo, y corresponsabiliza a los grupos parlamentarios en la actividad de la programación de los trabajos parlamentarios. El proyecto de programa de trabajo es sometido por el Presidente de la Cámara a la Conferencia de Presidentes, la cual la convertirá en definitiva, solo si es adoptada por unanimidad, para su posterior comunicación a la Asamblea. **Véase: Artículos 13, párrafo 1; 23 y 24 del reglamento de la Cámara de Diputados de Italia, y artículo 53 del reglamento del Senado italiano.**
España	**"Junta de Portavoces"** La Junta de Portavoces del Senado es oída para fijar el orden del día de las sesiones y los criterios de ordenación de los debates y tareas del Senado. Posee la facultad de proponer días distintos para las sesiones de la Cámara, y es oída por el Presidente para la modificación de los plazos de procedimiento de urgencia. Además, esta es oída para fijar las normas interpretativas o supletorias que pueda dictar la Presidencia. En el caso del Congreso, esta no solo es oída para la fijación del orden del día de la Cámara por su Presidente, sino que se exige acuerdo, por lo que posee un papel determinante. **Véase: Artículos 43 y 44 del reglamento del Senado de España.**

México	**"Junta de Coordinación Política"** La Junta de Coordinación Política es la expresión de la pluralidad de la Cámara; por tanto, es el órgano colegiado en el que se impulsa entendimientos y convergencias políticas con las instancias y órganos que resulten necesarios a fin de alcanzar acuerdos para que el Pleno esté en condiciones de adoptar las decisiones que constitucional y legalmente le corresponden. Entre las atribuciones de la Junta de Coordinación Política se encuentran: a) Impulsar la conformación de acuerdos relacionados con el contenido de las propuestas, iniciativas o minutas que requieran de su votación en el Pleno, a fin de agilizar el trabajo legislativo; b) Presentar a la Mesa Directiva y al Pleno proyectos de puntos de acuerdo, pronunciamientos y declaraciones de la Cámara que entrañen una posición política del órgano colegiado; c) Proponer al Pleno la integración de las comisiones, con el señalamiento de la conformación de sus respectivas Mesas Directivas, así como la designación de delegaciones para atender la celebración de reuniones interparlamentarias con órganos nacionales de representación popular de otros países o de carácter multilateral; con respecto a estas reuniones, en los recesos, la Junta de Coordinación Política podrá hacer la designación a propuesta de su Presidente; d) Proponer al Pleno la integración de la comisión o comisiones a más tardar en la tercera sesión ordinaria del primer periodo de sesiones del primer año de la legislatura, cuando se presente una iniciativa con el carácter de preferente o se reciba el oficio del Ejecutivo Federal señalando dicho carácter a iniciativas presentadas con anterioridad; entre otros. **Véase: Artículos 33 y 34 del reglamento de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.**
Bolivia	**"Coordinación Política con Jefes de Bancada"** En la cámara de Diputados, la Directiva se encuentra encargada de programar el trabajo de la cámara, fijar el calendario de actividades del Pleno y de las Comisiones, y coordinar los trabajos de sus distintos órganos, en consulta con los Jefes de Bancadas y Brigadas. Asimismo, la Presidencia mantiene las reuniones de coordinación con las Jefas o Jefes de Bancada, con una periodicidad, mínimamente mensual. En la cámara de Senadores, mediante la convocatoria del Presidente de la Cámara se realizará la coordinación política con los Jefes de Bancada. De tal manera, las o los Jefes de Bancada se reunirán los días lunes de cada semana para prever una agenda semanal que será remitida y aprobada por el Presidente de la Cámara. **Véase: Artículos 34, 36 y 66 del Reglamento General de la Cámara de Diputados y artículos 39, 65 y 79 del Reglamento General de la Cámara de Senadores.**

Guatemala	**"Junta de jefes de bloques legislativos"** Constituyen bloques legislativos, uno o más diputados que sean miembros de un partido político que haya alcanzado representación legislativa en las elecciones correspondientes. Así, cada bloque legislativo elige a un jefe y un subjefe de bloque, comunicándolo a la Junta Directiva del Congreso. Si durante el transcurso del año legislativo se produce algún cambio en la Jefatura o Subjefatura de bloque, esto se comunica a la Junta Directiva del Congreso, para su conocimiento. Los jefes de bloque se reúnen semanalmente con el Presidente del Congreso, para: a) Conocer y aprobar el proyecto de orden del día o agenda que se proponga al Pleno, b) Conocer de los informes de la Presidencia del Congreso, c) Conocer los asuntos que se presenten y tengan relación con el Congreso o se deriven de las actuaciones de este, d) Conocer de los asuntos de trascendencia e interés nacional de los que tengan que interés el Congreso, e) Conocer de cualquier otro asunto que a los jefes de Bloque pidan que se ponga a discusión, f) Anualmente al inicio del período de sesiones, acordar la propuesta que deberá elevarse a consideración del Pleno del Congreso, para determinar los días y horas de las reuniones del Pleno. g) Acordar en forma ordenada lo relativo a los días y horas de las sesiones de trabajo de las comisiones, entre otros. **Véase: Artículos 46, 51 y 52 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo de Guatemala.**

20. En suma, el Parlamento Nacional, conforme a sus competencias constitucionales, debe procurar un mayor nivel de deliberación en la formación de las leyes buscando evitar "leyes rápidas sin debate" que en muchos casos no se expiden por una justificada excepción, sino para evitar la necesaria deliberación, reflexión, análisis y expresión de la opinión pública.

Además, es indispensable que se regule clara y detalladamente las funciones de la Junta de Portavoces en general y que cada grupo parlamentario regule en su respectivo reglamento las funciones, procedimientos para adoptar decisiones, formas de actuación de su portavoz y límites de su representación. En ningún caso el portavoz de un grupo parlamentario puede desconocer la representatividad de cada uno de los congresistas que forman parte de tal grupo. La democracia interna no sólo debe ser practicada dentro de cada partido político, dentro del Parlamento, sino también dentro de cada grupo parlamentario.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0006-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Me encuentro de acuerdo con el contenido del fallo en el proyecto de sentencia en la medida que se declara la inconstitucionalidad de la Resolución Legislativa n.º 007-2017-2018-CR. Sin embargo, y con el mayor respeto por las diversas opiniones de mis colegas, considero necesario formular diversas precisiones en relación con algunas cuestiones contenidas en el proyecto de sentencia, o que se infieren de ella, los cuales pasaré a desarrollar a continuación:

El rol del juez constitucional de "constitucionalización de la política" y su responsabilidad en evitar una "politización de la justicia"

1. El papel de los jueces y juezas constitucionales en un Estado Constitucional es el de intérpretes vinculantes de cierre de esa Constitución. Dicho en otras palabras, les corresponde concretizar las prescripciones constitucionales, los principios, valores, derechos y demás elementos allí recogidos, así como los que se desprenden de su lectura sistemática e incluso convencionalizada. En un Estado Constitucional que se precie, no hay actividad que pueda estar al margen de ser comprendida y desarrollada fuera de ese ejercicio de concretización.

2. La actividad política no es pues una excepción de lo que acabo de señalar. La política y el Derecho no son lo mismo, pero en un Estado Constitucional, la política no puede ejercerse de manera contraria a los parámetros jurídicos establecidos, o de lo que se desprenda de ellos. Y como todos bien sabemos, la Constitución es hoy parámetro de actuación conforme a Derecho tanto a nivel de la configuración de las decisiones (acciones u omisiones) emprendida como en el plano del contenido de las mismas. Es más, ya este Tribunal Constitucional peruano , en la misma línea de las más importantes Cortes Constitucionales y las Cortes Supremas que hacen sus veces a nivel mundial, ha señalado que no existen zonas exentas de interpretación conforme a la Constitución, y, como última ratio de este proceso interpretativo, de control de constitucionalidad.

3. Así pues, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la conformidad en el parámetro constitucional de decisiones como indultos o ejercicio del derecho de gracia, por solamente mencionar dos elementos dentro de lo que antaño, y de acuerdo con tradiciones jurídicas distintas, pero que apuntaban a lo mismo, se denominaban "cuestiones políticas (no justiciables)", "actos políticos" o "actos de gobierno". También se ha pronunciado sobre la conformidad con la Constitución de la configuración de ciertas políticas públicas, del contenido de las mismas, e incluso acerca de las consecuencias que tiene la omisión de un pronunciamiento al respecto en que incurren los órganos competentes para ello. Aquello, por cierto, no convierte, como erróneamente se ha dicho por allí, al juez(a) constitucional en un congresista, y menos aun al Tribunal Constitucional en un Senado.

4. Y es que no debe de perderse de vista que la pauta interpretativa y de control correspondiente a un juez(a) constitucional es muy distinta a la de un congresista o la de otro político. La Constitución tiene sin duda un componente político, pero esa misma Constitución, el Derecho Constitucional y la interpretación constitucional son esfuerzos de comprensión conforme a Derecho y de encuadramiento jurídico del quehacer político (máxime en su incidencia real o factible sobre los derechos ciudadanos). La evaluación de un juez(a) constitucional no es una evaluación de calidad u oportunidad. Lo que corresponde al juez(a) constitucional es optimizar (dentro de un cuadro de derechos, deberes y respeto a esos derecho y deberes) el cumplimiento de los diferentes preceptos constitucionales. Por ello, su comprensión no es excluyente ni exclusiva, pero si deviene en comprensión de cierre en un contexto determinado (lo cual, por cierto, no la hace estática, pues este cierre debe ser comprendido dentro de un escenario dinámico, que puede propiciar una eventual reformulación de lo interpretado a posteriori).

5. En este escenario, confundir el margen de acción de un juez(a) con el de un(a) congresista, o considerar como un amigo o un enemigo político al juez(a) constitucional que admite una interpretación conforme a la Constitución con la cual no coincidimos es un error. También es una equivocación calificar con una lógica de amigo-enemigo al juez(a) constitucional que, luego de tratar de salvar la presunción iuris tantum de la constitucionalidad de una norma, concluye que no existe manera de evitar declarar la inconstitucionalidad de la misma. El juez(a) constitucional no es un agente político partidario y no debe actuar en favor de simpatías o ideologías propias. Le compete asegurar la "constitucionalización" del quehacer político, y su única ideología, en ese contexto, si cabe el término, es la que se desprende del mismo parámetro constitucional hoy reforzado por lo que involucra su convencionalización.

6. El juez(a) constitucional, si se convierte en un operador político (partidario), abandona su rol y su razón de ser. Buscar encuadrar su actuación de "constitucionalización de la política" en la clave de la confrontación político partidaria, siempre respetable y a veces inevitable, implica llevar a estos juzgadores(as) a una nada favorable "politización de la justicia". Y es que no debe olvidarse que al juez(a) constitucional le corresponde garantizar que el quehacer político partidario se inscriba dentro de las pautas constitucionales, pero no actuar como un(a) operador (a) político partidario. En un Estado Constitucional debe hacerse política, y debe hacerse política partidaria, más esa no es la tarea del juez(a) constitucional. Menos aun debe buscar comprenderse o intentar condicionarse su labor bajo esas consideraciones.

7. Conviene tener presente estas ideas sobre todo ante casos como el presente, en el cual se evalúa una decisión tomada por políticos (los congresistas) que incide sobre las atribuciones de otros políticos (quienes integran un Gabinete y pueden plantear cuestiones de confianza). Nuestra labor como jueces(zas) constitucionales, y la de quienes luego puedan asumir esta tarea cuando se enfrentan a situaciones similares es la de ver si en la configuración de la decisión tomada, o si en el contenido de la misma se han respetado los parámetros constitucionales, independientemente de cualquier consideración técnica o de otro índole. Eso es "constitucionalización de la política". Ese es el quehacer propio del juez(a) constitucional, el cual debemos propiciar, al mismo tiempo que debemos rechazar cualquier intento de "politización de la justicia", venga de donde venga.

Sobre los déficits de deliberación en la tramitación legislativa

8. En relación con lo que los demandantes denominan "vicios formales", coincido en que corresponde declarar fundada la demanda. Ahora bien, y a efectos de expresar con mayor claridad mi parecer al respecto, resulta necesario realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza de lo que han cuestionado los demandantes en este punto.

9. Sobre el particular, se hace necesario precisar que las alegaciones realizadas en torno a la exoneración de los trámites, o del íter legislativo habitual que debía seguir la aprobación de la resolución legislativa cuestionada, aluden en realidad a *déficits de deliberación y reflexión*, los cuales, más aun si partimos de un sistema de Congreso unicameral como el vigente en el caso peruano, no deberían ser considerados tan solo como vicios "de forma" o, dicho con otras palabras, como un mero incumplimiento de previsiones procedimentales o del tramitaciones formales.

10. Por el contrario, estos déficits constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución, lo cual va bastante más allá

de muy respetables alegaciones formales. Es por ello, y no solo por cuestiones de tramitación, que la contravención de tales parámetros debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.

11. El principio democrático, por cierto, se encuentra expresamente reconocido en los artículos 3 y 43 de la Constitución. Entre sus contenidos o subprincipios se encuentran, entre otros, el *principio mayoritario* (o de respeto a la decisión o al gobierno de las mayorías); el *principio pluralista* (que se alude, entre otras posibilidades, a la representación proporcional, a la desconcentración del poder o a la prohibición de regímenes de partido único, etc.); el *principio de respeto a las minorías* (o de "respeto a los derechos de las minorías", el cual representa un límite de innegable relevancia para el principio mayoritario y es lo que suele llamarse como "democracia sustantiva"); el *principio de alternancia* (referido al aseguramiento de elecciones periódicas o de régimen competitivo de elecciones, por ejemplo); y el *principio deliberativo* (que implica que la democracia va más allá del "momento del voto", sino que es una "cultura" o "forma de vida", lo cual involucra la discusión abierta e inclusiva de los asuntos públicos, la necesidad de ofrecer razones y espacios de deliberación o reflexión para la toma de decisiones, la existencia de mecanismos de fiscalización y control del poder, etc.).

12. Volviendo entonces al sustento y alcances de a los vicios deliberativos que aquí estoy reseñando, conviene anotar que estos se relacionan directamente con, valga la redundancia, el componente deliberativo del principio democrático. Tales vicios, entonces, solo podrían ser considerados como meramente "formales" desde concepciones ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, tal vez siguiendo las formalidades previstas al respecto, pero sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide (en este sentido, se tratarían de concepciones que solo atienden al "principio de mayoría").

13. Efectivamente, y para las concepciones mayoritaristas de democracia, únicamente bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Sin embargo, y por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, hoy la legitimidad de las decisiones públicas se entiende basada en las razones que se ofrecen a favor de estas y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede y hasta corresponde hablar ahora de un "giro argumentativo" o "deliberativo" en la concepción de la democracia.

14. Este giro se encuentra directamente relacionado por cierto, y entre otros factores, al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, el cual ha sido ampliamente desarrollado y aplicado en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional peruano (SSTC 00090-2004-AA, f. j. 12; 03864-2014-PA, f. j. 32; 4101-2017-PA, f. j. 20; 5811-2015-HC, f. j. 42; STC 06167-2005-HC, f. j. 30; 01803-2004-AA, f. j. 12-14), y también con las previsiones constitucionales que señalan que la persona humana es el fundamento y el límite último para el poder político (artículo 1 de la Constitución); o con las prescripciones constitucionales que resaltan la naturaleza limitada del poder político (artículo 45 de la Constitución). En efecto, y de lo anterior, se desprende con claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político no puede actuar de manera arbitraria, sino que tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones, y no puede simplemente imponerlas.

15. En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, asimismo, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de intercambiar razones o argumentos relacionados con la decisión que va a tomar. Estas razones que deben brindarse ciertamente, se encuentran relacionadas con la "legitimidad" de los actos de poder, elemento importante y hoy imprescindible, el cual va más allá de la aislada "legalidad" o la "autoridad formal". Así, es claro que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, los actos estatales –como lo es la aprobación de una ley o de una resolución legislativa– deben ser "legales", pero deben también ser "legítimos". Deben emanar de una autoridad competente, y a la vez, encontrarse justificados. En otras palabras, deben tener en cuenta tanto las exigencias vinculadas con su "vigencia" ("formal") como con su "validez" ("material").

16. En este sentido, además, en un pronunciamiento muy reciente, este Tribunal ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de decisiones y, en particular, de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. n.º 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada "Ley Antitransfuguismo"), se sostuvo que:

> "3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita

tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.

4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este es un auténtico órgano deliberante. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.

5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general" (cursivas agregadas).

17. De este modo, es claro pues que la legitimidad, e incluso si cabe hablar de ello, la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.

18. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una deliberación robusta hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de aquellos que se encuentren directamente en situación de violación o amenaza de violación, así como las de los sujetos y colectivos que se encuentren en situación de debilidad, puedan ser escuchadas (inclu-

sión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no deben tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publificación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

19. Como se hace evidente, y en relación a lo involucrado con estos vicios referidos a la falta de suficiente deliberación en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente. Ello significa no entender que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.

20. Adicionalmente, y a mayor abundamiento, este tipo de inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ya ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que en su configuración no se permitió la participación de quienes se verían afectados por la medida aprobada (v. gr. "caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería", de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las Sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).

21. Señalado todo esto, pasaré entonces los presuntos vicios o infracciones denunciados en el presente caso, relacionados con defectos o exoneraciones en la tramitación de la resolución legislativa cuestionada.

22. Al respecto, los demandantes han señalado que:

> "[E]ste proyecto de resolución legislativa [n.º 007-2017-2018-CR] **nunca fue debatido en la Comisión de Constitución y Reglamento** del Congreso a la que fue derivado el 7 de noviembre de 2017, esto es, 4 días después

de su presentación formal por la Célula Parlamentaria Aprista. Es por ello que **no cuenta con un dictamen** que analice sus fortalezas y debilidades, ni con la opinión de expertos que podrían haber enriquecido su contenido.

En efecto, el 8 de marzo de 2018 la Junta de Portavoces lo **exoneró de dictamen y lo incluyó en la agenda del Pleno,** en el que, tras un **debate escueto y no exento de polémica,** fue aprobado con 79 votos a favor, 18 en contra, y 7 abstenciones." (fojas 3 del expediente, resaltado agregado).

23. Adicionalmente, el Congreso de la República ha precisado que, con respecto a la tramitación de la disposición cuestionada:

> "[D]e conformidad con lo establecido en el artículo 31º-A del Reglamento del Congreso, **la Junta de Portavoces acordó la ampliación de la agenda** del Pleno, la misma que fue Aprobada (sic) por el Consejo Directivo" (fojas 27 del expediente, resaltado agregado).

24. Siendo así, tenemos que el proyecto de resolución legislativa n.° 02084/2017-CR fue exonerado, no solo del análisis de la Comisión de Constitución "y Reglamento", sino que se le privó del examen previo de cualquiera de las comisiones ordinarias, por ello tampoco hubo posibilidad de publicar los dictámenes de estas comisiones, se le incluyó con inusitada celeridad en la agenda del Pleno en el mismo día de su realización, y no fue objeto de una doble votación.

25. En este contexto, valga recordar que conforme al Reglamento del Congreso, las etapas del procedimiento legislativo son:

> "Artículo 73. El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:
>
> a) Iniciativa legislativa;
>
> b) Estudio en comisiones;
>
> c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;
>
> d) Debate en el Pleno;
>
> e) Aprobación por doble votación; y,
>
> f) Promulgación."

26. En el presente caso, como ha sido explicado, se ha saltado de la primera etapa (iniciativa legislativa) a la cuarta etapa (debate en el pleno), omitiéndose la segun-

da y tercera etapa. Asimismo, la resolución legislativa no ha sido objeto de doble votación (como se requiere en la quinta etapa) .[11]

27. En este escenario, y si ya a esta altura del presente texto no quedó claro, y si bien es cierto que tanto la Constitución como el propio Reglamento prevén la posibilidad de que se regulen algunas excepciones al trámite habitual, corresponde especificar que dichas exoneraciones no pueden vaciar de contenido ni las previsiones constitucionales encaminadas a garantizar la racionalidad de la legislación, ni el ya mencionado "principio deliberativo", el cual a su vez forma parte del "principio democrático".

28. En este punto, es menester precisar que en el ámbito parlamentario se han establecido algunas excepciones para el trámite legislativo, las cuáles, en la práctica, gracias a su uso frecuente, muy lejos de un empleo particular y de última ratio, distan de ser realmente una excepción (que es como fueron planteadas), sino más bien constituyen la regla.

29. Cierto es que existe una prescripción constitucional expresa en la cual se señala que:

> "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. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia."

Ahora bien, y aun cuando esta disposición establece la posibilidad de que se regule la exoneración o dispensa de que un proyecto legislativo pase por el estudio de una comisión ordinaria, queda claro que dicha previsión debe ser considerada

---

11 [11] Para mayores señas, conforme a la información que aparece en el propio portal institucional del Congreso (http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/641842f7e-5d631bd052578e20058a231/225ebbc804482ed2052581cd00798013?OpenDocument), la tramitación ha sido la siguiente:
"07/11/2017 Decretado a... Constitución y Reglamento
07/11/2017 En comisión Constitución y Reglamento - En Relatoría 07.03.18
08/03/2018 Pleno (en debate)
08/03/2018 Rechazado - la cuestión previa para que el proyecto regrese a Comisión
08/03/2018 Aprobado - por Acuerdo del Pleno
09/03/2018 Oficio - 901-2017-2018-ADP-D/CR del OM a la Pdta. Comis. de Constitución, Cong. Letona, hace de conocimiento que mediante Ac. JP, precluye la eetapa de comisiones y se extingue automáticamente el encargo encomendado a las comisiones ordinarias.
09/03/2018 Promulgado Resolución Legislativa del Congreso Nº: 007-2017-2018-CR
09/03/2018 Promulgado por el Congreso
10/03/2018 Publicado - R.L.C. N° 007-2017-2018-CR"

precisamente como una "excepción" y, por ende, no puede quedar al alcance presentado como discrecional, pero que en rigor disimula una eventual arbitrariedad, de cualquiera entidad, y dentro de ellas, con todo respeto, del Congreso de la República. De lo contrario, huelga decirlo, se vaciaría de contenido el mandato que señala, enfáticamente, que "[n]ingún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora".

30. En cuanto a la lista de posibles exoneraciones al trámite legislativo regular previstas en el Reglamento del Congreso o por la práctica parlamentaria, tenemos lo siguiente:

EXONERACIONES DEL TRÁMITE LEGISLATIVO REGULADAS O PRODUCTO DE LA PRÁCTICA PARLAMENTARIA **(Cuadro 1)**			
Exoneración genérica, de cualquiera de las etapas del proceso legislativo		Artículo 73 del Reglamento del Congreso (RdC)	Acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso
Iniciativa legislativa	Exoneración de que la proposición de ley (o la proposición de reglamento legislativo) cumpla con los requisitos reglamentarios formales	Artículo 77 del RdC	Acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso

Estudio en comisiones	Exoneración de envío a comisión ordinaria	Artículos 31-A.2 del RdC	Acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso (En el caso de los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente se requiere una representación equivalente a la mayoría del número legal de miembros del Congreso)
	Dispensa de dictamen de la comisión ordinaria	Artículo 105 de la Constitución, artículo 78 del RdC	Acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso
Publicación de los dictámenes	Exoneración de publicación del dictamen de la comisión	Artículos 78 y 31-A.2 del RdC	Acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso (En el caso de los proyectos enviado por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente se requiere una representación equivalente a la mayoría del número legal de miembros del Congreso)

Debate en el Pleno	Ampliación extraordinaria de la agenda de sesión ordinaria en el Pleno (y modificación de prioridades en el orden del debate)	Artículo 31-A.3 del RdC	Acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso
	Modificación extraordinaria de la agenda del Pleno en el curso del debate	Artículo 53 del RdC	Acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso
	Exoneración de debate en el Pleno	Artículo 73 del RdC	Decisión de Junta de Portavoces, con voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso
Aprobación por doble votación	Exoneración de segunda votación en el Pleno	Artículo 73 del RdC y práctica parlamentaria	Decisión de Junta de Portavoces (que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso), de la Comisión Permanente o del Pleno del Congreso (mayoría simple)

31. Como puede apreciarse, son varias las posibilidades que ha establecido el Congreso para hacer una especie de "tramitación abreviada" o "tramitación célere" de los proyectos de ley. Ahora bien, y con la base a lo que ya fue indicado, dicha tramitación célere no puede ni debe ser entendida como mala en sí misma. Lo necesario es que se entienda que solo cabe recurrir a ella en situaciones excepcionales y, sobre todo, que su empleo no implique vaciar de contenido el principio deliberativo, que forma parte de el principio constitucional democrático.

32. Ahora bien, entiendo que, en algunas ocasiones, y sobre la base de consideraciones políticas, puedan existir cuestiones urgentísimas que deban ser abordadas o reguladas con prontitud. Sin embargo, las razones que hacen de algo políticamente urgente no pueden justificar vaciar de contenido o consagrar un sacrificio absoluto de los elementos o mecanismos que aseguran que las decisiones políticas sean realmente respetuosas del principio democrático. El principio democrático, a su vez, contiene al principio de deliberación, el cual, en el contexto del sistema unicameral como el recogido en nuestra Constitución, alude asimismo a las exi-

gencias de reflexión y revisión de las decisiones, en la medida que no contamos con una cámara específicamente reflexiva o revisora.

33. No obstante lo señalado en el fundamento anterior, queda claro que en el presente caso, el conjunto de exoneraciones y prisas ocurridos en el trámite de aprobación del proyecto de resolución legislativa (que demoró entre su pase a comisión a su publicación cuatro días, haciendo uso de casi todas las exoneraciones o dispensas posibles), y tratándose además de un proyecto que pretendía regular un asunto de gran trascendencia en la medida que impactaba en el régimen de gobierno establecido en la Constitución (y, por ello mismo, se trataría que en realidad de una cuestión requería de una reforma constitucional), le permite a este Tribunal constatar la existencia de un claro déficit de deliberación, por lo cual la Resolución Legislativa n.º 007-2017-2018-CR debe ser declarada inconstitucional en este extremo.

34. Ahora bien, lo señalado no significa desde luego que el Congreso no pueda, conforme a sus competencias constitucionales, excepcional y eventualmente eximir de alguna tramitación un proyecto de ley o disponer lo necesario para su pronta aprobación. Lo que constitucionalmente está prohibido de hacer es acumular tales permisiones o exoneraciones, dando como resultado de ello la aprobación de una norma legal insuficientemente debatida o revisada.

35. Como ha señalado este Tribunal en anterior ocasión, esos mecanismos de exoneración no deben ser aplicados de manera generalizada, ya que ello, de lo contrario, "se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario" (STC Exps. n.ºs 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, f. j. 34). Como ha sido indicado, esta clase de prácticas terminaría por tergiversar la finalidad del artículo 105 de la Constitución de 1993.

36. Lo anterior significa que las dispensas y exoneraciones reguladas en el Reglamento del Congreso o aceptadas por la práctica parlamentaria (Cuadro 1) no deben ser empleadas con el propósito de reducir el margen de deliberación que pueda existir en los distintos ámbitos parlamentarios. Aquello sobre todo cuando, como en el presente caso, nos encontramos ante un disposición que pretendía regular un asunto de un gran valor (como lo es el de nuestra forma constitucional de gobierno y el de la determinación de los alcances de competencias específicas del Gobierno, su presidente y Consejo de Ministros, o su Gabinete por una entidad distinta a ellas, como es el Congreso) o con una gran repercusión. Dicho tipo de regulación, por el contrario, requeriría de un profundo y reflexivo intercambio de

opiniones, incluso con aportes de técnicos y especialistas en la materia regulada, así como la posibilidad de reflexionar y revisar lo avanzado en las diferentes etapas del trámite legislativo.

37. Es más, considero que, sobre la base de lo enunciado aquí, y a efectos de explicitar de mejor modo los deberes correlativos al deber de deliberar, en este caso en el marco del debate parlamentario en torno a la aprobación de normas con rango legal, deben enunciarse dos criterios a tomar en cuenta: exigencia deliberativa y suficiencia deliberativa. No basta pues con hablar de déficits deliberativos, sino es responsabilidad de la judicatura ordinaria señalar e incluso establecer qué criterios son los pertinentes para especificar, de la manera más optima posible, que situaciones nos permiten encontrarnos ante uno de esos déficits.

38. Estas, y sin perjuicio de las especificaciones correspondientes que añadimos, se refieren, respectivamente, a la necesidad de que algunas materias sean objeto de un debate más intenso, y al deber de tener en cuenta un estándar deliberativo y formal mínimo.

    Exigencia deliberativa: Conforme a este criterio, algunos temas, debido a su relevancia constitucional o a su importancia manifiesta, deben implicar mayores esfuerzos en cuanto al debate y la generación de consensos en torno a los contenidos a ser aprobados.

    En este sentido, algunas materias, principalmente en atención a lo dispuesto por la propia Constitución, deben encontrarse sujetas a un mayor escrutinio deliberativo. Aquello implica, básicamente, que cuando mayor sea la importancia o relevancia constitucional del asunto discutido, mayor debe ser el estándar para evaluar la suficiencia deliberativa del procedimiento parlamentario.

    De este modo, entre los temas que pueden encontrarse como lo que deben exigir una mayor exigencia en la discusión, la reflexión y la eventual revisión de los contenidos aprobados o por aprobar, encontramos por ejemplo:

    - Los asuntos considerados por la propia Constitución como "deberes primordiales" del Estado (artículo 44): soberanía nacional, derechos humanos, seguridad nacional y bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
    - Las materias que forman parte del núcleo identitario de nuestra forma de Estado, de nuestra forma de gobierno, de nuestro sistema político o de nuestro constitucionalismo en general: sistema político republicano y democrático (artículo 3, 43 al 46), Estado social (artículos 43, 23 y 59), Estado independiente y soberano (artículo 43), forma de Estado unitario y descentralizado

(artículos 43, 188 y ss.), forma de gobierno (artículos 43, 90 y ss.), régimen de separación entre iglesia y Estado o de "Estado laico" (artículo 50). En igual sentido, deben ser objeto de un mayor escrutinio deliberativo regulaciones que indican en nuestra Constitución económica (artículo 58 y ss.), nuestra Constitución cultural (artículos 2, incisos 8 y 19; 21 y 89), o nuestra Constitución ambiental (artículos 7-A, 66 y ss.), y similares.

- Las cuestiones que, conforme con la Constitución, deben ser reguladas necesariamente a través de leyes orgánicas (artículos 200, inciso 6; 31, 66 y 106): los derechos de participación política, el aprovechamiento de los recursos naturales, la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado (básicamente de los poderes estatales y los organismos constitucionales autónomos) y los procesos constitucionales.
- Los temas contenidos en tratados internacionales y que, también por mandato constitucional, requieren en atención al objeto de la regulación, de una intervención necesaria del Congreso (artículo 56): derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional; y obligaciones financieras del Estado.

En atención a ello, en todos casos corresponde un mayor nivel de exigencia deliberativa, es decir un escrutinio deliberativo exigente o alto, en el proceso de discusión, aprobación y reflexión en torno a disposiciones legislativas.

En el marco de lo expuesto, asimismo, es posible hacer referencia a un segundo grupo de materias que requerirían de un escrutinio deliberativo intermedio: por ejemplo, aquellas relacionadas con los objetivos y políticas contenidas en el Acuerdo Nacional. Recordemos, a estos efectos, que el propio reglamento del Congreso prevé como un requisito para las proposiciones de ley o de resolución legislativa, que estas deben hacer referencia explícita a si lo regulado relacionado con "políticas de Estado expresadas en el Acuerdo Nacional". En igual sentido, podría incorporarse, por ejemplo, lo relacionado a lo contenido en el "Plan Estratégico de Desarrollo Nacional" (actualmente el "Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021", pero que se encuentra sujeto a revisión por parte del Ceplan, Centro Nacional de Planeamiento Estratégico).

Finalmente, y con beneficio de inventario, seguramente las otras materias que podrían ser reguladas les competería un nivel de exigencia deliberativa menor, y por ende, se trataría de cuestiones cuyos déficits deliberativos (lo cual, por cierto, habría que evaluar caso por caso) no necesariamente acarrearía la inconstitucionalidad de la disposición legislativa.

Suficiencia deliberativa: Este criterio alude a los presupuestos o condiciones mínimas de discusión y reflexión que corresponde exigir en la tramitación de una ley o resolución legislativa.

Ahora bien, al respecto, es claro que no se le puede negar al Congreso la posibilidad de tramitar con celeridad y de modo excepcional algunas propuestas, eximiendo para ello a las iniciativas, proyectos o dictámenes de algunas de las etapas del procedimiento legislativo. Sin embargo, y en sentido inverso, tampoco puede aceptarse que, con base a la posibilidad de que algunos requisitos o etapas puedan ser exoneradas, se elimine toda forma de deliberación o de reflexión sobre el contenido de la ley, de tal forma de que la discrecionalidad con la que cuenta el Congreso para eximir o dispensar a los proyectos del cumplimiento de algunas exigencias reglamentarias no constituya, más bien, una arbitrariedad.

Con base en ello, es posible hacer referencia a dos presupuestos mínimos que deben tenerse en cuenta en atención a la suficiencia deliberativa en la tramitación de un proyecto legislativo.

- **Deliberación mínima:** Este criterio alude a la necesidad de que las propuestas legislativas deban pasar, por lo regular o como estándar medio, por un espacio en el cual haya sido posible discutir sus contenidos, esto es, intercambiar razones a favor y en contra de lo regulación con la finalidad de mejorar, corregir o validar la propuesta de que se trata.

  Dentro de las etapas del procedimiento legislativo, las directamente relacionadas a este ámbito de deliberación son las del debate (1) en el seno de las comisiones de estudio (donde la discusión es principalmente técnica y se permite la intervención de especialistas, y de agentes sociales o públicos relevantes) y (2) en el Pleno del Congreso (donde, además, la discusión adquieren un temperamento político). En este sentido, el que una ley o una resolución legislativa deba ser objeto, en algún punto, de deliberación, significa que, prima facie y como parte del "escrutinio deliberativo medio", no puede exonerarse a mismo proyecto legislativo de los dos momentos o etapas de deliberación.

- **Reflexión o revisión:** Por su parte, este criterio expresa el valor, en el marco de la necesidad de dar razones y de evitar cualquier atisbo de arbitrariedad, de reflexionar interna o colectivamente en torno a lo contenido en las propuestas legislativas. En este mismo sentido, tiene relación también con la necesidad de dar cuenta a la sociedad, o a otros actores institucionales que pudieran estar involucrados, sobre los contenidos de alguna decisión legislativa cuya aprobación se esté tramitando.

Como es evidente, los espacios en los que esta revisión o reflexión sobre las propuestas legislativas se hacen posibles, en lo principal, se dan con (1) la publicación de los dictámenes de las comisiones (pues se permite que la sociedad y los actores políticos conozcan la propuesta así como la opinión de los congresistas que integran la comisión) o, también, permitiendo (2) una segunda votación en el Pleno del Congreso (ya que se hace posible que los mismos congresistas tengan un momento de reflexión y de revisión de lo que aprobaron en primera votación –asunto de especial importancia en el marco de un modelo unicameral– y, además, en el ínterin el proyecto legislativo es conocido y valorado por la comunidad política).

En este marco, conforme a un estándar de "escrutinio deliberativo intermedio", deberá darse cuando menos alguno de estos momentos o espacios reflexivos para que una ley o resolución sea considerada constitucional con base a su suficiencia deliberativa.

Ciertamente, lo que viene exigido por el criterio que venimos desarrollando no es, en absoluto, un estándar material de deliberación (por ejemplo: un debate "de calidad", "prolongado", "con participación de determinados actores" o "con tal cantidad de tiempo", etc.), en la medida que no se le puede exigir a los actores deliberar en tal cual o sentido, o con una específica extensión o intensidad. Lo que sí viene exigido es, en todo caso, es que se haya presentando, la oportunidad efectiva de deliberar y reflexionar, esto es, que al proyecto legislativo no se le haya exonerado de los requisitos o las etapas elementales que corresponden.

39. Finalmente, y en atención a la actual práctica parlamentaria, la cual permite exonerar o dispensar a las propuestas legislativas de requisitos o etapas, sin mayores exigencias, a través de formatos escuetos en cuanto en contenido de lo exonerado o incluso a distancia, sin mayor justificación o debate, considero necesario exhortar al congreso de la República para que regule este tipo de situaciones con base a los criterios formales y sustantivos aquí desarrollados,

II. Sobre las denominadas trasgresiones de fondo

40. Con respecto a las denominadas "cuestiones de fondo", referidas a la presente causa, debo precisar que los principios de identidad de nuestra forma de gobierno, contenidos en el fundamento 56 del proyecto, solo pueden ser debidamente entendidos con base en nuestro modelo constitucionalmente establecido.

41. En este orden de ideas, es necesario hacer algunas precisiones necesarias en relación con la forma de gobierno adoptada en nuestra Constitución. A saber, con-

forme a los modelos "clásicos" formulados idealmente, suele distinguirse entre un modelo parlamentarista y otro presidencialista.

42. En el caso del régimen presidencialista, este se caracteriza básicamente porque hay un jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente, que proviene de una elección popular, hace simultáneamente las veces de jefe de Estado, y no es nombrado ni removido discrecionalmente por el Congreso.

43. En el caso del régimen parlamentario, por el contrario, tenemos que el jefe de gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente, y por lo general la jefatura del Estado recae en un órgano distinto al jefe de Gobierno (que puede ser un monarca constitucional o un Presidente, por ejemplo).

44. En el caso peruano, si bien partimos de un modelo inicialmente de base presidencialista, en la medida que nuestro Jefe de Gobierno se denomina Presidente de la República, es electo popularmente, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado ni removido discrecionalmente por el Congreso de la República, la Constitución ha incorporado al modelo algunas instituciones del parlamentarismo, las cuales desdibujan la estricta división de poderes que distingue al modelo ideal presidencialista, y se inscriben como una de las manifestaciones más notorias del denominado presidencialismo latinoamericano, pues implican que el Gobierno requiera de aprobación política del Congreso para su conformación (a nivel del Gabinete y sus ministros), así como para su eventual cambio. Entre estas instituciones tenemos al voto de confianza, la censura ministerial y las cuestiones de confianza, por referirnos a cuestiones que se plantean en este primer punto.

45. En efecto, nuestra Constitución al regular nuestra forma de gobierno recoge diferentes instituciones que permiten distinguirla de los modelos ideales o clásicos presidencialistas o parlamentaristas. Frente a ello, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos. Por ejemplo, al nuestro se le ha llamado régimen "semipresidencial", en el sentido de que no es uno en estricto presidencialista, pues se incorpora, como ya fue indicado, mecanismos de control y límites propios del régimen parlamentarista. Allí se parte de un error conceptual, pues el semipresindencialismo parte de una estructura propia del régimen parlamentario, a la cual se le incorporan elementos del régimen presidencial. También se ha considerado que el nuestro puede calificarse más bien de un régimen "hiperpresidencialista", en atención a los descomedidos poderes con los que aparentemente cuenta el Presidente, en especial cuando tiene mayoría oficialista en el Congreso, así como en atención a nuestras experiencias de caudillismo y autoritarismo. Adicionalmente, se ha hecho uso también de los calificativos "mixto" o "híbrido" con lo cual, si bien se da cuenta de sobre la dificultad para

encasillar nuestra forma de gobierno en alguno de los modelos clásicos, se elude finalmente la cuestión de definir o calificarla en atención a sus propios contornos y especificidades.

46. En cualquier caso, lo cierto es que nuestro modelo de gobierno y sus matices, propios de lo que se ha llamado "presidencialismo latinoamericano", se da hoy en base a la propia Constitución vigente y, por ende, únicamente es con base en el referido parámetro constitucional dentro del cual esta sentencia podría desarrollarse sus contenidos y alcances. En el mismo sentido, solo podría ser a partir de lo que nuestra norma Fundamental ha establecido que a nivel legislativo se podría regular, tanto lo concerniente a nuestro sistema de gobierno, como a las competencias y funciones de los poderes públicos y los órganos constitucionales autónomos, así como a las relaciones entre estas instituciones u órganos.

47. En este orden de ideas, adicionalmente, es claro que cualquier deseo o intención de modificar o incidir en el modelo de gobierno adoptado constitucionalmente requeriría de una reforma constitucional.

48. De hecho, la separación de poderes es un rasgo identitario, no solo de nuestra actual Constitución, sino del constitucionalismo en general. En dicho sentido, este mismo Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 0023-2003-AI, f. j. 4) ha recordado por ejemplo cómo, en la emblemática obra *El espíritu de las Leyes,* Montesquieu sostuvo que:

> "No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares".

49. Y en este mismo sentido es que se ha entendido como un contenido mínimo, el cual hace reconocible al constitucionalismo desde el siglo XVIII, lo dispuesto en su momento en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia el año 1789:

> "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"

50. Con base precisamente a este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo el Tribunal ha expresado de manera categórica que lo concerniente a la "sepa-

ración de poderes" (e incluso al "régimen político") constituye un límite para la reforma ordinaria de la Constitución, esto es, forma parte de una especie de "núcleo duro", el cual comprende a los "principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social" de nuestra Carta Fundamental, y por ende dicho ámbito no puede ser objeto de una reforma constitucional apelando únicamente a las competencias de reforma con las que cuenta el Congreso –un poder constituido–, sino que dicho cambio expresión de una "reforma total" de la Constitución, que requiere de la anuencia del poder constituyente soberano, por ejemplo a través de una consulta o referéndum:

> "Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido" (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 75)

> "Los límites materiales [a la reforma constitucional], están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución (...) [Los l]ímites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado" (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 76)

> "[L]a elaboración del proyecto de la nueva Constitución [o la "reforma total"] en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso. Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente.

> Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración" (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 115)

51. Con base en lo descrito, y siendo clara entonces la importancia del sistema de gobierno constitucionalmente establecido, resulta luego posible desarrollar una descripción o definición sobre sus contornos, siempre, desde luego, a partir de lo constitucionalmente previsto.

52. Al respecto, una primera cuestión tiene que ver con la nomenclatura que mejor permitiría calificar o denominar a nuestro régimen. Conviene aquí anotar que, si bien el nombre no es lo más importante a efectos de reconocer los contornos del modelo, atribuir uno sin duda ayuda a reconocer sus rasgos de identidad, sus alcances, potencialidades y limites. En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado similares calificaciones, siempre precisando sus alances, al referirse, por ejemplo, a nuestra forma de Estado (Estado unitario y descentralizado), a nuestro régimen político-económico (Economía social de mercado), a las relaciones entre Estado y religión (Estado laico), a nuestro estadio constitucional (Estado Constitucional o Estado constitucional de Derecho), entre varias otras.

53. Señalado esto, es importante expresar, en primer lugar, que las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (en rigor entre el Gobierno y el Congreso), tanto atendiendo a lo que dice la Constitución, como a la concreción de sus instituciones en la práctica reciente, pueden ser de distinto tipo y con diferentes efectos, hasta diametrales entre sí.

54. Efectivamente, en el marco de lo constitucionalmente previsto, hay dos escenarios o supuestos extremos, en los cuales el modelo plasmado en el Perú se manifiesta de modo muy diferente. En el primer escenario tenemos a un gobierno que cuenta una mayoría parlamentaria absoluta (escenario de "oficialismo robusto"), mientras que el opuesto es el del gobierno con una oposición parlamentaria arrolladora (supuesto de "oposición robusta").

55. Cuando estamos ante un gobierno que cuenta con un "oficialismo robusto", como puede preverse, al ponerse en riesgo la separación de poderes debido a un eventual fortalecimiento excesivo e irrefrenado del Poder Ejecutivo, juegan un especial papel los mecanismos que permiten el control político por parte de las

minorías parlamentarias, como es el caso, verbigracia, de la interpelación ministerial, la moción de censura o las demandas de inconstitucionalidad.

56. En el segundo caso, de "oposición robusta", más bien adquieren relevancia los mecanismos de diálogo y coordinación, de contrapeso político, o finalmente, de solución de controversias políticas en contextos de crisis de gobernabilidad o institucional. Siempre en un contexto de gobierno con "oposición robusta", y de enfrentamiento entre poderes o crisis institucional, pueden presentarse dos supuestos totalmente extremos: el del impulso de la vacancia del Presidente de la República, recurriendo a causales como la de incapacidad moral; o el de un eventual cierre del Congreso de la República como consecuencia de que se haya producido dos crisis totales del gabinete por denegatoria de confianza o por censura al Presidente del Consejo de Ministros.

57. Visto así, no es posible calificar a nuestro sistema de gobierno y su materialización en un momento concreto y una realidad específica, solo poniendo énfasis en uno de los escenarios, es decir, solo atendiendo a la posible concentración del poder en manos del Ejecutivo en escenarios de "oficialismo robusto", ni a una supuesta actitud obstruccionista, o que hace imposible la gobernabilidad, en el marco de Ejecutivos que se enfrentan a una "oposición robusta" en el Congreso. Más aun, es necesario considerar que además de los supuestos extremos esbozados, entre ellos puede haber escenarios variopintos, tales como gobiernos con primera mayoría parlamentaria, gobiernos con segunda mayoría congresal, gobiernos con mayoría parlamentaria a través de alianzas con otras agrupaciones (cogobierno), gobiernos con minoría parlamentaria y gobernabilidad a través acuerdos coyunturales, gobiernos con minoría congresal y sin gobernabilidad por dispersión política (no existen coincidencias políticas o programáticas), etc.

58. Con base a lo señalado, es incluso posible calificar nuestra forma de gobierno como "presidencialismo asimétrico" o "intermitente", en atención a que las instituciones, e incluso el propio régimen de gobierno, no operan siempre del mismo modo o con la misma intensidad. Por ende, en diferentes contextos algunas de sus instituciones, sus alcances y límites adquieren diferente entidad, y plantean cuestiones y problemas de carácter constitucional, los cuales deberán ser enfrentados teniendo en cuenta el contexto indicado.

59. Señalado esto, es claro que una descripción o delimitación de nuestro modelo en manos de la justicia constitucional debe ser realizado evitando o previniendo los excesos, las desviaciones y la desnaturalización del régimen, siempre dentro de los términos constitucionalmente dispuestos. Al respecto, como ya ha sido señalado, el Tribunal Constitucional a estos efectos debe hacer uso de su rol de "poder

moderador", conforme al cual trata de evitar o apaciguar los posibles conflictos que puedan dañar la institucionalidad del país, aunque desde luego sin invadir competencias que le sean ajenas.

60. Desde luego, lo anterior se ve complementado con los principios enunciados en el fundamento 56 del texto de sentencia, que se me me ha hecho llegar, donde se hace referencia a los cuatro principios de identidad de nuestra forma de gobierno, a saber: principio de separación de poderes, principio de balance de poderes, principio de cooperación y principio de solución democrática. Este último, valga precisar, no solo se refiere a que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional sean preferidas las salidas deliberadas, sino apunta asimismo a que solo en caso de que este camino no sea posible es que corresponder apelar a la elección popular como ratio final y superior.

61. Así visto, el sistema de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deberán tender a establecer y preferir mecanismos de dialogo que permitan resolver las controversias sin apelar, en primer término, a formas plebiscitarias o que se respladan en una invocación de decisiones de mayoría sin un claro respeto a posturas de minoría. En ese sentido, corresponde a los actores políticos e institucionales, y desde luego, en ello juega también un rol central el Tribunal Constitucional, promover que en las instancias y espacios de discusión institucional se produzcan diálogos robustos e inclusivos, lo cual podría comprender inclusive evenualmente la necesidad de incorporar a los ciudadanos, en especial a los directamente amenzados o vulnerados por una medida, así como a los especialistas, en el proceso de toma de decisiones, y solo si dicho diálogo fracasa, y se produce una crisis política o institucional irresoluble, será posible y hasta necesario apelar al depositario originario del poder político: los ciudadanos, el pueblo.

62. Indicado todo esto, es claro que con base a estos principios identitarios de nuestro régimen de gobierno es que se puede y debe resolver las cuestiones de fondo. Debe recordarse al respecto que los principios de identidad no hacen sino organizar y racionalizar lo que la propia Constitución expresa sobre nuestro sistema de gobierno, actividad necesaria en la medida que las disposiciones constitucionales no se aplican de manera espontànea, mecánica o aislada.

63. En este orden de ideas, considero que el §5, titulado "Sobre la facultad del Presidente de la República para nombrar ministros", debió explicitarse que la regulación cuestionada, cuando dispone que no hay "crisis total del Gabinete" cuando "el Presidente de la República opte por designar a uno o más ministros renunciantes nuevamente en el Gabinete" es inconstitucional, debido a que limita, de manera contraria a los principios de cooperación y solución democrática, las

facultades del Presidente de la República contenidas los artículos 122 y 134 de la Constitución.

64. Ello es así en la medida que la potestad de conformar el gabinete de gobierno es una potestad exclusiva y excluyente del Presidente (mediando propuesta del Presidente del Consejo de Ministros de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 de la Carta de 1993) y atendiendo a que la posibilidad excepcional de que el Presidente de la República pueda constitucionalmente cerrar el Congreso de la República cuando dicho Congreso ha denegado la confianza o ha censurado a dos gabinetes ministeriales está prevista como una herramienta de equilibrio y desentrampamiento entre Gobierno y Congreso, en el marco de nuestro régimen de presidencialismo asimétrico. Por ende, resulta excesivo que uno solo de los denominados poderes del Estado, el Congreso, pretenda modificar el modelo constitucionalmente previsto, restringiendo de manera exagerada las facultades constitucionalmente consagradas a favor del Gobierno.

65. Vale la pena recodar nuevamente, asimismo, que cualquier modificación a nuestro sistema de gobierno constitucionalmente establecido requiere inevitablemente que se siga el procedimiento de una reforma constitucional, es decir, con necesaria consulta y ejercicio del poder constituyente. Un cambio en el Reglamento del Congreso no puede ser un mecanismo que sustituya a un procedimiento de reforma constitucional. Menos aun constituir un canal para una reforma o una mutación constitucional.

66. Por otra parte, en lo que concierne al §7, "Sobre la facultad presidencial de disolución del Congreso", es necesario precisar que, en tanto la disolución del Congreso constituiría una situación de crisis política o institucional insalvable, siempre tendrá un carácter excepcional, conforme a las pautas indicadas en el texto de sentencia, pero también en el marco del principio de solución democrática.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 00008-2015-AI-TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cinco mil ciudadanos contra la Ley 29620. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de agosto del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 05 de octubre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta por los recurrentes contra la Ley 29620, por el cual argumentan que el artículo 1, el literal a) del artículo 4, y la Primera y la Segunda Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley 29620, vulneran la autonomía universitaria.

Al respecto, este Tribunal precisó que la autonomía universitaria es una de las garantías institucionales protegidas por la Constitución y consiste en el "conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha otorgado a la universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños en su seno".

En ese sentido, explicó que la frase "sobre la base de las carreras profesionales de Agronomía Tropical, Ingeniería Industrial Alimentaria y Ecoturismo de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco con sede en la ciudad de Quillabamba del artículo 1 de la Ley 29620, así como el literal a) del artículo 4 y la Primera y segundas Disposiciones complementarias transitorias de la ley 29620, y por conexidad, conforme al artículo 78 del Código Procesal Constitucional, brinda inicialmente las carreras profesionales que viene ofreciendo la sede de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Curso", del artículo 3, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29620, resultan inconstitucionales por transgredir el artículo 18 de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal agregó que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene un efecto principal y es la expulsión de la norma declarada inconstitucional del ordenamiento jurídico. En un segundo efecto, es que con la expulsión de la disposición inconstitucional se genera un vacío normativo que en determinadas circunstan-

cias puede generar graves consecuencias institucionales o sociales. Además, completó que la potestad de los órganos de control de la constitucionalidad de diferir los efectos de sus sentencias *(vacatio sententiae)*, constituye un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional de Derecho, debido a que se aplaza o suspende los efectos de una sentencia con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar su eficacia inmediata al declarar la inconstitucionalidad de una ley.

En consecuencia, el Tribunal concluyó oportuno disponer una *vacatio sententiae* hasta el 31 de diciembre de 2019 para que el Congreso de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas adopten las medidas necesarias para ajustar la norma de creación de la UNIQ al ordenamiento constitucional; de lo contrario, la inconstitucionalidad declarada surtirá plenos efectos desde el 1 de enero de 2020. Asimismo, declaró inconstitucional por conexidad, conforme al artículo 78 del Código Procesal Constitucional, la frase "brinda inicialmente las carreras profesionales que actualmente viene ofreciendo la sede de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Curso", del artículo 3, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29620.

Temas Claves: Derecho a la educación – autonomía universitaria.

PLENO JURISDICCIONAL

EXPEDIENTE 0008-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7 de agosto de 2018

Caso Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba

Ciudadanos C. Congreso De La República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 29620, Ley que crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba.

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO 159

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES 159

B-1. DEMANDA 160

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 161

II. FUNDAMENTOS

1. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD 161

2. ANÁLISIS DE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY IMPUGNADA 164

2.1. ACREDITACIÓN PREVIA DE LA NECESIDAD DE CREAR UNA UNIVERSIDAD 164

2.2. LA OPINIÓN FAVORABLE DEL MEF Y LA PROHIBICIÓN DE CREAR O AUMENTAR GASTO PÚBLICO 167

2.3. SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA 171

3. EFECTOS DE LA SENTENCIA 174

III. FALLO 175

PLENO JURISDICCIONAL

EXPEDIENTE 0008-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días de agosto de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO

Con fecha 30 de enero de 2015, más de cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29620, Ley que crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba (UNIQ), publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de diciembre de 2010. Los demandantes alegan la violación de los artículos 18 y 79 de la Constitución, así como de otras normas que conforman el bloque de constitucionalidad, por lo que solicitan que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1, del literal a) del artículo 4 y de la Primera y la Segunda Disposiciones Complementarias Transitorias.

En defensa de la constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas, con fecha 21 de julio de 2015, el Congreso de la República, a través de su apoderado, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que esta sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones legales objetadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B-1. DEMANDA

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- La Ley 29620 es inconstitucional por cuanto vulnera el bloque de constitucionalidad aplicable, toda vez que dispone la creación de la UNIQ:

  (i) sin acreditar su necesidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 23733; y,

  (ii) sin contar con el estudio de factibilidad aprobado por la autoridad competente en esa época, el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), y sin que se haya acreditado su conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a diez años de funcionamiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 26439, respectivamente.

- Los ciudadanos recurrentes sostienen que la disposición impugnada es inconstitucional por la forma y por el fondo, toda vez que dispone la creación de la UNIQ sin contar con la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), tal como lo exigía el artículo 5 de la Ley 23733, el artículo 6 de la Ley 26439, y como lo exigen los artículos 26 y 27 de la Ley 30220, vigente a la fecha. Esto contravendría la prohibición establecida en el artículo 79 de la Constitución referente a que los congresistas no tienen iniciativa para la creación o aumento del gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. Del mismo modo, sostienen que la ley impugnada vulnera, como consecuencia de lo expuesto, el derecho a la educación y el principio de autonomía universitaria.

- La parte demandante alega que la disposición impugnada también resulta inconstitucional en tanto:

  (i) dispone la creación de la UNIQ sobre la base de las carreras profesionales de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC), con sede en Quillabamba;

  (ii) dispone que las partidas consignadas en el presupuesto de la UNSAAC para el funcionamiento de su sede en Quillabamba formen parte de las rentas de la UNIQ;

  (iii) transfiere la infraestructura de la sede de la UNSAAC en Quillabamba para que funcione la UNIQ; y,

  (iv) dispone que el personal docente y administrativo de la sede de la UNSAAC en Quillabamba pase a formar parte de la UNIQ. Esto vulneraría la autonomía universitaria prevista en el artículo 18 de la Constitución.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- La Ley 29620 recoge el interés de un sector de la población y su creación obedece a la posibilidad de desarrollo de la provincia de La Convención.
- Sostiene la parte demandada que a través de los Decretos Supremos 292-2014-EF y 013-2015-EF, el Poder Ejecutivo autorizó la transferencias de partidas presupuestarias a favor de la UNIQ por montos ascendentes a S/. 800,000.00 y S/. 3,500,000.00, respectivamente, para cubrir los gastos de implementación y funcionamiento. De esta manera no se afecta la autonomía de la UNSAAC, ni se trasgrede la imposibilidad de iniciativa de gasto de los congresistas.
- De acuerdo con la parte demandada, el artículo 1 de la Ley 29620 no vulnera la autonomía universitaria, toda vez que la creación de la UNIQ no se realiza sobre la base de alguna sede o filial de la UNSAAC, sino sobre la base de las carreras de Agronomía Tropical, Ingeniería de Industria Alimentaria y Ecoturismo de la UNSAAC en su sede de Quillabamba. Alega que, de este modo, no se afecta la estructura organizativa de la UNSAAC, sino que solo ha tomado dichas carreras como referencia.

II. FUNDAMENTOS

1. A la luz de los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal se ocupará primero de determinar las disposiciones jurídicas que forman parte del bloque de constitucionalidad, a efectos de establecer el parámetro dentro del cual debe analizarse la constitucionalidad de la Ley 29620.
2. En segundo lugar, se analizarán los presuntos vicios de inconstitucionalidad en que habría incurrido el Congreso de la República al emitir la ley objeto de impugnación, sobre la base de los derechos y principios que, según los demandantes, han sido vulnerados.

1. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

3. El proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.
4. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

5. 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.

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

7. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que "en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango" (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

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

   a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.

   b) La regulación de un contenido materialmente constitucional.

   c) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

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

10. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso. Con relación a la creación de las universidades, el artículo 18 de la Constitución, en la parte pertinente, establece que "las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento". Es decir,

la Constitución encarga al legislador la tarea de regular las condiciones de funcionamiento de las universidades públicas y privadas.

11. Asimismo, la Constitución concede un tratamiento especial a la autonomía universitaria, señalando en el precitado artículo que cada universidad "es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes". En tal sentido, se advierte que la Constitución hace remisión directa a la ley como complemento regulatorio para la creación de universidades y respecto al modo de garantizar la autonomía universitaria.

12. Al respecto, el Tribunal advierte que, en el momento en que fue emitida la ley impugnada, se encontraban vigentes la Ley 23733, Ley Universitaria, y la Ley 26439, Ley que crea el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades. El artículo 5 de la Ley 23733 regulaba los requisitos para la creación de universidades, y los artículos 6 y 7 de la Ley 26439 establecían las exigencias a las que se sujetaba la autorización para el funcionamiento de las casas de altos estudios.

13. Ambas leyes fueron derogadas mediante la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30220, Ley Universitaria, publicada el 9 de julio del 2014 en el Diario Oficial El Peruano. Actualmente, esta última ley regula lo referente a la creación y funcionamiento de universidades.

14. El Tribunal debe destacar que las leyes aplicables para resolver el presente caso son las que estuvieron vigentes al 2 de diciembre de 2010, fecha en que entró en vigencia la ley de creación de la UNIQ. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso está conformado por las leyes 23733 y 26439.

15. La verificación del cumplimiento de requisitos aplicables al acto de creación de una universidad debe realizarse respecto de los requisitos que se encontraban vigentes en el momento en que se produjo la creación de la universidad.

16. En tal sentido, la nueva Ley Universitaria, Ley 30220, no formará parte del parámetro constitucional para resolver el presente caso, pues no se encontraba vigente en la fecha señalada y, conforme dispone el artículo 103 de la Constitución, las leyes no tienen fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando se favorece al reo. Usar la Ley 30220 como parámetro constitucional en el presente caso implicaría aplicarla retroactivamente al acto de creación de la UNIQ.

17. Sin embargo, este Tribunal debe resaltar que los casos que se examinen luego de la publicación de la nueva Ley Universitaria, Ley 30220, tendrá precisamente a esta ley como norma conformante del bloque de constitucionalidad. Esta ley regula

actualmente lo establecido en el artículo 18 de la Constitución en lo referente a la creación, funcionamiento, supervisión y cierre de las universidades públicas y privadas.

18. En tal sentido, el Tribunal considera pertinente recordar que, conforme al marco normativo vigente al momento de publicación de la presente sentencia, solo pueden crearse universidades cuando:

    a. Previamente exista un informe con la opinión favorable del MEF;

    b. Se haya garantizado la conveniencia y pertinencia con las políticas nacionales y regionales de educación universitaria;

    c. Se vincule la oferta educativa propuesta con la demanda laboral;

    d. Se demuestre disponibilidad de recursos humanos y económicos, para el inicio y sostenibilidad de las actividades proyectadas, que le sean exigibles de acuerdo a su naturaleza.

§2. ANÁLISIS DE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY IMPUGNADA

164

2.1. ACREDITACIÓN PREVIA DE LA NECESIDAD DE CREAR UNA UNIVERSIDAD

19. Los demandantes sostienen que la Ley 29620 es inconstitucional por cuanto vulnera el bloque de constitucionalidad aplicable, toda vez que dispone la creación de la UNIQ:

    (i) sin acreditar su necesidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 23733; y,

    (ii) sin contar con el estudio de factibilidad aprobado por la autoridad competente en aquella época, que era el CONAFU, ni se acreditó su conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a diez años de funcionamiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 26439, respectivamente.

20. La parte demandada alegó que la Ley 29620 recoge el interés de un sector de la población y su creación obedece a la posibilidad de desarrollo de la provincia de La Convención. Del mismo modo, indicó que, mediante decretos supremos, se autorizaron distintas partidas para el mejoramiento y equipamiento de la UNIQ.

21. A fin de resolver la cuestión planteada, corresponde comenzar tomando en cuenta que el artículo 17 de la Constitución establece que el Estado "promueve la crea-

ción de centros de educación donde la población los requiera". Por su parte, el artículo 5 de la Ley 23733, entonces vigente, señalaba que para la creación de una universidad "se deberá acreditar previamente su necesidad".

22. Dicho en otros términos, el Estado tiene la obligación de promover la creación de las universidades públicas allí donde exista una demanda educativa insatisfecha. Y es que, si bien es cierto que una de las funciones de la universidad pública es satisfacer el interés o la vocación individual de las personas, también lo es que posee una función colectiva, la cual está orientada a la búsqueda de soluciones a las necesidades de la población.

23. En ese orden de ideas, el Estado tiene el deber de desarrollar una política pública que relacione las necesidades sociales de educación y formación con el desarrollo regional y nacional.

24. Esta exigencia supone que en el procedimiento legislativo previo a la creación de una universidad pública deba realizarse un análisis sobre su necesidad en un lugar determinado. Este Tribunal ha enfatizado en su oportunidad que dicho análisis "debe estar orientado, fundamentalmente, a la necesidad de su implementación en razón de los problemas de acceso a la educación universitaria que puedan presentarse en determinados espacios territoriales del país" (Sentencia 0019-2011-PI/TC, fundamento 16).

25. La creación de una universidad pública y la institucionalización de las profesiones, como una medida para enfrentar el problema de acceso a la educación universitaria, no deben ser vistas como un fin en sí mismas, sino como un medio para lograr la formación profesional de los diversos sectores de la población. Y es que, "el fin último de la educación universitaria no es la institucionalización de profesiones, sino la formación de profesionales, entendidos estos como egresados universitarios con una colocación laboral digna" (Sentencia 0017-2008-PI/TC, fundamento 195).

26. Por lo demás, merece destacarse que la realización de actividades profesionales en los diversos sectores de la población coadyuva al desarrollo integral, sostenible y equilibrado de las personas, las regiones y el país.

27. Así las cosas, este Tribunal debe determinar si en el procedimiento legislativo que culminó con la emisión de la Ley 29620 se ha acreditado la necesidad de la creación de la UNIQ. Para tales efectos se ha verificado el contenido del Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura, Patrimonio Cultural, Juventud y Deporte del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley 4029/2009-CR en el que, por unanimidad, se aprueba la creación de la UNIQ.

28. En dicho dictamen se explican las razones que sustentan la necesidad de crear una universidad en la provincia de La Convención, a saber:

    (i) la provincia de La Convención es la más grande de la Región Cusco y una de las más aisladas, y resulta "necesaria la existencia de todos los servicios públicos principalmente salud y educación en la capital de la provincia por cuanto, objetivamente es imposible para alguien que vive en Quillabamba desplazarse todos los días al Cusco para poder satisfacerlos sin que ello termine mellando su economía y su salud";

    (ii) en dicha circunscripción se encuentra el gas de Camisea, que constituye uno de los recursos energéticos más importantes del país, elevando la capacidad adquisitiva y nivel de vida de la población, con la consiguiente demanda de servicios;

    (iii) solo el 2.2 % de los habitantes de la provincia de La Convención tiene estudios universitarios, lo cual "se encuentra por debajo del promedio regional reflejando un déficit de personas calificadas para asumir las tareas generadas por la expectante situación económica de la provincia"; y,

    (iv) la UNSAAC tiene dificultad para ejecutar el canon gasífero que recibe, particularmente en beneficio de su sede en Quillabamba.

29. Finalmente, el dictamen señala, como respaldo, el Informe 045-2009-DCU-DIGESUTP, emitido el 23 de enero de 2009 por la Dirección de Coordinación Universitaria del Ministerio de Educación, en el cual se concluye lo siguiente:

> 1. La creación de la Universidad Nacional Autónoma de La Convención se justifica plenamente puesto que responde a motivos de orden ético, social, económico, cultural y geopolítico, que se inscriben plenamente en el marco de un proyecto de desarrollo sustentable para la provincia de La Convención y por ende para la región Cusco.
>
> 2. La necesidad de la existencia de la nueva entidad se funda en que permitirá ingresar a La Convención en un proceso de cambios de tal manera que la pertinencia permita un desarrollo con creatividad, donde investigadores que laboren en la universidad conduzcan a potenciar el desarrollo de la ciencia y la técnica acorde con la situación y el ritmo de crecimiento actual del país.

30. En virtud de lo expuesto en el dictamen, este Tribunal considera que en el procedimiento legislativo que dio origen a la Ley 29620 sí se realizó un análisis de necesidad para la creación de la UNIQ, basado especialmente en el problema de

acceso a la educación universitaria que afectaba a la población de la provincia de La Convención.

31. Por otro lado, cabe destacar que los requisitos establecidos en los artículos 6 y 7 de la Ley 26439 son requisitos de funcionamiento de una universidad, es decir, posteriores a la creación, de manera que no resultan aplicables como parámetro constitucional para una ley que versa sobre la creación de una universidad.

32. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que este extremo del artículo 1 de la Ley 29620 no contraviene el artículo 17 de la Constitución, ni el artículo 5 de la Ley 23733 entonces vigente. Y, por lo tanto, la demanda debe ser declarada infundada en el extremo relacionada a la omisión del deber de acreditar la necesidad de la UNIQ de manera previa a su creación.

2.2. LA OPINIÓN FAVORABLE DEL MEF Y LA PROHIBICIÓN DE CREAR O AUMENTAR GASTO PÚBLICO

33. Los ciudadanos demandantes sostienen que la Ley 29620 incurre en un vicio de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo, toda vez que dispone la creación de la UNIQ sin contar con la opinión previa favorable del MEF, tal como lo exigía el artículo 5 de la Ley 23733, el artículo 6 de la Ley 26439, y como lo exigen los artículos 26 y 27 de la Ley 30220, vigente a la fecha (que no resultan aplicables al presente caso conforme a lo señalado supra). Esto contravendría, según alegan, la prohibición establecida en el artículo 79 de la Constitución referente a que los congresistas no tienen iniciativa para la creación o aumento del gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

34. La entidad demandada, por su parte, sostiene que la omisión de contar con la opinión favorable del MEF habría sido superada con posterioridad mediante los Decretos Supremos 292-2014-EF y 013-2015-EF que asignaron a la UNIQ montos ascendientes a S/. 800,000.00 y S/. 3,500,000.00, respectivamente, para cubrir los gastos de implementación y funcionamiento.

35. El artículo 18 de la Constitución establece que: "[l]as universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento". Es decir, es la propia Constitución la que encomienda al legislador el establecimiento de requisitos para el funcionamiento de universidades.

36. Desarrollando este mandato, el artículo 5 de la Ley 23733, entonces vigente, señalaba lo siguiente:

> Las Universidades nacen o son suprimidas sólo por ley. La fusión de Universidades también es autorizada por ley. En todos estos casos se solicitará informes a los organismos pertinentes.

> Para la creación de una Universidad se deberá acreditar previamente su necesidad, así como la disponibilidad de personal docente calificado y los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios. (…)". (Énfasis agregado).

37. De las disposiciones jurídicas antes mencionadas se advierte con meridiana claridad que la exigencia, derivada de la Constitución, de acreditar la disponibilidad de los recursos que aseguren la eficiencia de los servicios a prestar por la futura universidad pública es previa a la creación legal de la universidad.

38. Estos recursos deben entenderse como recursos económicos, de manera que el ente competente para determinar su disponibilidad es el Ministerio de Economía y Finanzas, situación que se deberá acreditar mediante un informe.

39. Por otro lado, el artículo 79 de la Constitución establece que "[l]os representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto". Esta prohibición tiene como objetivo proteger el equilibrio fiscal.

40. Al respecto, este Tribunal ha señalado que las normas que generan gastos traen graves consecuencias que podrían afectar a otros sectores, pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos trazados, lo que produciría un desbalance financiero, pues cada organismo del Estado programa sus gastos y en base a su presupuesto planifica los objetivos a realizar (Sentencia 0032-2008-PI/TC, fundamento 16).

41. Las limitaciones aplicables al Congreso de la República para crear gasto público han sido explicadas de manera más amplia por este Tribunal en los fundamentos 30 y 32 de la Sentencia 0007-2012-PI/TC:

> (…) no puede desatenderse que el artículo 79º de la Constitución, establece que "[e]l Congreso no tiene [] iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto". Ello significa que el Parlamento, motu propio, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, ex novo, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118º, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, "[a]dministrar la hacienda pública".
>
> Contrario sensu, el Congreso goza de dicha competencia si la iniciativa para su expedición no proviene de sí mismo, sino del Ejecutivo, esto es, si se acredita que en el procedimiento legislativo del que emanó la ley de

> la que nace la obligación pecuniaria, el Gobierno autorizó o consintió su dación.
>
> En tal sentido, la función del Parlamento es controlar y fiscalizar la acción del Ejecutivo en la administración del tesoro público, pero en ningún caso puede sustituirlo en la dirección de la política económica, menos aún creando gastos que escapan a la proyección técnica diseñada por el Gobierno. (…).
>
> 32. Por otra parte, incluso si una ley generadora de gasto público es avalada previamente por el Poder Ejecutivo, también resulta inconstitucional si, por vía de tal ley, la habilitación de dicho gasto pretende ser imputada a la ya vigente Ley de Presupuesto, escapando de su balance general de cifras de ingresos y egresos. (…).

42. Dicho de otra manera, el Congreso de la República necesita de la participación y aprobación previa del Poder Ejecutivo para que se encuentre constitucionalmente justificada la creación de gasto público en general, que no podrá ser imputado a una Ley de Presupuesto ya vigente. De lo contrario, las leyes que emita creando gasto público serán inconstitucionales.

43. Por otro lado, este Tribunal, en el fundamento 18 de la Sentencia 0019-2011-PI/TC, ya ha analizado las exigencias contenidas en la normativa citada supra en el marco de una controversia similar a la que se encuentra bajo análisis en los términos siguientes:

> "(…) la creación de una universidad por parte del Congreso de la República, sin que previamente exista un informe técnico del MEF que acredite la disponibilidad de recursos públicos necesarios para garantizar un futuro funcionamiento cuya calidad y eficiencia resulten acordes con la consecución de los fines constitucionales de la educación, en general, y de la educación universitaria, en particular (…), es violatoria del artículo 79º de la Constitución y del artículo 5º de la Ley Universitaria [la Ley 23733], en cuanto establece que '[p]ara la creación de una Universidad se deberá acreditar *previamente* (…) la disponibilidad de (…) los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios' (énfasis agregado)".

44. En ese orden de ideas, este Tribunal ya tiene establecido que la prohibición contenida en el artículo 79 de la Constitución constituye un límite al legislador para crear nuevas universidades públicas. La creación legal de una universidad pública que no respete dicha exigencia incurre en una inconstitucionalidad tanto de forma como de fondo.

45. En efecto, se incurre en una inconstitucionalidad de forma dado que la ausencia del respectivo informe previo del MEF constituye la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79 de la Constitución, concretizado por el artículo 5 de la Ley 23733 entonces vigente (ahora por los artículos 26 y 27 de la Ley 30220), necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que antecede a la expedición de la ley que crea una universidad.

46. Del mismo modo, se incurre en una inconstitucionalidad de fondo toda vez que el contenido de la ley así expedida será violatorio de la prohibición prevista en el artículo 79 de la Constitución, es decir, de la prohibición de iniciativa en la generación de gasto público que tienen los congresistas, salvo en lo referente a su presupuesto (Sentencia 0019-2011-PI/TC, fundamento 19).

47. Así las cosas, corresponde analizar si, de manera previa a la creación de la UNIQ, el Congreso de la República contó con un informe del MEF que acredite la disponibilidad de recursos que aseguren la eficiencia de los servicios de dicha casa de estudios.

48. Al respecto, este Tribunal advierte que tal informe previo no habría sido emitido por el MEF, ya que no se alude a él en la exposición de motivos del proyecto, ni en el dictamen de la comisión. Tampoco el Congreso de la República acreditó su existencia al contestar la demanda.

49. Si bien el Poder Ejecutivo, a través del MEF, emitió los Decretos Supremos 292-2014-EF y 013-2015-EF, mediante los cuales debían cubrirse los gastos de implementación y funcionamiento de la UNIQ, estos fueron emitidos con posterioridad a la dación de la impugnada Ley 29620. Un requisito establecido expresamente como previo no puede ser cumplido de forma posterior.

50. No opera, así, una suerte de "subsanación" de los requisitos incumplidos, ya que, de validarse el procedimiento tal y como se ha efectuado, se ingresaría al terreno de la incertidumbre respecto de si el MEF aprobará o no la creación de la universidad respectiva. Dicho de otro modo, la sola expedición de la ley no genera ninguna certeza respecto de la autorización de partidas presupuestales, de ahí que las disposiciones entonces vigentes requirieran un informe de carácter previo, cuestión que no se advierte en este caso.

51. En tal sentido, al crear la UNIQ, el Congreso de la República ha generado una situación que va a requerir el uso de recursos públicos pero sin cumplir con los requisitos de validez preestablecidos por la Constitución y las leyes para su asignación. De manera, está creando o ampliando el gasto público, en contravención del artículo 79 de la Constitución.

52. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que el artículo 1 de la Ley 29620 resulta inconstitucional por vulneración del artículo 79 de la Constitución y el artículo 5 de la Ley 23733 entonces vigente. Por lo tanto, este extremo de la demanda debe ser declarado fundado.

2.3. SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

53. Los demandantes alegan la inconstitucionalidad del artículo 1, del literal a) del artículo 4, y de la Primera y la Segunda Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley 29620, por violación de la autonomía universitaria, toda vez que:

    (i) dispone la creación de la UNIQ sobre la base de las carreras profesionales de la UNSAAC con sede en Quillabamba;

    (ii) dispone que las partidas consignadas en el presupuesto de la UNSAAC para el funcionamiento de su sede en Quillabamba formen parte de las rentas de la UNIQ;

    (iii) transfiere la infraestructura de la sede de la UNSAAC en Quillabamba para que funcione la UNIQ; y,

    (iv) dispone que el personal docente y administrativo de la sede de la UNSAAC en Quillabamba pase a formar parte de la UNIQ.

54. El Congreso de la República, por su parte, sostiene que no se vulnera la autonomía universitaria, toda vez que la creación de la UNIQ no se realiza sobre la base de alguna sede o filial de la UNSAAC y, por lo tanto, no se afecta la estructura organizativa de esta última.

55. Alega además que en el artículo 1 de la ley impugnada la creación se realiza sobre la base de las carreras de Agronomía Tropical, Ingeniería de Industria Alimentaria y Ecoturismo impartidas por la UNSAAC en su sede de Quillabamba. Sostiene que no se afecta la estructura organizativa de la UNSAAC, sino que solo ha tomado dichas carreras como referencia.

56. El artículo 18 de la Constitución establece que "[c]ada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes".

57. Al respecto, este Tribunal tiene dicho que la autonomía universitaria es una de las garantías institucionales protegidas por la Constitución y consiste en el "conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha otorgado a la universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños en su seno" (Sentencia 4232-2004-AA/TC, fundamento 28).

58. De esta manera, se pretende proteger la autodeterminación en el desarrollo de las actividades y funciones derivadas de los fines institucionales de los centros universitarios.

59. Desde luego, en la medida en que el artículo 18 de la Constitución ordena que el despliegue de la autonomía universitaria se realice "en el marco de la Constitución y de las leyes", no solo resulta que su desarrollo no puede afectar los principios, valores o derechos que la Constitución reconoce, sino que además queda reservado al legislador el establecimiento de ciertos límites jurídicos que ella debe respetar.

60. En ese sentido, tal como ha enfatizado este Tribunal, "autonomía no es sinónimo de autarquía, por lo que ninguna universidad se encuentra exenta de un proceso de evaluación externo, riguroso, y, en su caso, de la obligación de adoptar las medidas que les sean impuestas por los órganos del Estado competentes para elevar su nivel educativo" (Sentencia 0017-2008-PI/TC, fundamento 180).

61. Ahora bien, la eficiente protección de la autonomía universitaria requiere de una previa delimitación de su contenido constitucionalmente protegido, esto es, de los ámbitos a tutelar con dicha garantía institucional.

62. Tales ámbitos, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución y según han sido desarrollados por este Tribunal en reiterada jurisprudencia (y recogidos posteriormente en el artículo 8 de la actual Ley Universitaria, Ley 30220), son los siguientes:

    a) Régimen normativo: Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas destinadas a regular la institución universitaria.

    b) Régimen de gobierno: Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir la institución universitaria.

    c) Régimen académico: Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello comporta el señalamiento de los planes de estudio, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, entre otros.

    d) Régimen administrativo: Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, con la finalidad de facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.

    e) Régimen económico: Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros.

63. Una vez delimitado el contenido de la garantía institucional de la autonomía universitaria en los fundamentos previos, se analizará a continuación si la ley de creación de la UNIQ ha trasgredido el parámetro establecido.

64. De la revisión de las disposiciones jurídicas impugnadas se advierte claramente y de forma literal lo siguiente:

    (i) La UNIQ se crea sobre la base de las carreras profesionales de Agronomía Tropical, Ingeniería de Industria Alimentaria y Ecoturismo de la UNSAAC en Quillabamba;

    (ii) Las rentas de la UNIQ incluirán partidas consignadas en el presupuesto de la UNSACC que estaban destinadas para el funcionamiento de su sede en Quillabamba;

    (iii) La infraestructura donde funcionará la UNIQ será la misma que utilizaba la UNSAAC para su sede en Quillabamba;

    (iv) El personal docente y administrativo de la sede de la UNSAAC en Quillabamba pasará a formar parte de la UNIQ.

65. Así pues, este Tribunal no comparte lo argumentado por la parte demandada, puesto que a partir de una interpretación sistemática de las normas reseñadas supra se advierte que el legislador no solo dispuso la creación de la UNIQ usando como referencia las carreras de la UNSAAC, sino que efectivamente ha transferido las carreras de la UNSAAC en su sede en Quillabamba a favor de otra universidad, la UNIQ. Se advierte que no solo se ha transferido las partidas e infraestructura, sino también la plana docente y personal administrativo.

66. Esta intervención legislativa implica, a todas luces, una violación de la autonomía universitaria, pues desarticula completamente una de las sedes de la UNSAAC, y merma su capacidad administrativa, económica, académica y de autogobierno, impidiéndole cumplir con sus fines educativos.

67. En efecto, la creación de la UNIQ se realiza despojando a la UNSAAC de su sede en Quillabamba para desarrollar en principio las mismas carreras que ofrecía esta. Ello limita no solo su capacidad para administrar bienes y recursos propios, sino también la autonomía y dirección que ejercía sobre las carreras ofrecidas en tales establecimientos.

68. Por lo expuesto, este Tribunal concluye que la frase "sobre la base de las carreras profesionales de Agronomía Tropical, Ingeniería Industrial Alimentaria y Ecoturismo de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco con sede en la ciudad de Quillabamba" del artículo 1 de la Ley 29620, así como el literal a) del

artículo 4 y la Primera y Segunda Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley 29620, y por conexidad, conforme al artículo 78 del Código Procesal Constitucional, la frase "brinda inicialmente las carreras profesionales que actualmente viene ofreciendo la sede de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Curso" del artículo 3, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29620, resultan inconstitucionales por transgredir el artículo 18 de la Constitución. En consecuencia, debe declararse fundada la demanda en este extremo.

§3. EFECTOS DE LA SENTENCIA

69. En cuanto a los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204 de la Constitución establece que

> [l]a 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.

70. Como puede advertirse claramente, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene efectos inmediatos. El efecto principal y evidente es la expulsión de la norma declarada inconstitucional del ordenamiento jurídico. Pero un segundo efecto, consecuencia indudable del anterior, es que con la expulsión de la disposición inconstitucional se genera un vacío normativo que en determinadas circunstancias puede generar graves consecuencias institucionales o sociales.

71. Si bien el Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad de las normas en función a su incompatibilidad con la Constitución, y no en función a sus efectos, también reconoce que uno de los principios de interpretación constitucional es el de previsión de consecuencias, según el cual no debe ignorar el efecto de sus fallos, debiendo adoptar las medidas que resulten indispensables para mitigar los efectos negativos de sus decisiones.

72. En esa misma línea, este Tribunal tiene dicho que la potestad de los órganos de control de la constitucionalidad de diferir los efectos de sus sentencias *(vacatio sententiae)*, de acuerdo con la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional de Derecho, pues se aplaza o suspende los efectos de una sentencia con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar su eficacia inmediata al declarar la inconstitucionalidad de una ley (Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamento 174).

73. Al respecto, cabe destacar que en la Sentencia 0019-2011-PI/TC, de fecha 11 de junio de 2013, se analizó la constitucionalidad de la Ley 29652, Ley que crea la

Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma. En tal oportunidad este Tribunal estableció una *vacatio sententiae* para que las autoridades competentes subsanen los vicios advertidos.

74. La presente controversia guarda similitud con la resuelta en dicho caso. No obstante la semejanza advertida, este Tribunal no puede soslayar que dicha decisión fue adoptada con fecha posterior a la publicación de la Ley 29620. Por tanto, el Congreso de la República, al momento de crear la UNIQ, no pudo tomar en consideración las razones o el fallo establecidos en la citada sentencia.

75. En el caso de autos, la UNIQ, creada en el año 2010, ha recorrido un importante proceso para su implementación y puesta en funcionamiento. En efecto, mediante la Resolución Viceministerial 041-2015-MINEDU, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de julio de 2015, se constituyó la Comisión Organizadora de la UNIQ con el objeto de que emita un informe sobre el estado situacional de la implementación del Proyecto de Desarrollo Institucional de la referida universidad y el plan de trabajo para los próximos doce meses.

76. Asimismo, la UNIQ cuenta con recursos asignados anualmente en la Ley de Presupuesto desde el año 2016, conforme se aprecia en el Reporte Presupuestal emitido por el Congreso de la República de fecha 19 de setiembre de 2017.

77. De esta manera, puede apreciarse que la implementación y puesta en funcionamiento de la UNIQ ya se ha materializado y ha generado una comunidad universitaria funcional de alumnos, docentes y personal administrativo, como puede apreciarse en su página web.

78. En atención a lo expuesto supra, este Tribunal considera oportuno disponer una vacatio sententiae hasta el 31 de diciembre de 2019 para que el Congreso de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas adopten las medidas necesarias para ajustar la norma de creación de la UNIQ al ordenamiento constitucional, en los términos planteados por este Tribunal Constitucional en la Sentencia 0019-2011-PI/TC y en el presente caso; de lo contrario, la inconstitucionalidad declarada surtirá plenos efectos desde el 1 de enero de 2020.

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 la Ley 29620, que crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba.

En consecuencia,

a) Declarar **INCONSTITUCIONALES** el artículo 1, el literal a) del artículo 4 y la Primera y la Segunda Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley 29620.

b) Declarar **INCONSTITUCIONAL** por conexidad, conforme al artículo 78 del Código Procesal Constitucional, la frase "brinda inicialmente las carreras profesionales que actualmente viene ofreciendo la sede de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Curso" del artículo 3, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29620.

c) Disponer una *vacatio sententiae* hasta el 31 de diciembre de 2019 para que el Congreso de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas subsanen los vicios advertidos conforme a lo expresado en la presente sentencia; caso contrario, la inconstitucionalidad declarada surtirá plenos efectos desde el 1 de enero de 2020.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo restante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

RAMOS NÚÑEZ

FERRERO COSTA

PLENO JURISDICCIONAL

EXPEDIENTE 0008-2015-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Cuando se fortalecen las universidades públicas se fortalecen la cultura, la libertad y el bien común

Si bien coincido con la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, estimo que se deben agregar algunas consideraciones adicionales vinculadas con la indispensable necesidad de mostrar cómo se han venido creando las universidades públicas en nuestro país y conforme a ello verificar si se están cumpliendo o no los respectivos mandatos constitucionales.

1. Este caso evidencia que lo ocurrido con la Ley 29620 no es un caso aislado, sino que es reflejo de una práctica que ha sido frecuente en el proceso de creación de universidades en los últimos años.

2. Desde el año 2000 se han creado 21 universidades nacionales que no contaron con informe previo del MEF en el que comunique la disponibilidad de recursos. En cada uno de los casos que se muestra a continuación el legislador indicó que los recursos con que contaría la universidad creada se obtendrían con posterioridad.

	Denominación	Ley	Infraestructura	Presupuesto	Modificatoria
1	Universidad Nacional Intercultural de la Amazonía	27250 Publicada: 05/01/2000	Sin referencia a infraestructura	Primera Disposición Transitoria y Final	-
2	Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios	27297 Publicada: 06/07/2000	Sin referencia a infraestructura	Primera Disposición Transitoria y Final	Ley 29371

3	Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas	27347 Publicada: 19/09/2000	Segunda Disposición Transitoria y Final	Primera Disposición Transitoria y Final	-
4	Universidad Nacional Tecnológica de Lima Sur	27413 Publicada: 02/02/2001	Sin referencia a infraestructura	Primera Disposición Transitoria	Ley 30184
5	Universidad Nacional José María Arguedas	28372 Publicada: 01/11/2004	Sin referencia a infraestructura	Primera Disposición Transitoria	-
6	Universidad Nacional de Moquegua	28520 Publicada: 24/05/2005	Segunda Disposición Transitoria	Primera Disposición Transitoria	-
7	Universidad Nacional de Juliaca	29074 Publicada: 25/07/2007	Sin referencia a infraestructura	Primera Disposición Complementaria Final	-
8	Universidad Nacional de Jaén	29304 Publicada: 20/12/2008	Sin referencia a infraestructura	Primera Disposición Complementaria	-
9	Universidad Nacional de Cañete	29488 Publicada: 23/12/2009	Cuarta Disposición Transitoria	Artículo 4, literal a) y Quinta Disposición Transitoria	Ley 30515
10	Universidad Nacional Autónoma de Chota	29531 Publicada: 12/05/2010	Primera Disposición Transitoria	Artículo 4, literal a) y Segunda Disposición Transitoria	-
11	Universidad Nacional de Barranca	29553 Publicada: 07/07/2010	Cuarta Disposición Transitoria	Artículo 4, literal a) y Quinta Disposición Transitoria	-

12	Universidad Nacional de Frontera	29568 Publicada: 06/08/2010	Cuarta Disposición Transitoria	Artículo 4, literal a) y Quinta Disposición Transitoria	-
13	Universidad Nacional Intercultural Fabiola Salazar Leguía	29614 Publicada: 18/11/2010	Sin referencia a infraestructura	Primera Disposición Complementaria Final	-
14	Universidad Nacional Intercultural de la Selva Central Juan Santos Atahualpa	29616 Publicada: 19/11/2010	Primera Disposición Complementaria Transitoria	Artículo 5, literal a) y Segunda Disposición Complementaria Transitoria	Ley 29840
15	Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba	29620 Publicada: 01/12/2010	Primera Disposición Complementaria Transitoria	Artículo 4, literal a) y Primera Disposición Complementaria Final	-
16	Universidad Nacional Autónoma de Alto Amazonas	29649 Publicada: 11/01/2011	Primera Disposición Complementaria Final	Artículo 4, literal a) y Cuarta Disposición Complementaria Final	-
17	Universidad Nacional Altoandina de Tarma	29652 Publicada: 14/01/2011	Primera Disposición Complementaria Transitoria	Artículo 4, literal a) y Segunda Disposición Complementaria Transitoria	Ley 30139
18	Universidad Nacional Autónoma de Huanta	29658 Publicada: 28/01/2011	Primera Disposición Complementaria Final	Artículo 4, literal a) y Tercera Disposición Complementaria Final	-

19	Universidad Nacional Tecnológica de San Juan de Lurigancho	29659 Publicada: 28/01/2011	Primera Disposición Complementaria Final	Artículo 4, literal a) y Cuarta Disposición Complementaria Final	-
20	Universidad Nacional Autónoma de Tayacaja Daniel Hernández Morillo	29716 Publicada: 23/06/2011	Cuarta Disposición Complementaria Final	Artículo 4, literal a) y Quinta Disposición Complementaria Final	DU 030-2011
21	Universidad Nacional Ciro Alegría	29756 Publicada: 17/07/2011	Primera Disposición Complementaria Transitoria	Segunda Disposición Complementaria Final	-

3. En ninguno de los casos señalados la creación de la universidad nacional contó con recursos comprometidos por el MEF. El legislador recurrió, de forma concurrente o alternativa, a cuatro procedimientos idénticamente inconstitucionales:

   a. Ordenar en una disposición complementaria o transitoria de la ley de creación que se presupuesten los recursos en ejercicios posteriores;

   b. Disponer que la Universidad creada tomaría parte del presupuesto del Ministerio de Educación;

   c. Establecer que el presupuesto de la universidad creada se obtendría recortando el presupuesto con el que contaban hasta entonces otras universidades; y,

   d. Transferir la infraestructura de una universidad existente a la universidad creada.

4. Todos los procedimientos incumplen el requisito de que la universidad creada cuente con informe favorable del MEF según lo establecen las normas que componen el bloque de constitucionalidad y, en particular, infringen la prohibición de crear o ampliar el gasto público que desarrolla el artículo 79 de la Constitución o afectan la autonomía de las universidades que ven mermados sus recursos.

5. La situación es particularmente preocupante si se toma en cuenta, además, que desde el mes de abril de 2017 a la fecha se han presentado ocho proyectos de

leyes que proponen declarar de interés nacional y necesidad pública la creación de igual número de universidades nacionales.

	Proyecto	Objeto	Presentación
1	01291/2016-CR	Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación de la Universidad Nacional Aymara Sur	24/04/2017
2	01332/2016-CR	Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la creación e implementación de la Universidad Nacional del Vraem	04/05/2017
3	01402/2016-CR	Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación de la Universidad Nacional Pedro Vilcapaza	17/05/2017
4	01413/2016-CR	Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación de la Universidad Autónoma Pluricultural Aymara	18/05/2017
5	01462/2016-CR	Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la creación e implementación de la Universidad Nacional Aymara	26/05/2017
6	01654/2016-CR	Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación de la Universidad Nacional Autónoma del Alto Marañón	12/07/17
7	01681/2016-CR	Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación de la Universidad Nacional Autónoma de Cutervo	19/07/17
8	02362/2017-CR	Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación de la Universidad Nacional Tecnológica de Chincha	01/02/2018

6. El panorama descrito revela que el procedimiento inconstitucional que afecta la creación de la UNIQ no es aislado sino que ha existido un constante desco-

nocimiento de los requisitos impuestos por las normas que componen el bloque de constitucionalidad conformado por el artículo 18 de la Constitución y la nueva Ley Universitaria. Precisamente, conforme a dicho bloque, debe resaltarse que solo podrán crearse universidades cuando:

a. Previamente exista un informe con la opinión favorable del MEF;

b. Se haya garantizado la conveniencia y pertinencia con las políticas nacionales y regionales de educación universitaria;

c. Se vincule la oferta educativa propuesta con la demanda laboral;

d. Se demuestre disponibilidad de recursos humanos y económicos, para el inicio y sostenibilidad de las actividades proyectadas, que le sean exigibles de acuerdo a su naturaleza;

7. Lo antes expuesto hace necesario que se exhorte al Poder Legislativo para que en el ejercicio de sus competencias pueda observar escrupulosamente el bloque constitucionalidad establecido para la creación de universidades públicas.

182 **S.**

LEDESMA NARVÁEZ

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2015-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas, emito este voto singular por no estar de acuerdo con el fallo ni con la fundamentación de la sentencia en mayoría.

En el presente caso, la demanda de inconstitucionalidad se dirige contra los artículos 1 y 4, inciso a, y contra las disposiciones complementarias transitorias primera y segunda de la Ley 29620, que crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba (UNIQ), cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1º- Creación de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba.
>
> Créase la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba como persona jurídica de derecho público interno con sede en la ciudad de Quillabamba, provincia de La Convención, departamento de Cusco, sobre la base de las carreras profesionales de Agronomía Tropical, Ingeniería de Industria Alimentaria y Ecoturismo de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco con sede en la ciudad de Quillabamba.
>
> Artículo 4-º Rentas de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba.
>
> Son rentas de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba las siguientes:
>
> a) Las actuales partidas consignadas en el presupuesto de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco para el funcionamiento de su sede en la ciudad de Quillabamba.
>
> PRIMERA. – INFRAESTRUCTURA
>
> Transfiérase a la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba para su funcionamiento la infraestructura de la sede de la Universidad Nacional San Antonio Abad de Cusco en la ciudad de Quillabamba.

> **SEGUNDA. –** Transferencia del personal docente y administrativo.
>
> El personal docente y administrativo de la sede de la Universidad Nacional de Quillabamba pasa a formar parte de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba, manteniendo su escala remunerativa y sus derechos adquiridos, una vez que concluya el desarrollo de su Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI) y sean concluidos los trámites necesarios para el inicio de su funcionamiento.

La parte demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad de dichas disposiciones por no respetar los requisitos previstos para la creación de universidades (artículo 5 de la Ley 23733, vigente en ese momento), y vulnerar los principios de autonomía universitaria (artículo 18 de la Constitución) y prohibición de iniciativa de gasto parlamentario (artículo 79 de la Constitución). Mi opinión al respecto es la siguiente:

Presunto incumplimiento de requisitos de forma

Según el fundamento 45 de la sentencia en mayoría, las disposiciones cuestionadas son inconstitucionales porque:

> la ausencia del respectivo informe previo del MEF constituye la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79 de la Constitución, concretizado por el artículo 5 de la Ley 23733 entonces vigente (ahora por los artículos 26 y 27 de la Ley 30220), necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que antecede a la expedición de la ley que crea una universidad.

La sentencia en mayoría afirma que el artículo 5 de la Ley 23733 establecía que, para crear válidamente la UNIQ, era indispensable obtener previamente un informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Ello no es cierto. La parte pertinente del artículo 5 de la Ley 23733 establecía lo siguiente:

> Para la creación de una Universidad se deberá acreditar previamente su necesidad, así como la disponibilidad de personal docente calificado y los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios.

Dicho requisito sí se ha cumplido en el presente caso, como demuestra el acápite 5 del dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura, Patrimonio Cultural, Juventud y Deporte del Congreso de la República, emitido en el Proyecto de Ley 4029/2009-CR, en el que se aprobó por unanimidad la creación de la UNIQ:

> De acuerdo a la letra d) del numeral 5.2 del artículo 5º correspondiente al Título II Distribución del Canon de la Ley del Canon; señala que del vein-

> ticinco por ciento (25%) del total del canon corresponde a los Gobiernos Regionales, el 20% (veinte por ciento) debe ser transferido a las universidades públicas de su circunscripción, es decir el 5% del total del canon es transferido a la universidad o universidades.
>
> Dichos recursos servirían para la implementación de laboratorios, construcción de infraestructura, adquisición de terrenos para desarrollar investigación en temas agrícolas y pecuarios, construcción de residencia universitaria, y otros.
>
> Si se considera lo dispuesto por la normativa antes citada la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba en el supuesto de ya existir habría recibido S/. 86, 790,996.14 nuevos soles que habrían sido utilizados en la mejora de los servicios que brindaría a sus estudiantes especialmente a lo referido a la optimización de su infraestructura (cfr. http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/0/44c24b94abafe7a5052577d100059887/$FILE/04029DC14MAY031110.pdf. Consulta realizada el 14 de agosto de 2018).

El Congreso de la República sí cumplió, pues, con el requisito establecido en el artículo 5 de la Ley 23733. En consecuencia, considero que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

Presunta vulneración del principio de autonomía universitaria

La sentencia en mayoría también concluye que las disposiciones impugnadas son inconstitucionales por vulnerar el principio de autonomía universitaria. En sus fundamentos 65 y 66, señala lo siguiente:

> 65. (…) este Tribunal no comparte lo argumentado por la parte demandada, puesto que a partir de una interpretación sistemática de las normas reseñadas supra se advierte que el legislador no solo dispuso la creación de la UNIQ usando como referencia las carreras de la UNSAAC, sino que efectivamente ha transferido las carreras de la UNSAAC en su sede en Quillabamba a favor de otra universidad, la UNIQ. Se advierte que no solo se ha transferido las partidas e infraestructura, sino también la plana docente y personal administrativo.
>
> 66. Esta intervención legislativa implica, a todas luces, una violación de la autonomía universitaria, pues desarticula completamente una de las sedes de la UNSAAC, y merma su capacidad administrativa, económica, académica y de autogobierno, impidiéndole cumplir con sus fines educativos.

No comparto dicha argumentación pues, desde mi punto de vista, la autonomía universitaria no impide que las universidades estatales puedan ser fusionadas o escindidas por el Congreso de la República a través de una ley.

El principio de autonomía universitaria está reconocido en el cuarto párrafo del artículo 18 de la Constitución:

> Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.

Este principio no significa que las universidades cuenten con una invulnerabilidad general frente al ordenamiento jurídico —más aún, cuando se trata de universidades que nacen por una decisión del propio Estado.

El Estado puede buscar economías de escala fusionando distintas entidades públicas. Inversamente, puede buscar también una administración más cuidadosa de sus recursos, escindiéndolas.

En aplicación de esta regla, por ejemplo, diversos distritos han sido escindidos por ley. En 1983, el Congreso de la República desmembró el distrito de Surquillo, dando origen al de San Borja, en Lima. En 1995, creó el distrito de José Luis Bustamante y Rivero, a base de una parte del de Paucarpata, en Arequipa.

Al igual que las universidades estatales, los distritos tienen un alto margen de autonomía consagrado constitucionalmente, pero esto no las hace inmunes a que puedan ser fusionadas o escindidas por el Congreso de la República. En consecuencia, considero que la demanda debe desestimarse también en este extremo.

Presunta vulneración de la prohibición de iniciativa de gasto parlamentario

Finalmente, debe considerarse que, para la sentencia en mayoría, las disposiciones impugnadas también son inconstitucionales por vulnerar la prohibición de la iniciativa de gasto parlamentario establecido en el artículo 79 de la Constitución. En su parte pertinente, dicha disposición constitucional señala:

> Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

Sin embargo, no puede considerarse que las normas cuestionadas contravengan dicho principio pues, en puridad, no crean gastos públicos nuevos o aumentan los preexistentes, como revela el artículo 4, inciso a, de la Ley 29620:

> Son rentas de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba las siguientes:

a) Las actuales partidas consignadas en el presupuesto de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco para el funcionamiento de su sede en la ciudad de Quillabamba.

En consecuencia, en la medida en que la creación de la UNIQ no requiere necesariamente aumentar los niveles de gasto público existentes previamente, no puede considerarse que las disposiciones impugnadas contravengan el artículo 79 de la Constitución.

Todo aumento subsiguiente en los niveles de gasto vinculados con el funcionamiento de la UNIQ no derivarían de la Ley 29620 sino de otras fuentes, tales como la aplicación del artículo 5 de la Ley 27506, del Canon, o la iniciativa presupuestaria del Poder Ejecutivo establecida en el artículo 78 de la Constitución.

En consecuencia, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la presente demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lima, 8 de agosto de 2018

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2015-PI/TC

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por el voto de mayoría, haciendo además mías las exhortaciones hechas por la magistrada Ledesma al Congreso, en la línea de que en el ejercicio de sus competencias pueda observar escrupulosamente el bloque de constitucionalidad establecido para la creación de universidades públicas en el Perú.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 0008-2017-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cinco mil ciudadanos, representados por Andrés Avelino Alcántara, contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de noviembre del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 25 de noviembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda motivada por los recurrentes contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, alegando la vulneración de los artículos 77, 103 y 139.2 de la Constitución, así como la vulneración de los siguientes principios: el principio de especialidad, principio de anualidad presupuestal, principio de la cosa juzgada, principio de irretroactividad en aplicación de las normas.

El Tribunal no se pronunció sobre el principio presupuestal, pues solo cabe acudir al proceso de inconstitucionalidad para cuestionar en abstracto una norma con rango de ley. Asimismo, indicó que el principio de la cosa juzgada se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de los valores, los principios constitucionales, y los derechos fundamentales.

El Tribunal indicó que el principio de irretroactividad, en aplicación de las normas, se torna cuando una norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución.

Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal determinó un periodo en el cual el Congreso de la República, en colaboración con el Poder Ejecutivo y la Comisión

Ad Hoc, regule el procedimiento de devolución de aportes del Fonavi en los términos establecidos por este órgano de control de la Constitución. Mientras se aprueba una nueva norma, el procedimiento de liquidación de los aportes al Fonavi desarrollado con base en la norma impugnada seguirá desplegando sus efectos, sin perjuicio de que, posteriormente, se determinen los montos a devolver y los anticipos efectivamente abonados sean computados como pagos a cuenta.

En consecuencia, el Tribunal declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del año 2014, a ello, declaró la inconstitucionalidad por conexidad del decreto supremo 016-2014-EF. Concluyó que se debe disponer un plazo de *vacatio sententiae* de un año que deberá ser computado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial El Peruano, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del año 2014, Ley 30114 surta todos sus efectos.

190 Por último, se declaró improcedente la demanda en lo que se refiere al principio de anualidad presupuestal e infundada la demanda en lo demás que contiene.

Temas Claves: Principio de anualidad presupuestal – principio de irretroactividad en la aplicación de las normas.

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2017-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 8 de noviembre de 2018

Caso FONAVI II

Ciudadanos C. Congreso De La República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público.

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

FERRERO COSTA

RAMOS NÚÑEZ

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO 193

B. DEBATE CONSTITUCIONAL 193

B-1. DEMANDA 193

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 194

B-3. ARGUMENTOS SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE APORTES AL FONAVI ... 195

II. FUNDAMENTOS

1. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ANUALIDAD PRESUPUESTAL 197

2. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS. 198

3. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA 200

4. ANÁLISIS DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LAS APORTACIONES AL FONAVI Y LA CONFORMACIÓN DE LA CUENTA INDIVIDUAL 203

4.1 LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES AL FONAVI COMO OBLIGACIÓN DEL ESTADO 203

4.2 PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS APORTES EFECTUADOS AL FONAVI

5. INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD 206

6. EFECTOS DE LA SENTENCIA 208

III. FALLO 209

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2017-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de noviembre de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera. Se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO

Con fecha 14 de junio de 2017, más de cinco mil ciudadanos, representados por don Andrés Avelino Alcántara Paredes, interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, alegando la vulneración de los artículos 77, 103 y 139.2 de la Constitución.

Con fecha 18 de octubre de 2017, el Congreso de la República, a través de su apoderado, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición objetada que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B-1. DEMANDA

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- Se alega que la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, vulnera el principio de especialidad, dado que al ser contenida en una norma presupuestaria, regula materias que son ajenas a esta. En relación con ello

señalan que dicha norma no es de naturaleza presupuestal porque el fondo financiero es de propiedad de los particulares, mas no forma parte del tesoro público.

- Por otro lado, los demandantes aducen que esta disposición regula de manera ilimitada y permanente el proceso de devolución de los aportes al Fonavi, sin embargo, esta norma, en virtud del principio de anualidad presupuestal consagrado en el artículo 77 de la Constitución, no se encuentra vigente y solo resultaba de aplicación para el ejercicio presupuestal del año 2014.
- Los ciudadanos recurrentes afirman que la Septuagésima Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 desconoce los derechos adquiridos de determinadas personas al excluirlas del procedimiento de devolución de los aportes, con lo cual se vulnera el principio de irretroactividad en aplicación de las normas, previsto en el artículo 103 de la Constitución.
- Adicionalmente, se alega que al seguir aplicando la fórmula para la determinación de aportes desarrollada en el segundo párrafo de la norma impugnada, se vulnera el principio de la cosa juzgada previsto en el artículo 139.2 de la Constitución, toda vez que resulta contrario a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 0012-2014-PI/TC, de fecha 9 de diciembre de 2014, que resulta vinculante para todos los poderes públicos.

- Finalmente, la parte demandante señala que debería declararse la inconstitucionalidad por conexidad del Decreto Supremo 016-2014-EF, dado que es una norma reglamentaria para la implementación de lo dispuesto en la disposición cuestionada.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El Congreso de la República aduce que no existe vulneración del principio de anualidad presupuestal, dado que la norma impugnada no regula su vigencia ilimitada en el tiempo, sino que su ejecución se ha venido realizando durante el año fiscal para el que fue autorizado.
- Por otro lado, la parte demandada alega que no existe vulneración alguna al principio de irretroactividad en la aplicación de las normas, dado que la disposición impugnada solo regula la programación de pagos a los beneficiarios del Fonavi luego de un procedimiento de liquidación y de verificación realizado por la Comisión ad hoc.
- Respecto de la supuesta vulneración de la cosa juzgada, la parte demandada alega que si bien la sentencia 0012-2014-PI/TC cuenta con dicha calidad, sin embar-

go, el procedimiento de devolución cuestionado no fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, por lo que no hay violación a este principio.

B-3. ARGUMENTOS SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE APORTES AL FONAVI

Mediante auto de fecha 24 de enero de 2018 se declaró fundado el recurso de reposición interpuesto contra el auto de admisión de la demanda. Se estimó dicho recurso respecto del "...extremo que cuestiona la regulación del procedimiento de devolución de los aportes al Fonavi (los beneficiarios, los conceptos que serán devueltos, el modo de cálculo de estos, etc.)...". Es por ello que mediante resolución de fecha 19 de julio de 2018, a fin de garantizar el derecho de defensa de las partes y de contar con mayores elementos, se dispuso se habilite el plazo de siete días para que las partes puedan alegar por escrito lo pertinente sobre el referido procedimiento de devolución de aportes al Fonavi. Asimismo, se dispuso oficiar al Ministerio de Economía y Finanzas y la Secretaría Técnica de apoyo a la Comisión Ad Hoc creada por ley 29625, para que en el plazo de siete días se presenten informes escritos.

El Procurador del Congreso de la República mediante escrito presentado con fecha 31 de julio de 2018 expresa sus argumentos relativos al procedimiento de devolución. Refiere que si bien es cierto el Tribunal Constitucional ha emitido dos autos aclaratorios de la sentencia recaída en el expediente 12-2014-PI, no ha establecido la inconstitucionalidad del segundo párrafo de la disposición impugnada.

Andrés Avelino Alcántara Paredes Con fecha 31 de julio de 2018 señala lo siguiente:

- En cuanto al procedimiento de devolución de los aportes del Fonavi, refiere que el procedimiento se inició el 25 de febrero del 2011 con la instalación de la comisión ad hoc creada por Ley 29625, la misma que en marzo de 2012 recibió del Ministerio de Economía y Finanzas, Banco de la Nación y la Sunat, la documentación referida a los informes de los recursos recaudados del Fonavi, los cuales ascendían a más de 6 mil millones, sin contar la capitalización.
- Refiere, además, que el Poder Ejecutivo introdujo la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley 30114, Ley de presupuesto de año 2014, el cual, según afirma, distorsiona el proceso de devolución creado por Ley 29625.
- Señala que la disposición impugnada atenta con el principio de irretroactividad de las normas (artículo 103 de la Constitución). Al respecto, reitera lo señalado en la demanda en el sentido de que dicha disposición no debe aplicarse para situaciones de hecho ocurridas antes de su vigencia, y que el derecho obtenido por los fonavistas había sido adquirido sin distinciones por mandato de la Ley 29625.

El Secretario Técnico de la Comisión Ad hoc creada por Ley 29625, con fecha 31 de julio de 2018, a través del Oficio N.° 11481-2018-EF/ST.01 presenta informe sobre el procedimiento de devolución de los aportes del Fonavi.

- Afirma que contra el Decreto Supremo 016-2014-EF, que regula el procedimiento de devolución, se interpuso demanda de acción popular que fue declarada infundada.
- Refiere que el fondo a devolver asciende a 1,275,160,572.49 de acuerdo a la recaudación de la contribución de los trabajadores. Señala que dicha suma está en vía de recuperación permanente además de verse incrementada con ocasión de la reapertura del registro de los fonavistas.
- Que como consecuencia de la aplicación de la normatividad vigente y las jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Comisión Ad hoc ha aprobado trimestralmente los grupos de pago del Padrón Nacional de Fonavistas.
- Que a la fecha se ha aprobado la devolución de 1,219,974,387.97 soles.
- Señala también que el Fonavi promovió y financió la ejecución de obras de vivienda e infraestructura básica, a través de instituciones estatales especializadas, principalmente el Banco de Materiales (Banmat) y la Empresa nacional de Edificaciones (Enace). Además, ha promovido y financiado obras de infraestructura sanitara y electrificación en forma directa.

- Refiere que en la legislación y reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha aceptado la legitimidad de la exclusión de aquellos aportantes al Fonavi que se hayan visto favorecidos (en vivienda, electrifcación, saneamiento). En este sentido, señala que ha sido excluidos aquellos aportantes que fueron beneficiados con recursos del Fonavi entre los que se puede señalar: a) para la obtención de viviendas, b) para el otorgamiento de préstamos relacionados a viviendas, c) beneficiados con la ejecución de obras de agua, desagüe y electrificación financiadas con recursos del Fonavi.
- Que la exclusión tiene por objeto que un fonavista no obtenga doble beneficio frente a aquellos fonavistas que no obtuvieron ningún beneficio. Se sustenta en la naturaleza de estos fondos, que se crearon para tener como destino el financiamiento de vivienda s de los trabajadores.
- Finalmente, señala que los potenciales fonavistas que han presentado su formulario son 1,661,598 personas, que la cantidad de fonavistas aprobados por la Comsion ad hoc ascienden a 931,403 personas y que los fonavistas informados como beneficiarios con recursos de Fonavi y en tal sentido excluidos, son 334, 774 personas

Con fecha 13 de agosto de 2018, Andrés Avelino Alcántara Paredes presenta escrito mediante el cual responde lo afirmado en la comunicación remitida por la por la Secretaría Técnica de la Comisión Ad hoc creada por Ley 29625:

- Aduce que hay una antinomia entre la ley impugnada y la Ley 29625 que se debe resolver en favor de esta última, por ser ley especial.
- Que el Fonavi constituye un aporte de los trabajadores, impuesto por el Estado, afectando su derecho de propiedad y en tal sentido tiene un deber de devolución de los aportes, de conformidad con la Ley 29625, aprobada mediante referéndum, y que dicha ley no regula materia presupuestal.
- Que la distinción entre los fonavistas que recibieron algún tipo de beneficio y los que no lo recibieron es inconstitucional, debido a que resulta una distinción irrazonable, violatoria del principio de igualdad.
- Que si bien el Tribunal Constitucional reconoció la posibilidad de excluir beneficiarios no solo con el aporte de construcción de la vivienda ya efectuada sino también de los servicios públicos como saneamiento, titulación, electrificación, la Ley 29625 no contempla dichas exclusiones, por lo que habrían quedado sin efecto.
- Que el acceso al crédito de los fondos de Fonavi no constituye un beneficio y que la norma impugnada no distingue entre aquellos que cancelaran su deuda de aquellos que no.
- Que la fórmula de determinación del aporte es contraria a los artículos 1 y 2 de la Ley 29625, que seaa que el proceso de liquidación de aportes se da a través de una cuenta individual por cada fonavista, que dicha ley no señala que el cálculo del aporte individual se obtenga a través de una división entre el fondo a devolver y la cantidad de beneficiarios por promedio de periodos aportados. que el numero de fonavistas no es criterio válido para proceder a la devolución ya ha sido precisado en auto aclaratorio de la STC 12-2014-PI del 19 de diciembre de 2014
- Que la sentencia recaída en el proceso de acción popular contra el Decreto Supremo 016-2014-EF determina expresamente que la constitucionalidad de la fórmula contenida en dicha norma reglamentaria no podrá ser analizada por el Poder Judicial, debido a que derivaba de la norma materia de cuestionamiento en el presente proceso de inconstitucionalidad. En tal sentido, la sentencia de acción popular no establece criterios definitivos respecto de la constitucionalidad de la fórmula de devolución.

II. FUNDAMENTOS

§ 1. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ANUALIDAD PRESUPUESTAL

1. Si bien la parte demandante invoca el principio de anualidad presupuestal, en realidad no realiza un cuestionamiento en abstracto a la constitucionalidad de la

norma, sino que señala que en virtud de dicho precepto, la referida disposición solo era aplicable durante el ejercicio presupuestal 2014, por lo que la misma ya no estaría vigente.

2. En efecto, en la demanda se señala expresamente:

> "D. Segunda violación constitucional alegada - violación del principio de anualidad presupuestal
>
> § 32. La Septuagésima segunda disposición final de la Ley 30114. Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014 no se encuentra vigente, por que se trata de una norma contenida en la ley de presupuesto para el ejercicio 2014.
>
> (...)
>
> § 34. En este orden de ideas, la norma dubitada no se encuentra vigente debido que únicamente era de aplicación para el ejercicio presupuestal 2014, con lo cual ya no se encuentra vigente a la fecha. (...)".

3. Como se sabe, solo cabe acudir al proceso de inconstitucionalidad para cuestionar en abstracto una norma con rango de ley. No obstante, de la lectura de la demanda de inconstitucionalidad, se advierte que lo que se pretende en cuanto se cuestiona la presunta violación del principio de anualidad en realidad no se basa en una pretendida invalidez constitucional de la referida disposición legal, sino en que esta ya no se encontraría vigente. Ello, desde luego, no se condice con el objeto del proceso de inconstitucionalidad, por lo que este extremo de la demanda será declarado improcedente.

2. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS.

4. La parte demandante alega también que la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley del Presupuesto del año 2014, al establecer una distinción entre quienes son beneficiarios de la devolución del Fonavi y los que deben ser excluidos, vulneraría el principio de irretroactividad en aplicación de las normas, toda vez que los efectos de dicha disposición involucraría situaciones de hecho ocurridas antes de su vigencia.

5. El artículo 103 de la Constitución establece que:

> "(…) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos

> retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (…)".

6. De la disposición glosada se desprende que la regla general es la de que las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigencia y carecen de efectos retroactivos, a excepción de situaciones en las cuales se favorezca al reo en materia penal.

7. En relación con este punto, el constituyente adoptó la teoría de los hechos cumplidos, por lo que la ley, desde su entrada en vigencia, es aplicable a todas las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

8. Es así que este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado que:

> "(…) toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución (...)" (sentencia 0025-2007-PI/TC, fundamento 73)

9. Por tanto, para la aplicación de una norma en el tiempo, debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas.

10. En el caso de autos, el recurrente alega que la Ley 29625 reconoce el derecho de propiedad de los trabajadores que contribuyeron al Fonavi, por lo que correspondería la devolución sin distinción alguna. Sin embargo, la disposición impugnada introduce la posibilidad de que algunos aportantes no resulten beneficiados por este fondo, de modo que se estaría aplicando una norma posterior en el tiempo, que vulnera, en consecuencia, el principio de irretroactividad.

11. En relación a ello, la norma objeto de análisis en el presente proceso establece que los beneficiarios serán los aportantes que se hayan inscrito en el padrón siempre y cuando no se hayan beneficiado, directa o indirectamente, de los recursos del Fonavi.

12. Este Tribunal en la sentencia 5180-2007-PA/TC, de fecha 7 de enero de 2008, señaló que los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo; distinguiendo además entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del Fonavi, de aquellos otros que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a beneficios derivados de dicho fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna (fundamento 8, literal b).

13. En dicho caso añadió que:

> "(…) el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos 'beneficiarios', o de deducir no sólo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas".

14. Queda claro entonces que resulta constitucionalmente posible la exclusión de aquellas personas que habiendo aportado al Fonavi han recibido algún tipo de beneficio, directo o indirecto, derivado de la aplicación de los recursos acumulados en dicho fondo.

15. En conclusión, la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley del Presupuesto del año 2014 cuestionada en autos excluye únicamente, a quienes se hubieran beneficiado directa o indirectamente del Fonavi y no vulnera el principio de irretroactividad de las normas por cuanto su aplicación resulta conforme con la regla establecida en el artículo 103 de la Constitución.

16. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

200

3. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

17. El artículo 139 inciso 2 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial, a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada.

18. En los términos de dicha disposición constitucional:

> "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> (...)
>
> 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno" (resaltado agregado).

19. La normativa infraconstitucional recoge este principio. Al respecto el artículo 6 del Código Procesal Constitucional señala que:

> "En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo".

20. El artículo 82 del mismo cuerpo normativo añade que:

> ''Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.(...)".

21. Siguiendo la misma lógica, este Tribunal Constitucional, ha señalado que la cosa juzgada constitucional se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de los valores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales; de acuerdo con la interpretación que haya realizado este Tribunal de las leyes, o de toda norma con rango legal o de los reglamentos y sus precedentes (Sentencia 006-2006-CC/TC, fundamento 70).

22. Asimismo, es necesario precisar que tal atributo corresponde tanto a las sentencias estimatorias como desestimatorias, las cuales vinculan a todos los poderes públicos y deben ser cumplidas en sus propios términos.

23. En el caso de autos, la parte demandante alega que al aplicar la fórmula de determinación de aportes desarrollada en el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, se vulnera el principio de la cosa juzgada previsto en el artículo 139.2 de la Constitución, dado que resulta contrario a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 0012-2014-PI/TC de fecha 9 de diciembre de 2014, la cual es vinculante para todos los poderes públicos.

24. En la citada sentencia se evaluaron tres diferentes aspectos de la disposición impugnada en autos:

> i. El procedimiento parlamentario para la aprobación de la disposición impugnada;
>
> ii. La presunta vulneración al derecho de propiedad a raíz de que la devolución dispuesta en la Ley 29625 solo comprendería la totalidad de las contribuciones realizadas por los trabajadores dependientes e independientes (sin incluir los aportes del Estado o el de los empleadores); y,
>
> iii. La supuesta vulneración del derecho de propiedad vinculado a los beneficiarios de dicha devolución, donde se incluye únicamente a aquellos que se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014.

25. La demanda resultó finalmente estimada respecto de la tercera pretensión sosteniendo que:

> ‘’... resulta un restricción abiertamente injustificada del derecho de propiedad el cerrar la lista de los fonavistas al 31 de agosto de 2014 por lo que la demanda deberá ser fundada en este extremo. (...) este Tribunal considera que el plazo máximo para la inscripción, deberá ser de ocho años contabilizados desde la entrada en vigencia de la Ley 29625 aprobada por referéndum” (fundamentos 27 y 28).

26. Los demás extremos de la demanda fueron desestimados por este Tribunal Constitucional.

27. Posteriormente, con fecha 6 de setiembre de 2017, la parte demandante presentó un escrito en el cual solicitaban la ejecución de la sentencia 0012-2014-PI/TC, que fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 15 de diciembre de 2014.

28. El recurrente solicitaba que este Tribunal ordene a la Comisión *Ad hoc* creada por la Ley 29625 y al Poder Ejecutivo lo siguiente:

> i. Que, a raíz de lo establecido por la sentencia, así como el auto Aclaratorio de fecha 19 de diciembre de 2014, el aporte a devolver es individual y correspondiente a lo realmente aportado por cada fonavista, con los intereses legales correspondientes, conforme a lo establecido en los Artículos 2 y 3 de la Ley 29625; y,
>
> ii. Que el aporte a devolver a cada fonavista no tiene relación con criterio legal alguno que contenga como componente de determinación o cálculo del aporte “el número total de fonavistas beneficiarios” o el “el número total de fonavistas beneficiarios o inscritos al 31 de agosto del 2014”.

29. Este Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 17 de abril de 2018, estableció que este no es un asunto que se haya resuelto, por lo que rechazaron el pedido.

30. En dicho auto se señaló que:

> “(...) el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la constitucionalidad del segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 relacionado con la fórmula de cálculo del aporte de cada fonavista” (fundamento 25).

31. Estando a lo expuesto, cabe concluir que este Tribunal ya ha determinado que no existe pronunciamiento previo respecto del segundo párrafo de la disposición

impugnada, y, en consecuencia, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

32. De otro lado, si bien este Tribunal Constitucional ha determinado que la disposición impugnada no contraviene el principio de cosa juzgada, ello no obsta que se revise la misma sobre la base de un distinto parámetro: el derecho de propiedad.

§ 4. ANÁLISIS DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LAS APORTACIONES AL FONAVI Y LA CONFORMACIÓN DE LA CUENTA INDIVIDUAL

33. En el escrito de demanda, el recurrente alegó que:

> ‘’Queda demostrado que este fondo fue creado para los trabajadores. Lo que implica que los recursos del fondo financiero- FONAVI son derechos de propiedad de los trabajadores aportantes y beneficiarios de dicho fondo” (fojas 6 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

34. Atendiendo a ello, se procederá a evaluar el segundo párrafo de la disposición impugnada, el cual regula el proceso de liquidación de las aportaciones y la conformación de la cuenta individual de aportes para cada beneficiario, analizando si vulnera algún principio reconocido en la Constitución como el derecho de propiedad.

35. A fin de esclarecer dicha cuestión, el Tribunal Constitucional comenzará analizando la devolución de los aportes al Fonavi como obligación por parte del Estado; para luego evaluar el proceso de liquidación de las aportaciones y la conformación de la cuenta individual, regulado en el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del año 2014.

4.1 La devolución de los aportes al Fonavi como obligación del Estado

36. El Fondo Nacional de Vivienda fue creado el 30 de junio de 1979 mediante el Decreto Ley 22591, el cual tenía por finalidad satisfacer, en forma progresiva, la necesidad habitacional de los trabajadores en función de sus ingresos y del grado de desarrollo económico y social del país. (artículo 1)

37. No habiendo realizado completamente su finalidad, se aprobó mediante referéndum la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo.

38. El artículo 1de dicha ley establece:

> “Devuélvase a todos los trabajadores que contribuyen al Fonavi, **el total actualizado de su aportes que fueron descontados de sus remuneracio-**

> **nes.** Así mismo abónese a favor de cada trabajador beneficiario; los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados (resaltado agregado).

39. 39. De esta forma el Estado peruano reconoce la obligación de devolver los aportes realizados al Fonavi que efectuaron los trabajadores dependientes e independientes, durante el periodo en el cual estuvo vigente, es decir desde el 1 de julio de 1979, hasta el 31 de agosto de 1998.

40. Cabe precisar que la disposición citada fue objeto de análisis por este Tribunal en la sentencia 0007-2012-PI/TC; mediante la cual se determinó que dicho artículo debía interpretarse de la siguiente manera:

> "(…) los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados", se destinará a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de la necesidad básica de vivienda de los Fonavistas que así lo requieran por su falta de acceso adecuado a este derecho fundamental, en los términos contemplados en los fundamentos 63, 66 y 67" (Punto resolutivo 2).

41. En la citada sentencia, también se reconoció expresamente que la devolución de los aportes actualizados constituía una obligación por parte del Estado, así se determinó que:

> "El deber de devolución de los aportes del Fonavi (a través de mecanismos que en última instancia corresponde al Legislador determinar) tiene origen en una deuda preexistente del Estado, que éste además había reconocido con antelación y que se fundamenta en haberle dado a tales ingresos, cuando menos de modo parcial, un destino distinto de los originalmente previstos. Ya, por ejemplo, en el espíritu de la Ley 27677 - Ley de uso de los recursos de la liquidación del Fonavi-, anida el reconocimiento de la deuda con los Fonavistas, en razón de la desvirtuación del propósito de los aportes realizados, aludiéndose en su artículo 2°, incluso, a un deber de "recuperación" de los mismos" (fundamento 34 de la STC 0007-2012-PI/TC).

42. Estando a lo expuesto corresponderá analizar la compatibilidad del segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del año 2014, con el derecho de propiedad.

43. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 16; así como en el artículo 70 de la Constitución. El mismo se concibe, desde una perspectiva iusprivatista, como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del

bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. (fundamento 11 de la sentencia 0030-2004-PI/TC).

44. En este sentido, este Tribunal tiene establecido que:

> "(…) el derecho fundamental a la propiedad como los demás derechos, posee un doble carácter de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones. Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional" (fundamento 11 de la STC 0030-2004-PI/TC).

45. A continuación habrá que analizar la fórmula de cálculo de los aportes al Fonavi incluida en la disposición impugnada desde la perspectiva de su conformidad con el derecho aludido.

4.2 Procedimiento para la liquidación de los aportes efectuados al Fonavi

46. La fórmula para la determinación de los aportes a devolver se desarrolla en el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público del año 2014.

47. En ella se establece que la liquidación de aportaciones y derechos, y la conformación de la cuenta individual de aportes por cada beneficiario, se efectuará en función a los periodos de aportación que se determinen para cada beneficiario, correspondiendo a cada periodo aportado el resultado de dividir el total de los recursos a devolver entre la cantidad de beneficiarios multiplicado por el promedio de periodos aportados.

48. Es decir, los montos a devolver se encuentran supeditados a la división de lo recaudado por el Estado entre la cantidad de beneficiarios para cada período concreto; por lo que, evidentemente, no constituye el cálculo individualizado de lo realmente aportado por cada fonavista.

49. Sin embargo, la Ley 29625, interpretada de conformidad con la jurisprudencia de este órgano de control de la Constitución, ordena la devolución de las contribuciones efectuadas. Efectivamente, de la norma se deriva que:

    i. Debe devolverse el total actualizado de los aportes que fueron descontados a los trabajadores (artículo 1).

    ii. La actualización del valor de las contribuciones señaladas se llevará a cabo aplicando la Tasa de Interés Legal Efectiva vigente durante todo el período comprendido desde Junio de 1979 hasta el día y mes que se efectúe la Liquidación de la Cuenta Individual (artículo 2).

50. Este Tribunal Constitucional, en el fundamento 18 de la sentencia 0012-2014-PI/TC dejó sentado que la regulación de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, en el extremo referido a los aportes que serán materia de la devolución prevista en la Ley 29625: "abarcan la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes".

51. Por lo tanto, la regulación que detalle el procedimiento para dar cumplimiento a la obligación del Estado debe asegurar que la totalidad de las contribuciones de los trabajadores sean devueltas, tal como lo dispone la Ley 29625, interpretada de conformidad con los pronunciamientos previos de este Tribunal.

52. Es por ello que, una fórmula que determine montos que no correspondan a lo realmente aportado por los trabajadores, vulnera el derecho de propiedad.

53. Este Tribunal Constitucional concluye que la fórmula que se vaya a emplear debe asegurar que lo devuelto constituya la totalidad de las aportaciones efectuadas por los trabajadores dependientes e independientes, con su correspondiente actualización.

54. Toda vez que la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi, introducida en la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del año 2014; colisiona con el derecho de propiedad de los aportantes, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo.

§ 5. INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD

55. El artículo 78 del Código Procesal Constitucional establece que:

    "La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia".

56. Al respecto, este Tribunal tiene establecido que:

> "(…) a fin de garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional y asegurar la supremacía constitucional, los procesos de inconstitucionalidad tienen como objetivo colateral buscar la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas, que evite la vigencia de normas que, por consecuencia o conexidad con la norma declarada inconstitucional, son también contrarias a la Constitución" (fundamento 9 de la STC 0033-2007- PI/TC).

57. Asimismo, este órgano de control de la Constitución en más de una oportunidad, ha señalado que la etapa procesal para determinar la existencia de una "inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia" es al momento de sentenciar y que la misma complemente, precise o concretice el supuesto o la consecuencia de la disposición declarada inconstitucional.

58. El Tribunal Constitucional en el proceso de calificación de la demanda dejó establecido que el único órgano competente para hacer uso de la denominada "inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia" es el Tribunal Constitucional, excluyendo la posibilidad de que sea alegada por las partes. El auto de referencia añade, por último, que la etapa procesal para realizar dicho examen es al momento de sentenciar.

59. Estando a lo expuesto en el fundamento anterior se resolvió declarar improcedente el extremo en que el demandante solicita la inconstitucionalidad por conexidad del Decreto Supremo 16-2014-EF.

60. Naturalmente que ello no implica que el Tribunal Constitucional, en la presente sentencia, no pueda, en caso de un extremo declarado fundado, eventualmente, extender por conexidad dicha declaración al Decreto Supremo 16-2014-EF.

61. En el caso de autos, este Tribunal Constitucional estima que el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 respecto del procedimiento para la devolución de los aportes por cuanto se advierte que vulnera el derecho de propiedad de los contribuyentes al Fonavi.

62. En ese sentido, la norma que desarrolla este aspecto puntual de la Ley de Presupuesto del año 2014 debe ser expulsada del ordenamiento toda vez que carecería de objeto su permanencia en el caso de que la norma que reglamenta resulte declarada inconstitucional atendiendo a la naturaleza del vinculo que existe entre ellas.

63. Efectivamente, el Decreto Supremo 016-2014-EF aprueba las normas reglamentarias para la implementación de lo dispuesto por la Septuagésima Segunda Dis-

posición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, implementado, reproduciendo y complementando lo dispuesto en la norma impugnada, en relación con el procedimiento para la determinación de los montos a devolver.

64. De hecho, el reglamento de referencia, no pretende calcular el aporte, sino el monto a distribuir en cada periodo mensual sin tomar en cuenta, que de esta manera, podrían devolverse montos superiores o inferiores a los efectivamente aportados.

65. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Constitucional considera que el Decreto Supremo 016-2014-EF resulta inconstitucional por conexidad.

§ 6. EFECTOS DE LA SENTENCIA

66. En cuanto a los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, el artículo 204 de la Constitución establece que:

> "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

67. Este Tribunal Constitucional, a fin de evitar que se ocasionen los efectos destructivos que podría aparejar la eficacia inmediata de aquellas sentencias que expulsan del ordenamiento jurídico una norma declarada inconstitucional, tiene la potestad de aplazar o suspender los efectos de sus decisiones.

68. Al respecto, se señaló lo siguiente:

> "Más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de esta" (Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamento 174).

69. En el caso de autos, la declaración de inconstitucionalidad supondría la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición en la que se apoya el desarrollo del proceso de devolución de los aportes al Fonavi y esto podría generar una situación de incertidumbre respecto de los montos devueltos hasta la fecha y especialmente respecto de la continuación del proceso.

70. Atendiendo a lo expuesto, en el presente proceso, resulta necesario determinar un periodo en el cual el Congreso de la República, en colaboración con el Poder Ejecutivo y la Comisión Ad Hoc, regule el procedimiento de devolución de aportes del Fonavi en los términos establecidos por este órgano de control de la Constitución.

71. Mientras se aprueba una nueva norma, el procedimiento de liquidación de los aportes al Fonavi desarrollado con base en la norma impugnada seguirá desplegando sus efectos, sin perjuicio de que, posteriormente, se determinen los montos a devolver y los anticipos efectivamente abonados sean computados como pagos a cuenta.

72. Por esta razones, el Tribunal Constitucional, debe disponer un plazo de vacatio sententiae de un año que deberá ser computado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial El Peruano, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del año 2014, Ley 30114, surta todos sus efectos.

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, y en consecuencia;

   1.1. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del año 2014 por vulnerar el derecho de propiedad.

   1.2 Declarar la **INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD** del Decreto Supremo 016-2014-EF.

2. Disponer la *vacatio sententiae* por el plazo de un año calendario a partir de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo referido al principio de anualidad presupuestal.

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

FERRERO COSTA

RAMOS NÚÑEZ

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2017-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

He decidido apoyar la sentencia de mayoría, que:

- Declara fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucional el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Año 2014, por vulnerar el derecho de propiedad; y declara inconstitucional por conexidad el Decreto Supremo 016-2014-EF;
- Dispone una vacatio sententiae por el plazo de un año calendario, contado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano";
- Declara improcedente la demanda en lo referido al principio de anualidad presupuestal; y
- Declara infundada la demanda en lo demás que contiene.

Sobre la decisión que he adoptado debo dejar aclarada mi posición, en orden a mantener la coherencia que corresponde con el voto singular que emití respecto a la sentencia expedida el día 9 de diciembre de 2014 por el Tribunal Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad promovido contra parte de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la precitada Ley 30114, que diera origen al Expediente 0012-2014-PI/TC.

En tal dirección, expreso lo siguiente:

1. El artículo 1 de la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, que fuera aprobada por referéndum, dispuso literalmente lo siguiente:

> *"Devuélvase a los trabajadores que contribuyeron al FONAVI, el total actualizado de sus aportes que fueron descontados de sus remuneraciones. Así mismo abónese a favor de cada trabajador beneficiario, los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados."*

2. Obsérvese que la devolución dispuesta por la aludida ley comprendía tanto los aportes de los trabajadores (que en adelante denominaré los fonavistas), de los empleadores, del Estado y de otros; devolución que debía efectuarse exclusivamente a favor de los fonavistas.

3. Ello en razón que el total de lo recaudado integró un fondo solidario que paso a ser de propiedad exclusiva de los beneficiarios. Es decir, de los fonavistas.

4. Obsérvese, igualmente, que, en armonía con lo establecido en el artículo 2 de la mencionada ley, la devolución implicaba un proceso de liquidación de aportaciones y derechos en una cuenta individual por cada fonavista, con las actualizaciones del valor de las contribuciones a devolverse, aplicando la tasa de interés legal efectiva vigente durante todo el período comprendido entre junio de 1979 y el día en el que se efectúe la liquidación respectiva a favor de cada fonavista.

5. Conforme se aprecia de los artículos 1 y 2 de la Ley 29625, los fonavistas tenían derecho a recibir no solo el reintegro de sus aportes, sino también el reintegro de los aportes de sus empleadores, del Estado y otros, más los intereses respectivos.

6. El Tribunal Constitucional al resolver el proceso de inconstitucionalidad promovido contra la acotada Ley 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, que fuera aprobada por referéndum, mediante sentencia de fecha 26 de octubre de 2012, dictada en el Expediente 0007-2012-PI/TC, declaró infundada la demanda y consagró la total constitucionalidad de la norma impugnada; optando, empero, por hacer una interpretación restrictiva de los alcances de la devolución, constriñéndola únicamente a los aportes de los fonavistas, con lo cual el Estado quedó favorecido al mantener en su poder y no devolver a los fonavistas los aportes de sus empleadores, del propio Estado y otros. Esta situación, ahora parece irreversible por haber adquirido la mencionada sentencia la calidad de cosa juzgada.

7. De otro lado, hago presente que las fórmulas de devolución que se han venido aplicando, en base a normas presupuestales y sus reglamentarias, no han respetado el que la devolución se haga por los reales aportes efectuados por cada fonavista, recurriendo a la fórmula de hacer simplemente un reparto a prorrata, proveniente de distribuir el fondo por repartir entre el número de fonavistas, sin importar su aporte real; situación que sin lugar a dudas lesiona el derecho de propiedad de los fonavistas, que se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 2, inciso 16), y 70 de la Constitución.

8. La sentencia dictada en el presente proceso salva esa afectación y dispone que la devolución se haga en forma proporcional al aporte recibido y no a prorrata.

Dejo así aclarada mi posición y apoyo la resolución de mayoría, otorgándole mi voto para alcanzar la inconstitucionalidad, pese a lo expresado en el voto singular que emití en el Expediente 0012-2014-PI/TC, en el sentido que lo ideal hubiese sido que se dispusiera la devolución a los fonavistas el total de aportes, tanto los aportes de ellos (los fonavistas) como de sus empleadores, del Estado y otros.

S.

BLUME FORTINI

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2017-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con el fallo y con la mayor parte de la fundamentación de la presente sentencia, salvo en lo que se refiere a los dos aspectos siguientes:

1. Fundamento 21: cosa juzgada constitucional

La Constitución establece que la *cosa juzgada* es una de los principios y derechos de la función jurisdiccional. El adjetivo "constitucional" que se le agrega a dicho término no tiene asidero en la Constitución. Es artificioso, es decir, "falso, ficticio, artificial", como dice el Diccionario de la Real Academia Española.

2. Fundamento 44: función social de la propiedad

La función social de la propiedad consiste en precisar las responsabilidades de las personas sobre los bienes y los servicios. De esta manera, la propiedad reduce la incertidumbre inherente a la interacción humana. Al fomentar la certeza, la propiedad genera confianza y, así, incentiva el desarrollo de las relaciones sociales.

La función social de la propiedad no consiste en limitar los atributos que ella otorga a su titular. Al imponer su concepción del "bien común" a los titulares de derechos de propiedad, los jueces desnaturalizan la administración de justicia e impiden que se lleve a cabo la verdadera función social de la propiedad.

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2017-PI/TC

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Y un buen día la mayoría del TC decidió hacer de sus pronunciamientos: "borrón y cuenta nueva".

Ayer ordenó y exigió que se cumplan ciertas reglas, hoy día dicen que ya no se cumplan ¿y mañana?, ¡no sabemos!

No se puede hacer justicia al margen de la Constitución.

Se debe hacer justicia respetando las reglas: si un juez toma una decisión (la más popular o no), debe ser el primero en respetarla, pero no desconocerla simplemente un buen día…

A. PRELIMINARES

Hace cuatro años el Tribunal Constitucional decidió que la "cláusula 72" de la Ley N° 30114, no era inconstitucional porque no violaba el derecho de propiedad de los fonavistas.

Hace cuatro años el Tribunal Constitucional ordenó a la Comisión Ad Hoc del Fonavi que "pague inmediatamente" conforme a las reglas establecidas en la "cláusula 72".

Hace casi cuatro años la Comisión Ad Hoc del Fonavi, conforme a las decisiones del Tribunal Constitucional, empezó a pagar a los fonavistas.

Si hace cuatro años el Tribunal Constitucional resolvió esto, me pregunto, ¿pueden hoy, los mismos magistrados del Tribunal Constitucional, decidir que la misma "cláusula 72" viola el derecho de propiedad de los fonavistas? ¿pueden hoy decir, que hay nuevas reglas para el pago, esto es, que a algunos se les pague más de lo que se ya se les pagó o que otros devuelvan lo que ya se les pagó? ¿pueden hoy luego de haber alentado y exigido que la Comisión Ad Hoc pague a los Fonavistas, decirles que ya no puede pagar, al haber dejado sin efecto el Decreto Supremo 016-2014-EF desde la publicación de la sentencia?

Evidentemente, a la luz de la lectura de la decisión tomada en mayoría, si es posible todo ello, y aún mas, liquidar la cosa juzgada que sostiene la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde hace más de una década el Tribunal Constitucional ha venido dictando sentencias vinculadas a la problemática de la justa devolución de los aportes de ciudadanos fonavistas. En dicho proceso de devolución no sólo han servido de base las leyes expedidas sobre el particular, sino, de modo relevante, las propias reglas fijadas por el Tribunal Constitucional.

Es con base en estas leyes y sentencias que la Comisión Ad Hoc del Fonavi empezó la devolución, habiéndose beneficiado hasta la fecha a 931,403 fonavistas, que en 15 grupos de pago, desde enero de 2015, han percibido en total una suma de 1,219'974, 387.97 millones de soles. Sin embargo, hoy, sin mayor fundamento, la mayoría del Tribunal Constitucional ha decidido hacer "borrón y cuenta nueva", esto es, ordenar que se hagan nuevos cálculos de pago, que se identifique nuevamente a quienes sean beneficiarios y a quienes no lo sean, que se hagan nuevos cronogramas de pago, etc.

Según la mayoría del TC, todo estuvo mal hecho y debe volverse a hacer desde cero. Es decir, un buen día a alguien en el TC se le ocurrió que todo era diferente y se decide volver todo a fojas cero. Si dicha mayoría estima que la fórmula de pago para devolver los aportes al Fonavi ("cláusula 72) es inconstitucional ¿por qué no lo declaró así en su sentencia del 2014? ¿por qué complementó dicha fórmula de pago y ordenó que se pague "inmediatamente" en 2014? No se puede tratar de esa forma a ciudadanos que en su mayoría son de la tercera edad. No se puede tratar de esa forma a la Administración pública que tan sólo ha cumplido las reglas ordenadas por el Tribunal Constitucional.

Posiciones como las que sostiene la mayoría de magistrados de este Tribunal afecta la *auctoritas* de la majestad de esta instancia de justicia y pone en riesgo la credibilidad y permanencia de las decisiones del Tribunal en el tiempo.

No se puede utilizar tan simplemente el argumento de que los pagos realizados deben tomarse como "pagos a cuenta". La mayoría del TC no se da cuenta de que con las reglas que están dictando algunos fonavistas percibirán menos de lo que hasta ahora se les ha dado -y por ello deberán devolver lo pagado por la Comisión Ad Hoc-, o que en el caso de muchos fonavistas que no han podido acreditar cuánto aportaron exactamente, "**no se les va a poder pagar**", y si ya se les pagó, deberán devolver lo pagado por la Comisión Ad Hoc. Esto es grave y por eso dejo expresa constancia de mi preocupación hacia ese sector de fonavistas que se van a ver afectados con esta decisión tomada por la mayoría del TC.

Dicho esto, a continuación señalo que el presente voto se referirá en primer término a la evolución del proceso de devolución de los aportes al Fonavi. Luego se analizará si la mayoría del TC ha desconocido la cosa juzgada de la sentencia del propio Tribunal Constitucional dictada en el Expediente 00012-2014-PI/TC. Posteriormente se

verificará la deficiente motivación de la mayoría del TC para resolver que el segundo párrafo de la "cláusula 72" es inconstitucional. Finalmente, se examinará los efectos de haber declarado inconstitucional el Decreto Supremo 016-2014-EF.

A. Evolución del proceso de devolución de los aportes al Fonavi

1. El Decreto Ley 22591 de julio de 1979 creó el Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi) para satisfacer en forma progresiva la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos.
2. Entre 1981 y abril de 1992 fue utilizado para el financiamiento de obras de infraestructura sanitaria y electrificación, construcción, ampliación y refacción de centros educativos, de salud, comunales y recreativos en zonas rurales y urbanas, el desarrollo de proyectos de destugurización de viviendas y la construcción, pavimentación y/o acondicionamiento de vías nacionales y locales, entre otros. También fue utilizado para el otorgamiento de créditos con fines de vivienda.
3. Por Ley 29625, se aprobó la "devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo".
4. El Tribunal Constitucional, en octubre del año 2012 (Expediente 0007-2012-PI/TC), interpretó el artículo 1 de la Ley 29625 en el sentido de que la devolución de "los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados" se destinará a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de la necesidad básica de vivienda de los fonavistas que así lo requieran por su falta de acceso adecuado a este derecho fundamental, en los términos contemplados en los fundamentos 63, 66 y 67 de la presente sentencia.
5. El Tribunal Constitucional dispuso que sean materia de devolución individual las aportaciones realizadas por los trabajadores al Fonavi, (FJ 59).
6. Con base en la mencionada Ley 29625 se conforma la Comisión Ad Hoc para cumplir con la devolución de los aportes del Fonavi: administración y recuperación de acreencias, fondos y activos del Fonavi. Dicha Comisión Ad Hoc se encuentra integrada por las siguientes entidades: MEF, SUNAT, ONP y Asociación de Fonavistas. Asimismo, se crea una secretaría técnica de apoyo a la Comisión Ad Hoc y se instala en 2011.

   Ley 29625 y su Reglamento (Decreto Supremo N° 006-2012-EF) establece que la devolución de los aportes, en su oportunidad y de corresponder, será notificada y que los aportes serán entregados a cada beneficiario a través de un documento denominado Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista (CERAD).

7. Posteriormente, la 72 Disposición Complementaria Final (en adelante, cláusula 72) de la Ley N° 30114, establece la forma para efectuar la devolución de los aportes al Fonavi.

   La cláusula 72 fue materia de una demanda de inconstitucionalidad que fue resuelta con la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2014 recaída en el Expediente 0012-2014-PI/TC, declarándose inconstitucional la fecha de cierre del registro, es decir el 31 de agosto de 2014.

8. La construcción del Padrón Nacional de Fonavistas ha permitido que la Comisión Ad Hoc, cumpliendo la sentencia del Exp. 00012-2014-PI/TC, apruebe lo siguiente:

   - La devolución para 15 Grupos de Pago que lo integran 931,403 fonavistas.
   - La suma de S/ 1,222,275,060.32 como monto a devolver, incluyendo el pago por recursos de reconsideración que reconocen periodos mensuales adicionales.

9. La referida devolución dio mérito a 15 resoluciones administrativas cuyos grupos de pago, beneficiarios y montos pagados se mencionan a continuación:

Resolución	Fecha de pub.	Grupo de pago	Beneficiarios	Monto en soles
001-2015-CAN	11.01.2015	Primer	103,011	160,044,716.75
1293-2015-CAN	03.05.2015	Segundo	41,590	60,152,300.74
2059-2015-CAN	19.07.2015	Tercer	80,857	124,350,781.94
2508-2015-CAH	25,10.2015	Cuarto	45,839	75,126,104.85
001-2016-CAN	24.01.2016	Quinto	80,805	123,935,596.62
0313-2016-CAN	24.04.2016	Sexto	47,680	63,509,925.05
1110-2016-CAN	17.07.2016	Séptimo	101,014	127,065,708.05
1111-2016-CAN	23.10.2016	Octavo	47,166	70,235,196.11
001-2017-CAN	22.01.2017	Noveno	61,225	82,385,678.68
207-2017-CAN	30.04.2017	Décimo	76,820	89,957,665.98
2235-2017-CAN	16.07,2017	Undécimo	70,834	80,946,679.96
5225-2017-CAH	22.10.2017	Duodécimo	64,874	69,031,278.03
001-2018-CAN	28.01.2018	Decimotercer	43,203	38,612,091.72
1458-2018-CAN	22.04.2017	Decimocuarto	38,674	25,955,951.93
3560-2018-CAN	22.07.2018	Decimoquinto	27,811	28,663,711.56
Total			**931,403**	**1,219,974,387.97**

10. La finalidad de citar los referidos antecedentes legales y jurisprudenciales es apreciar cómo el marco normativo de devolución de los aportes al Fonavi ha desplegados sus efectos, pero que hoy vuelve a fojas cero en virtud de la sentencia que ha dictado la mayoría del TC.

B. El desconocimiento de la cosa juzgada del TC por la mayoría del TC

11. En reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional se ha establecido que una de las garantías de la función jurisdiccional que consagra la Constitución es la inmutabilidad de la cosa juzgada, al destacar expresamente en el artículo 139.3 que "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)".

12. A fin de dotar de contenido a tal atributo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "[M]ediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" (Exp. 04587-2004-AA/TC).

13. Este principio que rige la función jurisdiccional otorga certeza al fallo judicial, garantizando que su contenido permanecerá inalterable y sea respetado, independientemente de que el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción. En tales circunstancias, lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo decidido en procesos judiciales anteriores cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica en la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes, respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional (Exp. 05530-2013-PA/TC).

14. En el presente caso, la sentencia del Exp. 00012-2014 se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos, en la que se solicitaba expresamente:

    se declare "la INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA SEPTUAGÉSIMA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DE LA LEY 30114 - LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO DEL AÑO

2014, PUBLICADA EL 2 DE DICIEMBRE DEL 2013 (...), por el vulnerar el derecho constitucional a la propiedad consagrado en el numeral 16 del art. 2 y 70 de la Constitución".

15. Nótese que en la demanda se cuestionó **"toda"** la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria (cláusula 72) de la Ley 30114, y que se alegó que dicha "cláusula 72 vulneraba el derecho de propiedad de los fonavistas.

16. Ante dicha demanda ¿qué resolvió el Tribunal Constitucional? En la parte resolutiva sólo declaró inconstitucional una parte de la "cláusula 72" en el extremo "hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren", de modo que el resto de disposiciones de la cláusula 72, incluida la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi, quedaron constitucionalizadas.

17. Cabe resaltar que antes de dictar la aludida sentencia del Exp. 00012-2014-PI/TC, los ciudadanos demandantes de tal proceso cuestionaron expresamente la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi. Es decir que, antes de dictar sentencia, los magistrados del Tribunal Constitucional conocían de dicho cuestionamiento. En efecto, la sentencia del Exp. 00012-2014-PI/TC fue publicada en la página web el 10 de diciembre de 2014. Sin embargo, antes de dicha fecha (el 2 de diciembre de 2014), los demandantes fonavistas presentaron alegatos cuestionando la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi, pero el actual Pleno del TC no lo declaró inconstitucional.

18. Pese a los alegatos de los fonavistas, el Tribunal Constitucional examinó si se vulneró o no el derecho de propiedad de estos y sólo se pronunció sobre el plazo de inscripción y que sólo se debía devolver el aporte de los fonavistas mas no el aporte del Estado o de los empleadores.

19. Es más, en dicha sentencia aparece un único voto singular en el que se optó a a favor de que la demanda sea declarada fundada en todos sus extremos e incluso se pronunció sobre la mencionada fórmula de liquidación de aportes al Fonavi:

> "(....) la cuestionada norma no justifica razonablemente por qué la devolución solo se efectuará respecto de la parte descontada de lo percibido por el fonavista, mas no de los aportes que en su momento efectuó el empleador o el Estado; ni por qué no se establecen criterios de devolución acordes con las cantidades aportadas realmente a raíz de la labor de cada fonavista que originó los aportes, tanto del fonavista propiamente dicho como del empleador y del Estado, según el caso, más sus correspondientes intereses, que prevé la acotada Ley 29625" [resaltado agregado].

20. Más aún, ante las dudas que ya generaba dicha sentencia, el Apoderado del Congreso de la República, con fecha 15 de diciembre de 2014, presentó un escrito en el que solicitaba que el Tribunal Constitucional aclare lo siguiente:

1) En primer lugar, señala que, dado que para llevarse a cabo el pago debe contarse con el número total de fonavistas, solicita que se aclare si es posible limitar la inscripción de beneficiarios hasta antes del "octavo año" (sic) toda vez que la ley otorga un plazo de ocho años para el pago. 2) Asimismo, señala el representante del Congreso que, si el contar con el número total de fonavistas constituye un requisito para proceder al pago, solicita a este tribunal que aclare si debe esperarse hasta el año 2018 para proceder al pago 3) Además, consultan si en caso de que se permita la inscripción de posibles beneficiarios hasta el último año, es posible que la comisión siga llevando a cabo devoluciones aún después del octavo año. [resaltado agregado]

21. Es necesario precisar que el mencionado "número total de fonavistas" era precisamente uno de los componentes de la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi prevista en la "cláusula 72".

22. ¿Qué le responde el Tribunal Constitucional al Apoderado del Congreso de la República? En el "AUTO 3", de fecha 19 de diciembre de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente:

> 5. Antes de comenzar a responder las interrogantes formuladas por el Congreso de la República, este Tribunal advierte que aquellas asumen que para proceder al pago de lo aportado al Fonavi se debe primero contar con el número total de aportantes. Cabe señalar que ello no se desprende del texto de la Ley N° 29625, aprobada por referéndum, ni de su reglamento, ni de la sentencia de este Tribunal Constitucional. A tal caso, provendría de lo previsto en el segundo párrafo de la septuagésima disposición final de la ley de presupuesto para el año 2014. [resaltado agregado]
>
> (...)
>
> RESUELVE
>
> 2. ACLARAR la sentencia del 9 de diciembre de 2014 en función a lo consultado por el apoderado del Congreso de la República, y en este sentido, precisar que:
>
> a) El procedimiento para el cómputo de los montos a ser devueltos previsto en el segundo párrafo de la septuagésima segunda disposición final de la Ley N° 30057 no podrá ser aplicado si resulta contrario al espíritu de la sentencia de autos.
>
> b) la devolución de los aportes puede extenderse más allá del año 2018, sin que ello comporte una violación de la Ley 29625.

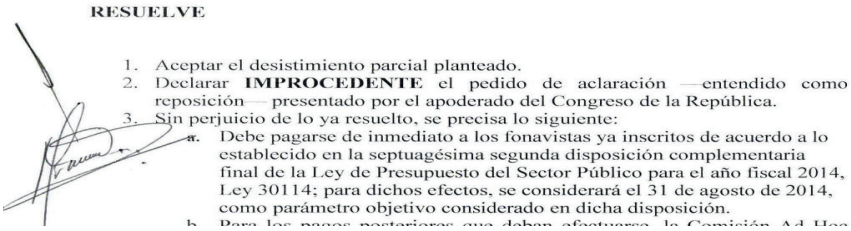
c) En concordancia con el fundamento nueve de esta resolución, debe procederse a pagar a aquellos aportantes que ya se han inscritos hasta el 31 de agosto de 2014, teniendo el Poder Ejecutivo que recuperar o generar un fondo para el pago a quienes se inscriban después.

23. ¿Cuál era ese espíritu de la sentencia a que alude el referido punto resolutivo 2.a? Pues que la devolución de aportes podía extenderse más allá del 2018. Pero lo relevante del extremo citado del **"AUTO 3"** es que el Tribunal Constitucional, en esta sentencia del año 2014, ordena que se aplique el procedimiento para el cómputo de montos a devolver previsto en el s**egundo párrafo de la "cláusula 72".**

24. Peor aún. En el **"AUTO 4"** de fecha 6 de enero de 2015, se da cuenta del escrito de aclaración presentado por el Apoderado del Congreso de la República con fecha 24 de diciembre de 2014, en el que plantea las siguientes interrogantes:

> 1) Si lo señalado en el considerando 5 de la resolución de aclaración constituye una habilitación para que la Comisión Ad hoc incumpla la ley o si acaso se puede considerar que dicha disposición se aplica únicamente para el año 2014; 2) Si es posible aplicar el "valor cuota" previsto en el segundo párrafo de la septuagésima segunda disposición final de la Ley N° 30114 para los que se inscribieron hasta el 31 de agosto de 2014, así como para quienes se inscribieran después de dicha fecha; 3) Si al señalarse en el punto resolutivo 2c " tendrá que recuperar o generar un fondo para el pago de quienes se inscriban después" y dado que se les deberá pagar de acuerdo al valor-cuota establecido, si el Tribunal está autorizando una ejecución de gasto público y si es así, cómo se generaría dicho fondo. [resaltado agregado]

25. ¿Qué le responde el Tribunal Constitucional al Apoderado del Congreso de la República? En el mencionado "AUTO 4" el Pleno del Tribunal Constitucional resuelve lo siguiente:



RESUELVE

1. Aceptar el desistimiento parcial planteado.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de aclaración —entendido como reposición— presentado por el apoderado del Congreso de la República.
3. Sin perjuicio de lo ya resuelto, se precisa lo siguiente:
   a. Debe pagarse de inmediato a los fonavistas ya inscritos de acuerdo a lo establecido en la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, Ley 30114; para dichos efectos, se considerará el 31 de agosto de 2014, como parámetro objetivo considerado en dicha disposición.
   b. Para los pagos posteriores que deban efectuarse, la Comisión Ad Hoc

26. Dice: "Debe pagarse de inmediato". ¿Cómo? "de acuerdo a lo establecido en la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley... 30114"[la cláusula 72].

27. Conforme a lo expuesto, no debe quedar ninguna duda, ni una sola, de que en el año 2014 el Pleno del Tribunal Constitucional, en el marco del Expediente 00012-2014-PI/TC, ordenó que se cumpla con la "cláusula 72" y se pague "inmediatamente" a los fonavistas conforme a la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi prevista en el segundo párrafo de dicha "cláusula 72".

28. Por las razones antes anotadas, en el presente proceso de inconstitucionalidad (año 2018) resultaba imposible que el Tribunal Constitucional, específicamente una mayoría, se pronuncie nuevamente respecto de la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi prevista en el segundo párrafo de dicha "cláusula 72" y, peor aún, que la declare inconstitucional. Al hacerlo, la mayoría del Tribunal Constitucional ha desconocido sus propias decisiones anteriores que tienen autoridad de cosa juzgada.

C. Deficiente justificación para declarar inconstitucional el segundo párrafo de la "cláusula 72" es inconstitucional

29. En el fundamento 54 de la decisión en mayoría del Tribunal Constitucional, se sostiene que:

> "la fórmula de liquidación de aportes al Fonavi, introducida en la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la ley 30114, Ley de Presupuesto del año 2014, colisiona con el derecho de propiedad de los aportantes", por lo que "corresponde declarar fundada la demanda en este extremo"

30. ¿Qué razones justifican tal expulsión de la mencionada ley? Se afirma en el fundamento 48 que "los montos a devolver se encuentran supeditados a la división de lo recaudado por el Estado entre la cantidad de beneficiarios para cada periodo concreto, por lo que evidentemente, no constituye el cálculo individualizado de lo realmente aportado por cada fonavista". Y en el fundamento 52 se sostiene que "una fórmula que determine montos que no correspondan a lo realmente aportado por los trabajadores, vulnera el derecho de propiedad". ¿Eso es todo? ¿esos argumentos justifican que la fórmula de la "cláusula 72" haya violado el derecho de propiedad? ¿cuál es la base que sustentan sus afirmaciones? ¿de eso no se dieron cuenta en el año 2014?

31. El segundo párrafo de la "cláusula 72" establece lo siguiente:

> El proceso de Liquidaciones de las Aportaciones y Derechos y la conformación de la Cuenta Individual de aportes por cada beneficiario, a que se refiere la Ley 29625, se efectuará en función a los periodos de aportación que se determinen para cada beneficiario por edades; correspondiendo a cada período aportado el resultado de dividir el total de los recursos a devolver

entre la cantidad de beneficiarios multiplicado por el promedio de períodos aportados.

32. Si este segundo párrafo establece lo siguiente:

"correspondiendo a cada período aportado el resultado de dividir el total de los recursos a devolver entre la cantidad de beneficiarios multiplicado por el promedio de períodos aportados", no hay en la sentencia de la mayoría del TC ni un sólo argumento que justifique por qué tal párrafo afecta el derecho de propiedad de los fonavistas. ¿Cómo así tal mayoría del TC asume que el monto a percibir por el fonavista será menor a lo "realmente aportado"? ¿cómo se verifica esa diferencia? quizás la mayoría estima que no es necesario justificarlo, porque ¿resulta "evidente"?, no lo creo, pues si fuese así, entonces también es evidente que algunos o muchos fonavistas han aportado menos de 10 soles al mes en cuyo caso la fórmula de la "cláusula 72" es mas beneficiosa para el fonavista -por lo que deberán devolver lo que ya les pagó la Comisión Ad Hoc-, o también es evidente que una gran cantidad de fonavistas, dado el tiempo transcurrido desde 1979, no posean sus boletas de descuento para saber cuánto exactamente se les descontó, en cuyo caso, si es que ya les pagó la Comisión Ad Hoc, entonces deberán devolver lo pagado, pues resulta imposible determinar sus aportes reales. Por ello, es claramente deficiente la motivación de la mayoría del TC.

D. Efectos de haber declarado inconstitucional el Decreto Supremo 016-2014-EF

33. En la parte resolutiva (punto 1.2) la mayoría del TC ha decidido "Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD del Decreto Supremo 016-2014-EF". Asimismo, en punto resolutivo 2, se dispone "la *vacatio sententiae* por el plazo de un año calendario a partir de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*".

34. Si se leen atentamente el punto resolutivo 2 junto al fundamento 72, la *vacatio sententiae* de un año es respecto del segundo párrafo de la septuagésima segunda disposición final de la Ley 30114, pero no se dice nada respecto del Decreto Supremo 016-2014-EF, de modo que al día siguiente de publicada la presente sentencia, entonces dicho decreto quedará expulsado del ordenamiento jurídico.

35. Más allá de lo expuesto, resulta innecesario haber declarado inconstitucional todo el Decreto Supremo 016-2014-EF, que cuenta con más de 24 artículos, cuando en realidad el cuestionamiento era a la fórmula de cálculo contenida en el artículo 12 de dicho decreto.

36. Si revisamos el resto de los artículos del Decreto Supremo 016-2014-EF, no se evidencia ninguna razón para haber declarado la inconstitucionalidad de todo

el decreto. Veamos: artículo 2: documentos; artículo 3: gratuidad; artículo 4: definiciones y glosario; artículo 5: del fondo a devolver a los trabajadores; artículo 6: verificación del historial laboral consignado en el formulario nº 1; artículo 7: requerimiento de información del historial laboral; artículo 8: información de empleador no ubicable; artículo 9: de los trabajadores eximidos de la contribución al Fonavi; artículo 10: construcción de la cuenta individual de periodos de aportes; artículo 11: procedimiento de control posterior; artículo 13: padrón nacional de fonavistas beneficiarios; artículo 14: fonavistas beneficiados con recursos del Fonavi; artículo 15: información sobre fonavistas beneficiados; artículo 16: entrega del CERAD; artículo 17: contenido del CERAD; artículo 18: de la devolución de aportes a los fonavistas beneficiarios; artículo 19: procedimiento para la devolución; artículo 20: beneficiarios de fonavistas fallecidos; artículo 20-a: acreditación de la condición de beneficiario del fonavista fallecido; artículo 20-b: plazo de oposición para el pago; artículo 21: procedimiento para impugnar la resolución emitida por la comisión; artículo 22: normas aplicables al procedimiento de devolución; artículo 23: administración de los fondos de propiedad del Fonavi; y, artículo 24: recuperación de los recursos del Fonavi.

37. Finalmente, llama la atención que la mayoría del Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 016-2014-EF, pese a que desde el año 2014, el Tribunal Constitucional, mediante sus dos salas, ha convalidado dicho Decreto Supremo 016-2014-EF en **319 sentencias interlocutorias.** A modo de ejemplo cabe mencionar el Expediente 01443-2015-PC/TC que establece lo siguiente:

> toda vez que la expedición del CERAD está sujeta al reconocimiento por parte de la Comisión Ad Pfoe de la calidad de fonavista beneficiario, calidad de la cual están excluidas las personas que han sido beneficiadas, directa o indirectamente con los recursos del Fonavi, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Supremo 016-2014-EF. En el caso de autos, la demandante se encuentra excluida del proceso de devolución, dado que del Oficio 436-2015-EF/38.01, remitido a este Tribunal con fecha 7 de abril de 2015, se advierte que su cónyuge causante fue beneficiado con los recursos del Fonavi

38. Seguidamente se muestra el detalle de las 319 sentencias interlocutorias antes referidas:

Casos suscritos por los magistrados del Tribunal Constitucional aplicando el Decreto Supremo N° 16-2014-EF, que hoy, luego de cuatro años, sostienen que es inconstitucional

SENTENCIAS			
AÑO	COLEGIADO		TOTALES
INGRESO	SALA 1	SALA 2	
2014	18	3	21
2015	112	174	286
2016	3	1	4
2018	5	3	8
			319

39. En suma, por todo lo expuesto, estimo que debe declararse IMPROCEDENTE la demanda en cuanto al cuestionamiento del segundo párrafo de la septuagésima segunda disposición final de la Ley 30114, debiendo ordenarse que se pague de inmediato a los fonavistas ya inscritos de acuerdo a lo establecido en el aludido segundo párrafo de la septuagésima segunda disposición final de la Ley 30114.

Asimismo, se debe mantener la fórmula de pago y disponer que todos los fondos del fonavi que aún se puedan recuperar se prosiga con la devolución inmediata a sus beneficiarios, pendientes aún de pago o mejorando los aportes ya entregados en los grupos anteriores a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional expedida el Exp. 00012-2014-PI/TC.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2017-PI/TC

ANEXOS

CASOS SUSCRITOS POR LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, APLICANDO EL DECRETO SUPREMO Nº 16-2014-EF, QUE HOY, LUEGO DE CUATRO AÑOS, SOSTIENEN QUE ES INCONSTITUCIONAL

Ingresados en 2014

Nº	Expediente	Demandante	Colegiado
1	04221-2014-AC	ADRIANO RIMAYCUNA DOMINGUEZ	SALA 1
2	05739-2014-AC	ANSELMO ATENCIO HUAMAN	SALA 1
3	05241-2014-AC	DANIEL VICENTE CRISTOBAL	SALA 1
4	05329-2014-AC	FELIX ESPIRITU ROJAS	SALA 1
5	05368-2014-AC	FRANCISCO PARICAHUA CONDORI	SALA 1
6	04012-2014-AC	GERMAN ROJAS CELIS	SALA 1
7	05390-2014-AC	MARCELINO GUILLERMO MUÑOZ RIVERA	SALA 1
8	05328-2014-AC	MARCIAL GARAY LUIS	SALA 1
9	03387-2014-AC	MARIA ESPERANZA CASTILLO VILA	SALA 1
10	05011-2014-AC	MARIA JESUS RUIZ DE TORRES	SALA 1
11	05327-2014-AC	PEDRO ALDABA CAPCHA	SALA 1
12	04259-2014-AC	PEDRO VIDAL CHAVEZ	SALA 1
13	05925-2014-AC	SEGUNDO JUAN JIMENEZ QUIJADA	SALA 1
14	05892-2014-AC	SELVINO GUADALUPE ROJAS	SALA 1

15	03958-2014-AC	VENANCIO TORRES CAMARENA	SALA 1
16	05335-2014-AC	VICTOR RODRIGUEZ MANDUJANO	SALA 1
17	03956-2014-AC	VICTOR CABELLO HIDALGO	SALA 1
18	03383-2014-AC	VICTORIA RUMICHE SALAZAR	SALA 1
19	03957-2014-AC	DARIO BUENO RIVERA	SALA 2
20	04984-2014-AC	JUAN HUAMAN OSORIO	SALA 2
21	01178-2014-AC	MAMERTO RIVEROS MORENO	SALA 2

CASOS SUSCRITOS POR LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, APLICANDO EL DECRETO SUPREMO Nº 16-2014-EF, QUE HOY, LUEGO DE CUATRO AÑOS, SOSTIENEN QUE ES INCONSTITUCIONAL

Ingresados en 2015

N°	Expediente	Demandante	Colegiado
1	00139-2015-AC	NICANOR QUINTANA CALERO	SALA 1
2	00164-2015-AC	MARINO ZUÑIGA YAPIAS	SALA 1
3	00390-2015-AC	JAVIER VENTURA ESTRELLA	SALA 1
4	00567-2015-AC	EUGENIO BONIFACIO GONZALES	SALA 1
5	00957-2015-AC	GRACIELA CASAÑA VDA. DE OLAZO	SALA 1
6	00960-2015-AC	LEONARDA GUTIERREZ DE RAMOS	SALA 1
7	01009-2015-AC	ROFINO ROGELIO SANTOS CALZADA	SALA 1
8	01019-2015-AC	URBANO FERNANDEZ PUENTE	SALA 1
9	01369-2015-AC	VICTOR MAURICIO CHAVEZ	SALA 1
10	01443-2015-AC	CERILA ALMERCO DE CRUZ	SALA 1
11	01461-2015-AC	NICOLAS DIOMEDES AGUILAR CUBA	SALA 1
12	01510-2015-AC	TEODORA SALAS CHICO	SALA 1
13	01723-2015-AC	OCTAVIO GARAY CIEZA	SALA 1
14	01727-2015-AC	NERIA H SÁNCHEZ LIMO	SALA 1

15	01728-2015-AC	SABINO VERA FERNÁNDEZ	SALA 1
16	01732-2015-AC	JOSÉ DE LA CRUZ ELÍAS BRAVO	SALA 1
17	01741-2015-AC	PELAGIA ALEJANDRO LAZO VDA DE RAMOS	SALA 1
18	01743-2015-AC	VICTORIA ARRIAGA ADRIANO	SALA 1
19	01744-2015-AC	ANTONIO JAVIER VILLEGAS SUÁREZ	SALA 1
20	01745-2015-AC	GLADYS ELIANA GOMEZ DE GONZALES	SALA 1
21	01816-2015-AC	MÁXIMO YOVERA CAMACHO	SALA 1
22	01830-2015-AC	VICTOR S ZAPATA LOPEZ	SALA 1
23	01833-2015-AC	ELOY TALANCHA BARRETO Representado(a) por HILDA POMA DE TALANCHA - ESPOSA	SALA 1
24	01854-2015-AC	ANTONIA MARCELA GERALDINE SALCEDO MURO DE QUEVEDO	SALA 1
25	01855-2015-AC	ELIAS POMA DE LA ROSA	SALA 1
26	01858-2015-AC	JULIA CAJMA VDA. DE SUCAPUCA	SALA 1
27	01871-2015-AC	JOSEFINA BRAVO DE DAVILA	SALA 1
28	01872-2015-AC	AVILIO HERRERA ECHEVARRIA	SALA 1
29	01878-2015-AC	TIMOTEO RODRIGUEZ PRIETO	SALA 1
30	02283-2015-AC	LEON TOLENTINO MELGAREJO	SALA 1
31	02551-2015-AC	CIPRIANO CAMPOS SANCHEZ	SALA 1
32	02554-2015-AC	APOLINARIA SATORNILLA PADILLA VDA.DE MEDRANO	SALA 1
33	02572-2015-AC	ANTONIA TOLEDO VDA.DE VERNACHEA	SALA 1
34	02653-2015-AC	GERARDO CHAGUA CONDOR	SALA 1
35	02654-2015-AC	FRANCISCO ZELAYA CAMPOS	SALA 1
36	02656-2015-AC	JUAN ROSALES MORALES	SALA 1
37	02657-2015-AC	FELIPE INGARUCA ARIAS	SALA 1
38	02659-2015-AC	ELOY MARCELO CAJAHUAMAN	SALA 1
39	02678-2015-AC	RAMON TAMAY CORONEL	SALA 1

40	02831-2015-AC	GILBERTO BOCANEGRA COLCHON	SALA 1
41	02835-2015-AC	JACINTA QUINTANA VDA. DE FALCON	SALA 1
42	02838-2015-AC	FORTUNATA VALVERDE VDA.DE VARGAS	SALA 1
43	02841-2015-AC	PAULINA ROJAS AYALA	SALA 1
44	02855-2015-AC	LUIS HUMBERTO AQUINO GAMBOA	SALA 1
45	03109-2015-AC	ALIX MARINA MORENO DELGADO Representado(a) por MARIA FRANCISCA DE ASIS DELGADO SIAPO - APODERADA	SALA 1
46	03232-2015-AC	SEGUNDO RIOJA RENGIFO	SALA 1
47	03242-2015-AC	MAGNA FALCON SALAZAR DE FABIAN	SALA 1
48	03748-2015-AC	ARMANDO SERVELIO CHINCHAY ABAD	SALA 1
49	03917-2015-AC	PEDRO MANUEL RODRIGUEZ MURILLO	SALA 1
50	04041-2015-AC	ENRIQUE CHACON RIOJA	SALA 1
51	04219-2015-AC	GLICERIO HERRERA PONCE	SALA 1
52	04220-2015-AC	BASILIO AGUERO CRUZ	SALA 1
53	04341-2015-AC	DAVID GAMONAL ACUÑA	SALA 1
54	04342-2015-AC	LUIS FERNANDO SANDOVAL LIMO	SALA 1
55	04395-2015-AC	FERNANDO MEZA SEDANO	SALA 1
56	04396-2015-AC	ZARELA CHAVEZ TAPIA	SALA 1
57	04427-2015-AC	JOSE FRANCISCO RODRIGO CABRERA	SALA 1
58	04492-2015-AC	JULIO TEODORO BENAVENTI DEL CASTILLO	SALA 1
59	04601-2015-AC	JOSE VALENTIN FLORES GILES	SALA 1
60	04603-2015-AC	NICOLAS YANAYACO CUNYA	SALA 1
61	04604-2015-AC	MANUEL LLONTOP SIESQUEN	SALA 1
62	04629-2015-AC	ADAN TEODORO CORREA OLANO	SALA 1

63	04823-2015-AC	RUFINO PUICON CHAYAN	SALA 1
64	04826-2015-AC	MANUEL CONCEPCION ALVARADO CRUZADO	SALA 1
65	04828-2015-AC	ALEJANDRO OCHOA MARQUINA	SALA 1
66	05070-2015-AC	RODRIGO PAIVA SEMINARIO	SALA 1
67	05111-2015-AC	MARIO LINARES RUIZ	SALA 1
68	05236-2015-AC	NESTOR GUMERCINDO VILLEGAS REYES	SALA 1
69	05239-2015-AC	BENEDICTA ELENA CHANG DE MARTINEZ	SALA 1
70	05242-2015-AC	NELSON HUMBERTO MENDOZA PITA	SALA 1
71	05351-2015-AC	CESAR OLAYA VARGAS	SALA 1
72	05353-2015-AC	AUGUSTO SANCHEZ APONTE	SALA 1
73	05477-2015-AC	MIGUEL VASQUEZ VALLEJOS	SALA 1
74	05478-2015-AC	JOSE MERCEDES BANCES ZEÑA	SALA 1
75	05480-2015-AC	MARCELINO SAUCEDO SERNAQUE	SALA 1
76	05492-2015-AC	VICENTE FERREYRE CARRASCO HUANCAYO	SALA 1
77	05536-2015-AC	CARLOS ALBERTO ANGELES CHAVESTA	SALA 1
78	05565-2015-AC	MARIO OSWALDO SAAVEDRA YOSHIDA	SALA 1
79	05573-2015-AC	MANUEL SILVA PAICO	SALA 1
80	05599-2015-AC	ELISEO DELGADO HERRERA	SALA 1
81	05702-2015-AC	FLORENTINO YESQUEN YMAN	SALA 1
82	05750-2015-AC	MARIANA CHAVEZ DE REQUEJO	SALA 1
83	05758-2015-AC	ALFONSO VASQUEZ MENA	SALA 1
84	05877-2015-AC	CRISTOBAL CHERO NIZAMA	SALA 1
85	05910-2015-AC	FRANCISCO MIRANDA PERALTA	SALA 1
86	05926-2015-AC	BENJAMIN CESAR MAN HERRERA	SALA 1
87	05929-2015-AC	JOSE GREGORIO CHAMBERGO SUAREZ	SALA 1
88	05931-2015-AC	SEBASTIAN RODRIGUEZ CUMPA	SALA 1

89	05933-2015-AC	NELIDA HEREDIA CASTRO	SALA 1
90	05959-2015-AC	MERCEDES PAICO VILCHEZ	SALA 1
91	05969-2015-AC	TOMASA BERNAL CASTRO	SALA 1
92	06009-2015-AC	DOMINGO PASCUAL BLAS REYES	SALA 1
93	06038-2015-AC	EDUARDO VEGA ROJAS	SALA 1
94	06041-2015-AC	MANUEL SOSA ACEDO	SALA 1
95	06053-2015-AC	MARIA MAGDALENA SANTA MARIA CHIMBOR	SALA 1
96	06095-2015-AC	FLORMIRA CAMPOS DIAZ VDA.DE HUANAMBAL	SALA 1
97	06096-2015-AC	FRANCISCA OBDULIA PLASENCIA QUISPE	SALA 1
98	06099-2015-AC	MARIA ARMINDA CHUNGA VERA	SALA 1
99	06102-2015-AC	SERGIO CUBAS VALDERRAMA	SALA 1
100	06104-2015-AC	CELSO VALLADOLID VILCHEZ	SALA 1
101	06107-2015-AC	JOSE SANTOS ALARCON SANCHEZ	SALA 1
102	06121-2015-AC	HILDA MIO VDA DE AGURTO	SALA 1
103	06142-2015-AC	ANTOLIN MAXIMO SUAREZ BUTRON Y OTROS	SALA 1
104	06151-2015-AC	MATEO CRUZ GARCIA	SALA 1
105	06172-2015-AC	EDELMIRO GOICOCHEA ALTAMIRANO	SALA 1
106	06177-2015-AC	LILIAN MARINA BARTUREN ORREGO	SALA 1
107	06179-2015-AC	JUSTO CESAR ROJAS ESPINOZA	SALA 1
108	06184-2015-AC	JUAN ROJAS URIARTE	SALA 1
109	06206-2015-AC	JAIME GARCIA MARTINEZ	SALA 1
110	06279-2015-AC	GLICERIO CONDOR CAMPOS	SALA 1
111	06351-2015-AC	MATEO QUISPE MAMANI	SALA 1
112	06352-2015-AC	DANIEL CARRANZA RAMIREZ	SALA 1
113	00156-2015-AC	ESTEBAN ESPINOZA VICENTE	SALA 2
114	00655-2015-AC	JORGE MORALES ARTICA	SALA 2
115	00687-2015-AC	JULIA JULCA DE RIVERA	SALA 2
116	00689-2015-AC	RAÚL PEREZ CHAHUA	SALA 2

117	00730-2015-AC	CARMINA HUERTO SUDARIO DE ROJAS	SALA 2
118	00955-2015-AC	SIMEON EUGENIO ZAVALLOS PAJUELO	SALA 2
119	00959-2015-AC	JUANA ESPINOZA DE MARCELO	SALA 2
120	01742-2015-AC	JOSÉ FRANCISCO SUCLUPE PISCOYA	SALA 2
121	01825-2015-AC	JORGE CHAHUA LOPEZ	SALA 2
122	01832-2015-AC	SANTOS SIGUEÑAS CESPEDES	SALA 2
123	01834-2015-AC	ABRAHAM VACILIO MAYANGA JUAREZ	SALA 2
124	01837-2015-AC	CECILIO CHAVEZ SÁNCHEZ	SALA 2
125	01838-2015-AC	DEMETRIO HERRERA SANTOS	SALA 2
126	01860-2015-AC	JULIAN NAVARRO VEGA	SALA 2
127	01863-2015-AC	TEODOLINDA PABLO VDA.DE CAQUI	SALA 2
128	02215-2015-AC	LIBERATA CHAVEZ VDA. DE LOPEZ	SALA 2
129	02281-2015-AC	SEBASTIAN HERMENEGILDO ROSAS CORDOVA	SALA 2
130	02282-2015-AC	VICENTA VILLOGAS MONAGO	SALA 2
131	02573-2015-AC	EDWIN OLMEDO OCHOA NUÑEZ	SALA 2
132	02658-2015-AC	COSME LEONCIO MANDUJANO PORRAS	SALA 2
133	02660-2015-AC	ANTONIA VERA AGUILAR VDA. DE SOLANO	SALA 2
134	02853-2015-AC	DIONICIO LOPEZ DELGADO	SALA 2
135	02861-2015-AC	VICTOR RAUL PALACIOS MADRID	SALA 2
136	02867-2015-AC	LORENZO SANDOVAL INOÑAN	SALA 2
137	02995-2015-AC	CESAR AUGUSTO ROMERO CASTILLO	SALA 2
138	03108-2015-AC	ANGELICA TORRES SAAVEDRA	SALA 2
139	03226-2015-AC	MARIA ELIZABETH BARON DE VILLACRES	SALA 2
140	03305-2015-AC	JUAN MANUEL SALCEDO MURO	SALA 2

141	03453-2015-AC	ZOSIMO PICOY PAUCAR	SALA 2
142	03936-2015-AC	GREGORIO YALICO FLORES	SALA 2
143	03969-2015-AC	CASILDO MARTINEZ CUADROS	SALA 2
144	04106-2015-AC	PAULA CAYOTOPA DE MEJIA	SALA 2
145	04191-2015-AC	REYNA GALLO MENDOZA	SALA 2
146	04193-2015-AC	AURORA NANCY GUERRERO ESPINOZA	SALA 2
147	04200-2015-AC	LEONA ARAGON VERGARA	SALA 2
148	04397-2015-AC	JOSE DIAZ SANCHEZ	SALA 2
149	04431-2015-AC	DION ARTURO FARFAN ORREGO	SALA 2
150	04530-2015-AC	LAUREANO RAMIREZ FUENTES	SALA 2
151	04532-2015-AC	OSWALDO PERALTA CERDAN	SALA 2
152	04533-2015-AC	MERCEDES GABRIELA MARTINEZ SILVA DE YTURRIA	SALA 2
153	04568-2015-AC	VALENTIN PRIMO ORDOÑEZ	SALA 2
154	04573-2015-AC	SEGUNDO JESUS BAUTISTA MORETO	SALA 2
155	04602-2015-AC	ELBER DIAZ CHIROQUE	SALA 2
156	04605-2015-AC	ELISEO BACILIO RODRIGUEZ VASQUEZ	SALA 2
157	04607-2015-AC	ADOLFO CORONEL DAVILA	SALA 2
158	04630-2015-AC	RUBI ESTHER CHAPOÑAN GUERRA	SALA 2
159	04819-2015-AC	RENE MAURIOLA VDA.DE SANCHEZ	SALA 2
160	04821-2015-AC	MANUEL LEDINSON SAAVEDRA POZADA	SALA 2
161	04822-2015-AC	JOSE GREGORIO CHAMBERGO SUAREZ	SALA 2
162	04824-2015-AC	LUCIANO FIESTAS CONTRERAS	SALA 2
163	04825-2015-AC	DARIO TAPIA TAPIA	SALA 2
164	05138-2015-AC	ANGEL RICARDO LIMO OLANO	SALA 2
165	05237-2015-AC	IGNACIO LAZO RAMIRES	SALA 2
166	05238-2015-AC	TOMAS DAVILA QUIROZ	SALA 2

167	05240-2015-AC	PETRONILA ANGELES CHAFLOQUE VDA DE CASTRO	SALA 2
168	05241-2015-AC	JUANA BERZABETH VILLATE ALVARADO	SALA 2
169	05352-2015-AC	JOSE SINFUROSO MORALES CALDERON	SALA 2
170	05354-2015-AC	ANDRES AYALA SIGUEÑAS	SALA 2
171	05485-2015-AC	SEGUNDO MANUEL ANGELES DIAZ	SALA 2
172	05516-2015-AC	JULIA AGUINAGA	SALA 2
173	05540-2015-AC	TERESA MERCEDES UBILLUS DE RUIZ	SALA 2
174	05580-2015-AC	ALEJANDRO VILLEGAS TIMANA	SALA 2
175	05759-2015-AC	JORGE YAMPUFE CHUMAN	SALA 2
176	05912-2015-AC	NICOLAS BANCES CORONADO	SALA 2
177	05930-2015-AC	PABLO EDUARDO MERA MONTEZA	SALA 2
178	05971-2015-AC	RUFINO CHAFLOQUE ÑAÑAQUE	SALA 2
179	06008-2015-AC	CARLOS ANTONIO SANCHEZ SALDAÑA	SALA 2
180	06011-2015-AC	RICARDO CASTAÑEDA ESPINO	SALA 2
181	06100-2015-AC	MARTIN PERALTA NEVADO	SALA 2
182	06106-2015-AC	MANUEL BERNARDINO BARBADILLO DURAND	SALA 2
183	06120-2015-AC	MANUEL RAMOS MENDOZA	SALA 2
184	06139-2015-AC	SEGUNDO ESTEBAN ROJAS URIARTE	SALA 2
185	06178-2015-AC	JOSE DEL CARMEN MORI SOTO	SALA 2
186	06185-2015-AC	JOVINO CARRASCO TORRES	SALA 2

CASOS SUSCRITOS POR LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, APLICANDO EL DECRETO SUPREMO Nº 16-2014-EF, QUE HOY, LUEGO DE CUATRO AÑOS, SOSTIENEN QUE ES INCONSTITUCIONAL

Ingresados en 2016

N°	Expediente	Demandante	Colegiado
1	02070-2016-AC	GUILLERMO EUGENIO GARCIA Y OTROS	SALA 1
2	02823-2016-AC	TEOBALDO AGUILAR TACURE	SALA 1
3	03618-2016-AA	VICTOR HUGO GONZALEZ MERCHOR	SALA 1
4	03091-2016-AC	CESAR AUGUSTO MATICORENA MATOS	SALA 2

CASOS SUSCRITOS POR LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, APLICANDO EL DECRETO SUPREMO Nº 16-2014-EF, QUE HOY, LUEGO DE CUATRO AÑOS, SOSTIENEN QUE ES INCONSTITUCIONAL

Ingresados en 2018

N°	Expediente	Demandante	Colegiado
1	02790-2018-AC	SIMEON ENCARNACION EVANGELISTA	SALA 1
2	02887-2018-AC	MARCELA MAFALDA ROSAS REQUENA DE NUÑEZ DEL ARCO	SALA 1
3	02900-2018-AC	RICARDO PEDRO ROSALES ESTEBAN	SALA 1
4	02909-2018-AC	LUIS ALBERTO VALDEZ CARRANZA	SALA 1
5	03225-2018-AC	TARCILA GUADALUPE CAYLLAHUA ORE	SALA 1
6	02789-2018-AC	JORGE RODRIGUEZ RODRIGUEZ	SALA 2
7	02899-2018-AC	MARGARITA ANGELICA ANTICONA RIOS	SALA 2
8	03230-2018-AC	SEGUNDO URACCAHUA GOMEZ	SALA 2

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2017-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas en mérito a las razones que a continuación expongo:

I. Reflexiones generales

Uno de los objetivos centrales para todo Estado Constitucional que se precie de serlo es el de asegurar las mejores condiciones para el desarrollo del proyecto de vida para todos sus ciudadanos y ciudadanas.

Ahora bien, ese es un tema complejo de atender. La creación de fondos de solidaridad como el Fonavi es una estrategia seguir al respecto. No me corresponde aquí decir si buena o mala. Lo cierto es que se decidió en su momento devolver el dinero obtenido de una aportación obligatoria a dicho fondo. El problema a continuación será, qué duda cabe, el de cómo y cuánto se puede devolver a los y las aportantes de un fondo de solidaridad (con dinero que se hace común). Un fondo donde, además, la configuración de los aportes venía de diferentes actores, los cuales no siempre cumplían con sus obligaciones, o no lo hacían a cabalidad. Finalmente, y en tanto y en cuanto se trata de un fondo de solidaridad, resulta difícil determinar cuánto de lo aportado por cada quien le ha permitido a esa persona ser beneficiario directo o indirecto de las acciones y los recursos del fondo.

Nada me gustaría más que devolver a todos los y las fonavistas el íntegro de lo que aportaron, incluso con intereses. Pero ello, además de ser muy difícil de determinar, involucraría una labor de ejecución de sentencia individualizada y muy larga de materializar, la cual demoraría aun mucho más la atención de lo reclamado por cada fonavista. Ante ello, en su momento el Tribunal Constitucional peruano acogió una fórmula la cual no es perfecta, pero sí consagraba parámetros razonables, los cuales no despojaban a unos frente a otros, y, lo más importante, no dilataban un circuito de devolución que casi se nos presentaba como exigencia.

Nunca debe olvidarse que lo constitucional puede no ser perfecto, pero siempre será aquello que es razonable. El problema vendría más bien con lo que se plantea como

alternativa de devolución, con todo lo que aquello involucra en vulneración de derechos, frustración de proyectos de vida y tutela de la legitimidad del Estado Constitucional que decimos defender.

Y es que no se trata de invocar garantías, sino de saber configurarlas y, una vez configuradas, asegurar su ejercicio eficiente. Si una fórmula de un pago no permite dicho pago puede plantearse como garantía, pero esa supuesta garantía, en cualquier caso, siempre será insuficiente. De eso es lo que, ya con consideraciones y uso de las categorías jurídicamente más adecuadas, hablaremos de inmediato.

II. Notas sobre el contenido del proyecto de sentencia puesto en conocimiento

1. El proyecto de sentencia declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, declarando la inconstitucionalidad de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114, Ley de Presupuesto del año 2014, así como la inconstitucionalidad por conexidad del Decreto Supremo n.º 016-2014-EF.

2. La Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114 establece lo siguiente:

> Dispónese que la devolución a que se refiere la Ley 29625, comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, de acuerdo con la información del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, siendo los beneficiarios aquellos que se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2018 y que se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios que elabore la Comisión a que se refiere la Ley 29625, excluyendo a quienes, directa o indirectamente, se hubieran beneficiado con los recursos a que se refiere el Decreto Ley 22591, y sus modificatorias.
>
> El proceso de Liquidaciones de las Aportaciones y Derechos y la conformación de la Cuenta Individual de aportes por cada beneficiario, a que se refiere la Ley 29625, se efectuará en función a los periodos de aportación que se determinen para cada beneficiario por edades; correspondiendo a cada período aportado el resultado de dividir el total de los recursos a devolver entre la cantidad de beneficiarios multiplicado por el promedio de períodos aportados.
>
> La Comisión a que se refiere la Ley 29625 se aprobará semestralmente, mediante resolución, el padrón de beneficiarios, para la devolución de aportes priorizando a los mayores de 65 años o personas con discapacidad, entre 55 y 65 años de edad y los menores de 55 años de edad.

Todas las entidades públicas y privadas deberán remitir, a solo requerimiento, la información de los beneficiarios de la Ley 29625.

III. Sobre la inconstitucionalidad del primer párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114

3. La parte demandante alega la inconstitucionalidad del primer párrafo de la disposición impugnada, por vulnerar el principio de anualidad presupuestal contemplado en el artículo 77 de la Constitución, el cual establece que ''La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. (...)"

4. En ese sentido, el proyecto de sentencia declara la inconstitucionalidad de dicho párrafo al considerar que vulnera el principio de anualidad al regular una materia cuya vigencia no se circunscribe al año calendario para el que fue aprobada.

5. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en la sentencia recaída en el Expediente n.° 00012-2014-PI, publicada el 15 de diciembre de 2014, este Tribunal consideró que lo señalado en el primer párrafo de la disposición cuestionada no constituía una infracción formal de la Constitución. En esa línea de pensamiento, estableció lo siguiente:

> "13. En el presente caso, este Colegiado entiende que si bien la materia regulada en la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 no se enmarca dentro del contenido necesario ni imposible de la Ley de Presupuesto, sí lo hace dentro de su contenido eventual a modo de complemento para una ejecución eficiente del Presupuesto del Sector Público dentro del Año Fiscal 2014, y es que conforme se advierte de su redacción que delimita a los beneficiarios de la Ley 29625, los conceptos que serán devueltos, el modo de cálculo de los mismos, entre otros aspectos, dicha disposición impugnada se encuentra dirigida a autorizar una ejecución de gasto público dentro del periodo presupuestal de vigencia de la ley, por lo que su incorporación en dicha Ley de Presupuesto no constituye una infracción formal a la Constitución. Asimismo, este criterio fue implícitamente reconocido en el fundamento 28 de la STC 007-2012-PI/TC"

6. Asimismo, ello fue confirmado por el mismo Tribunal en el auto 4 de aclaración de la sentencia antes citada, publicado el 8 de enero de 2015, donde se señaló en su parte resolutiva lo siguiente:

"3. Sin perjuicio de lo ya resuelto, se precisa lo siguiente:

a. Debe pagarse de inmediato a los fonavistas ya inscritos de acuerdo a lo establecido en la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley de

Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, Ley 30114; para dichos efectos, se considerará el 31 de agosto de 2014, como parámetro objetivo considerado en dicha disposición."

7. Finalmente, es importante señalar que los fundamentos 9 y 10 del fundamento de voto que suscribí junto a la magistrada Ledesma Narváez y el magistrado Ramos Núñez en la sentencia recaída en el Expediente n.º 00012-2014-PI/TC, respaldamos lo señalado por la sentencia en torno a la constitucionalidad de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114, considerando únicamente como inconstitucional la limitación desproporcionada del registro de los beneficiarios hasta el 31 de agosto de 2014.

8. Asimismo, la presente causa retoma una discusión sobre la cual este Tribunal Constitucional ya se pronunció en más de una ocasión y que, por ende, tiene asumida una postura con la calidad de cosa juzgada.

9. Al respecto, debe tomarse en cuenta que el artículo 104, inciso 2, del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente:

   Artículo 104.- El Tribunal declarará improcedente la demanda cuando concurre alguno de los siguientes supuestos: (…)

   2) Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo (…).

10. En adición a ello, este Tribunal ha determinado que:

    '"El supuesto para la declaración liminar de improcedencia de una demanda de inconstitucionalidad está conformado por la preexistencia de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad que haya resuelto una controversia constitucional "sustancialmente igual" a la planteada en la nueva demanda. A contrario sensu, si la controversia constitucional no es "sustancialmente igual", no corresponderá la declaración de improcedencia. (Resolución 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/ TC acumulados, de fecha 28 de octubre de 2005).

11. Señalado esto, se advierte que en la presente demanda de inconstitucionalidad se está cuestionando el primer párrafo de una norma cuya constitucionalidad ya fue confirmada tanto en una sentencia como en su auto de aclaración por parte de este Tribunal. Por las razones expuestas, carece de objeto un pronunciamiento de este Tribunal en este extremo.

Sobre la inconstitucionalidad del segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114

12. En el presente caso, la parte demandante alega que, al aplicar la fórmula de determinación de aportes desarrollada en el segundo párrafo de la Septuagésima

Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114, se vulnera el principio de la cosa juzgada previsto en el artículo 139.2 de la Constitución, dado que resulta contrario a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente n.º 0012-2014-PI/TC.

13. Al respecto, el proyecto de sentencia, citando el auto 6, publicado el 29 de mayo de 2018, considera que no existe pronunciamiento alguno respecto a la fórmula de cálculo del aporte de cada fonavista. En esa línea de pensamiento, declara infundada la demanda respecto a la vulneración del principio de cosa juzgada. Asimismo, declara inconstitucional el segundo párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114, al considerar que la fórmula por ella establecida colisiona con el derecho de propiedad de los aportantes, pues no asegura que lo devuelto constituya la totalidad de las aportaciones efectuadas por los trabajadores dependientes e independientes, con su correspondiente actualización.

14. En relación a la ausencia de un pronunciamiento por parte de este Tribunal respecto al segundo párrafo de la disposición cuestionada debe tomarse en cuenta que el proyecto de sentencia, con todo respeto, ha interpretado erróneamente lo señalado ya por este Tribunal en el auto 6. Y es que, a pesar de que el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la fórmula de cálculo del aporte de cada fonavista, optó por mantenerse firme en su posición inicial respecto a la constitucionalidad de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114, la cual fue declarada de forma íntegra. En ese sentido, puede advertirse que la sentencia recaída en el Expediente n.° 0012-2014-PI no se limitó a declarar constitucional únicamente el primer párrafo de la disposición cuestionada, sino todo su contenido, por lo que optar por una interpretación distinta sería contraria a lo señalado en una sentencia y confirmado por un auto posterior del Tribunal.

15. Por lo tanto, considero que, al ya haber declarado este Tribunal la constitucionalidad de la disposición cuestionada en su totalidad, carece de objeto un pronunciamiento respecto a la fórmula de cálculo del aporte de cada fonavista contenida en su segundo párrafo.

16. Asimismo, debo precisar lo señalado en el fundamento 50 del proyecto de sentencia, en la medida que allí se declara infundada la demanda respecto a la vulneración de la cosa juzgada, pues se considera que no existe pronunciamiento previo respecto al segundo párrafo de la disposición cuestionada. En relación con

ello, coincido con el sentido de lo resuelto frente a dicha pretensión, pero no en base a que no se ha configurado cosa juzgada, sino en mérito a que la parte demandante no ha interpretado correctamente lo señalado anteriormente por este Tribunal respecto a la constitucionalidad de la fórmula de cálculo del aporte de cada fonavista.

Sobre la inconstitucionalidad por conexidad del Decreto Supremo 016-2014-EF

17. El proyecto de sentencia considera que al haber sido declarado inconstitucional el segundo párrafo de la disposición cuestionada y al ser el Decreto Supremo n.º 016-2014-EF la norma reglamentaria que permite la materialización de lo dispuesto por ella, debe declararse esta última como inconstitucional por conexidad.

18. Al respecto, queda claro que, luego de haber podido determinar que no es posible declarar la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, no tiene sentido alguno el declarar la inconstitucionalidad por conexidad del Decreto Supremo 016-2014-EF. En todo caso, aquello que corresponde es que dicha norma reglamentaria sea cuestionada a través del proceso de acción popular, tal como se señaló en el auto 5, de fecha 21 de mayo de 2015.

Interpretación conforme a la Constitución y respeto a las competencias ajenas

19. Las normas producidas por los diversos organismos existentes en un ordenamiento jurídico gozan, en principio, de una presunción iuris tantum a su favor, por la cual éstas se reputan constitucionales, salvo que se demuestre una inconstitucionalidad abierta. Entonces, y de materializarse este ùltimo caso, los jueces deben adoptar una interpretación que concuerde con el texto constitucional, criterio reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 00020-2003-AI, f. j. 33, entre otras).

20. Lo anterior, ciertamente, debe tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico (comenzando por la Constitución) se encuentra "convencionalizado", lo cual implica que este debe ser entendido y aplicado conforme a lo previsto en los tratados sobre Derechos Humanos. En este sentido, la "presunción de constitucionalidad" solo puede entenderse en el contexto de una "Constitución convencionalizada". Es màs, y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional desde el caso Profa, en la labor del juez(a) constitucional peruano no puede escindirse una interpretación conforme a la Constitución de una interpretación de acuerdo con parámetros convencionales.

21. Ahora bien, esta "presunción de constitucionalidad" a favor de la legislación regular implica, como consecuencia natural, la obligación dirigida a los jueces constitucionales de interpretar las disposiciones, en la medida de lo posible, de tal

modo que se preserve la constitucionalidad de la norma. Así, entre varios sentidos interpretativos posibles que pueden atribuirse a una disposición legal, los jueces o juezas constitucionales, en un caso concreto, tendrán que optar por aquel sentido que mantenga la norma dentro del cauce constitucional.

22. En sentido inverso, debe afirmarse también que una ley o un acto estatal cuestionado que pueda interpretarse de conformidad con la Constitución no debe ser declarado inconstitucional, sino que, por el contrario, más bien recae en la judicatura constitucional el deber de mantener su vigencia, sin perjuicio de que pudieran existir otras medidas que también satisfagan los bienes constitucionales involucrados, incluso de manera más intensa.

23. En este sentido, en el marco de lo "constitucionalmente posible" los agentes estatales pueden concretar, de distintas formas, las normas, actuaciones o políticas públicas que juzguen pertinente establecer y, en ese contexto (es decir, dentro de lo constitucionalmente admisible), no le corresponde a los jueces o las juezas constitucionales corregir ni cuestionar la actuación o legislación emanada de los poderes públicos, si la misma puede ser comprendida dentro de parámetros constitucionales, pues no le corresponde a la judicatura imponer su propia visión sobre lo política o técnicamente pertinente.

24. De manera más clara, el control que le corresponde realizar a la judicatura constitucional está dirigido, en lo esencial, a declarar y revertir aquellas trasgresiones directamente relacionadas con lo "constitucionalmente necesario" (u obligatorio) y a lo "constitucionalmente imposible" (o prohibido). En este sentido, y a pesar de que una legislación o medida política pudiera ser optimizada o perfeccionada a consideración de los jueces, ello no podría ser objeto de control por parte de la judicatura constitucional, pues lo que realmente nos corresponde evaluar a los jueces o juezas constitucionales es si se ha producido una trasgresión a la Norma fundamental (cuya comprensión y alcances, desde luego, no puede ser solo formal).

25. Vivimos en un contexto de pluralidad de intérpretes donde el papel del juez constitucional es el de intérprete de cierre, más no excluyente o exclusivo. Es más, al juez o jueza constitucional no le queda más que respetar aquella interpretación con la cual probablemente no coincida, pero que si pueda ser comprendida como conforme a la constitución. Ahora bien, aquello no quiere decir que un juez(a) o un tribunal constitucional pueda sin más desentenderse de sus anteriores interpretaciones sobre un mismo tema.

26. Siendo así, en el presente caso es necesario señalar que, en adición a que ya existen pronunciamientos anteriores de este Tribunal en los cuales se ha desestimado lo

pretendido en este proceso de inconstitucionalidad, en función a cómo comprender lo regulado por la ley cuestionada, Ley n.° 30144. Ello, sin perjuicio de cualquier discrepancia técnica o política con su contenido, siempre y cuando, se encuentre dentro del orden marco que establece la Constitución, y por ende, no puede ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Lo contrario, es necesario expresarlo con claridad, sería contrario tanto al principio de separación y distribución de funciones, como al criterio de interpretación constitucional denominado de "corrección funcional".

Sobre la previsión de consecuencias

27. Al realizar interpretación constitucional el Tribunal Constitucional debe observar una serie de criterios que se han ido incorporando a su jurisprudencia desde el derecho comparado o la doctrina y que permiten a este Tribunal generar respuestas que no se limiten a admitir o denegar la compatibilidad de una norma con el parámetro constitucional o convencional.

28. Esta labor es aún más importante en tanto el Tribunal Constitucional asume el rol de un intérprete constitucional de cierre en nuestro ordenamiento, es decir, que ante varios intérpretes calificados de la Constitución (el Congreso de la República, los jueces del Poder Judicial, entre otros), corresponde a este Tribunal concluir un público por cierto muy enriquecedor, pero que no puede estar abierto indefinidamente, pues así pondría en riesgo la seguridad jurídica.

29. Es por ello que uno de los criterios para la interpretación constitucional que resulta de mayor utilidad es el de la previsión de consecuencias o circunstancias. Dicho criterio obliga al juez constitucional a tomar en cuenta las múltiples situaciones y relaciones jurídicas, así como expectativas en lo social, político o económico que puede generar, modificar o cerrar una interpretación de la Constitución o conforme a dicha Constitución. Sin embargo, como se ha señalado en la doctrina "[e]sto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de estos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en si misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar provisiones futuras al momento de resolver, no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución."[1]

30. En esa misma línea, dicha previsión puede configurarse como un mecanismo de opción o como uno de inaplicación.[2] En el primer caso, cuando entre un número

1 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema" En: Pensamiento Constitucional Vol 1, N° 1. p. 31

2 SAGÜÉS, Néstor. "Control judicial de constitucionalidad legalidad vs. previsibilidad" Disponible en: https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/53/NESTOR%20SAGUES%20CONTROL%20JUDICIAL%20INCONSTITUCIONALIDAD.pdf.

de interpretaciones constitucionalmente posibles se elige una que sea previsora de las consecuencias; o bien como un mecanismo de inaplicación, en el que la aplicación de una norma sea nociva y la previsión lleve a una inaplicación en atención al parámetro constitucional o convencional aplicable al caso.

31. Ahora bien, este criterio ha tenido recepción en casos de todo tipo resueltos por este Tribunal. Si bien en algunos casos no se ha mencionado expresamente, podemos encontrar que tienen como elemento común la trascendencia de las decisiones adoptadas y en muchos de ellos, la potencialidad que existía al momento de la decisión de que esta tuviera efectos perniciosos de no ser correctamente aplicada. Es con esta justificación que este Tribunal ha utilizado técnicas como la de la *vacatio sententiae*, evitando así una declaración de inconstitucionalidad con efecto inmediato, precisamente en atención a las consecuencias o circunstancias.

32. En el caso que nos ocupa, no debe dejar de observarse el contexto jurídico que va más allá de este reclamo en especial y que se proyecta a diversos problema constitucionales que se han suscitado en torno al Fonavi, como fueron la definición de la naturaleza jurídica de los aportes (03283-2007-PA/TC); los límites temporales para la inclusión de beneficiarios (00012-2014-PI/TC); o la definición sobre si la devolución abarca todas las contribuciones hechas la fondo (00012-2014-PI/TC). En todos aquellos casos el Tribunal Constitucional, al margen de quienes fueran los(as) magistrados(as) participantes, ha buscado dar una conclusión razonable a este reclamo atendiendo los derechos vulnerados de los aportantes.

33. En este momento, más bien, y en aplicación del criterio de previsión de consecuencias, cabe, más bien, preguntarse si una nueva revisión de decisiones ya tomadas en su momento puede ser más perniciosa que el resultado ya obtenido. En otras palabras, si una revisión de la fórmula adoptada no genera más bien una expectativa y una situación de incertidumbre jurídica que puede retrasar considerablemente el cobro por parte de los beneficiarios. Ello en vista de que los cálculos que tendrían que realizarse y la labor probatoria para llegar a montos concretos podría tardar considerablemente. La interpretación constitucional debe tener presente cuáles son los resultados que produce la alternativa por la cual se opta y que repercusiones genera, buscando así evitar, tal como señala el refrán popular, "que el remedio sea peor que la enfermedad".

34. Esta preocupación no es por cierto una materia desconocido para la mayoría de este Tribunal, razón por la cual se ha dispuesto aquí también una *vacatio sententiae*. Sin perjuicio de ese esfuerzo, considero que el mismo es insuficiente, y desafortunadamente no va a bastar para morigerar los efectos que puede producir esta sentencia en los términos que se ha aprobado.

35. En atención a lo expuesto, debe declararse INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 0008-2018-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por cinco mil trescientos veintitrés ciudadanos contra la Ley 30305. El Tribunal declaró infundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de octubre del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 31 de octubre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda motivada por los recurrentes contra la Ley 30305. Alegaron que la modificación del artículo 194 introduce un cambio sustancial en la Constitución al instaurar un mandato prohibitivo en materia de reelección de alcaldes.

En ese sentido, el cuestionamiento de los recurrentes se refiere al tercer párrafo del artículo 194, modificado por el Artículo Único de la Ley 30305, en cuanto establece que "No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones".

La sentencia recoge lo señalado por la Comisión de Venecia, en el aspecto que la limitación del derecho de sufragio que imponen los límites a la reelección persigue fines legítimos, y está consagrada en la Constitución y debe considerarse como una "limitación implícita" que es objetiva y razonable, dentro del margen de apreciación de los Estados. De ello, se desprende que los límites a la reelección no restringen indebidamente los derechos humanos y políticos de los electores, sino que pueden contribuir a la promoción de esos derechos.

Además este Tribunal afirmó que carece de competencia para determinar si resulta conveniente la admisión de la reelección inmediata de los alcaldes, o su eliminación por cuanto no puede basar su decisión en razones de oportunidad. No le compete determinar si una medida o la otra resulta más eficiente para alcanzar determinado estado de cosas deseables.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia señala que el Estado peruano se identifica con la forma republicana de gobierno, con el Estado unitario descentralizado, con

la separación de poderes, entre otros principios rectores que se hicieron referencia en ella. Por consiguiente, se afirma que estos principios no se ven vulnerados con la reforma del tercer párrafo del artículo 194 de nuestra Constitución, el cual introduce la ley de reforma constitucional impugnada, por lo que no contraviene parámetros centrales dentro de la configuración de nuestra Constitución, tanto a nivel de competencias como de procedimientos o contenidos.

Temas Claves: Derecho a la representación — derecho al sufragio — no reelección.

PLENO JURSDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4 de octubre de 2018

Caso Ley de Reforma Constitucional sobre la no Reelección de alcaldes

Más de 5000 Ciudadanos

C.

Congreso De La República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30305, que modifica el artículo 194 de la Constitución y establece la no reelección inmediata de alcaldes

Magistrados firmantes:

SS

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES 251

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL 251

B. DEBATE CONSTITUCIONAL 251

B-1. DEMANDA 251

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 253

C. DISPOSICION IMPUGNADA

II. FUNDAMENTOS

1. LA NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS IMPLICANCIAS DE ESTE CASO EN PARTICULAR

2. LA REFORMA COSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES

3. EL MARGEN DE ACCIÓN EN TÉRMINOS INTERPRETATIVOS DE ESTE TRIBUNAL

4. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30305, LA CUAL PROHÍBE LA REEELECCIÓN INMEDIATA DE LOS ALCALDES.

III. FALLO

PLENO JURSDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 12 de abril de 2018, cinco mil trescientos veintitrés ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30305, que, modificando el artículo 194 de la Constitución, establece la no reelección inmediata para alcaldes.

Por su parte, con fecha 23 de julio de 2018, el apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los ciudadanos y el Congreso de la República presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación.

B-1. DEMANDA

- Los demandantes alegan que la norma cuestionada introduce un cambio sustancial en la Constitución al instaurar un mandato prohibitivo en materia de reelección de alcaldes. Sostienen que, lo que antes era cotidiano, a partir de la reforma pasa a encontrarse prohibido.
- Alegan en la demanda que, de las actas de la sesión parlamentaria respectiva, se desprende que la principal preocupación del legislador se circunscribía a evitar

que el fenómeno de la corrupción continúe expandiéndose. Así, se consideró que la mejor manera de poner coto definitivo a la corrupción era cerrar las puertas a la reelección de alcaldes.

- Los ciudadanos recurrentes afirman que la norma cuestionada tiene como objeto luchar contra la corrupción; sin embargo, la medida no resiste un mínimo análisis de proporcionalidad puesto que no resulta idónea para alcanzar la finalidad que pretende.
- Los demandantes ponen de relieve que no existe una relación directa entre reelección y corrupción. Señalan, además, que para que una medida sea idónea tiene que servir a los propósitos de uno o varios bienes constitucionales. Y si bien la lucha contra la corrupción es un bien jurídico relevante que debe ser impulsado, no resulta evidente que con la prohibición de la reelección de alcaldes se esté garantizando, en absoluto, la proscripción de actos corruptos.
- Alegan, por otra parte, que para eludir la finalidad preventiva de la medida bastaría con que un alcalde corrupto postule a cualquier otro cargo distinto (como, por ejemplo, primer regidor), desde donde podría mantener inalterable el esquema de corrupción. Así, la reforma constitucional impugnada pretende hacer creer que la corrupción solo se evita si es que se interrumpe la línea de continuidad en el cargo, cuando los actos de corrupción pueden ocurrir desde el primer día en el que ejerza la función de alcalde.

- Además, alegan que una medida puede ser considerada necesaria cuando es el único camino posible a seguir o cuando, existiendo varios caminos alternativos, el escogido por la ley es el menos gravoso o aflictivo posible.
- Los ciudadanos demandantes afirman que en el presente caso, el fin de luchar contra la corrupción puede ser alcanzado sin necesidad de prohibir la reelección. Y es que existen otras medidas mucho menos aflictivas y perfectamente compatibles con la Constitución. Por ejemplo, medidas a ser implementadas antes de la postulación a la alcaldía, así como después de haber asumido el cargo de alcalde: se podría fortalecer el rol preventivo de la Contraloría, así como las funciones del Ministerio Público y del Poder Judicial.
- Y es que de nada vale limitar los derechos participativos, como se está haciendo con esta ley de reforma constitucional, si los organismos especializados en materia de fiscalización no cuentan con las suficientes herramientas de control. Aunado a ello, cabría revisar la escala de sanciones que, en el plano penal y político, deben ser fomentadas de manera mucho más clara, puesto que si el corrupto siente que la ley no le alcanza o que las penas no desincentivan los actos de corrupción, es poco o nada lo que puede esperar de la lucha contra la corrupción.

- La norma impugnada limita los derechos participativos truncando de plano las aspiraciones de quienes legítimamente buscan hacer una carrera política con vocación de continuidad, sin que aparezca una relación objetiva y directa entre los actos de corrupción y la reelección en los cargos. De hecho, se afirma en la demanda que si tal presunción estuviera en lo correcto, todos los alcaldes reelectos hubieran sido condenados por corruptos, lo que no ha ocurrido.
- Los demandantes concluyen que, de acuerdo a lo expuesto, resulta evidente que la reforma constitucional no supera el test de proporcionalidad.
- Por último, los ciudadanos recurrentes advierten que no es posible establecer una analogía entre las razones que justifican prohibir la reelección del presidente de la república con las que inspiran tal limitación en el caso de los alcaldes.
- El de presidente es un cargo esencialmente político y tiene potestades altamente discrecionales, además de representar a la nación, mientras que los alcaldes tienen una función de naturaleza técnica pues administran los servicios directos e inmediatos que se brindan a la comunidad.
- En tal sentido, afirman que prohibir la reelección presidencial tiene pleno sentido y resulta adecuado a los parámetros de la forma republicana de Gobierno y al principio de alternancia. No ocurre lo mismo para el caso de los alcaldes que cumplen con una función vecinal. Ello refleja que el legislador no ha comprendido las diferencias históricas entre lo que representa el gobierno central por un lado y los gobiernos locales por el otro.
- En suma, los ciudadanos demandantes afirman que la ley de reforma constitucional no supera ninguno de los subprincipios que componen el test de proporcionalidad, por lo que la norma impugnada debe ser declarada inconstitucional.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado especial del Congreso de la República contestó la demanda en representación del Congreso de la República, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, con base en los siguientes argumentos:

- Sostiene que el demandante yerra al sostener que la promulgación de la ley impugnada tiene como única finalidad la lucha contra la corrupción. Añade que, en todo caso, el actor no expresa el vicio en virtud del cual este Tribunal debería realizar el control de constitucionalidad.
- El apoderado del Congreso de la República alega que en la demanda no se ha evidenciado vicio alguno que afecte el procedimiento de aprobación y promulgación de la ley de reforma constitucional impugnada.

- Se afirma que el demandante no ha realizado correctamente el test de proporcionalidad y que corresponde adecuarlo a la jurisprudencia de este órgano de control de la Constitución.
- Alega el demandado que la prohibición de reelección inmediata de los alcaldes permitirá fortalecer la institucionalidad democrática de los gobiernos locales, librándolos de proyectos políticos individualistas y caudillistas que debiliten su gobernabilidad.
- En el mismo añade que la medida reporta un beneficio cuantitativo porque previene y evita el uso de recursos públicos con fines reeleccionistas que, en última instancia, podrían configurar conductas ilícitas.
- Concluye que la medida resulta idónea para fines constitucionalmente legítimos como la consolidación del sistema de partidos en el ámbito de los gobiernos locales.
- En relación con el subprincipio de necesidad, el apoderado del Congreso de la República destaca que la medida favorece una administración transparente y eficiente eliminando un ámbito donde se presentan conflictos de intereses.

- La contestación de la demanda alude a la proporcionalidad en sentido estricto y menciona que se recurre a una escala tríadica para valorar las intensidades de la restricción del principio intervenido y la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, pero no realiza ninguna aplicación de este al caso concreto.
- Se alega, además, que no se vulnera el derecho de participación política de los alcaldes por cuanto no existe aplicación retroactiva de la ley y no se recorta su mandato.
- Apoderado del Congreso de la República aporta además legislación comparada en la que se evidencia que Colombia, Chile cuentan con Tribunales y Cortes Constitucionales con competencia para controlar la constitucionalidad de las normas legales. Adicionalmente se cita los casos de Italia y España cuyas constituciones prevén límites a la reforma constitucional.
- Anota que, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Italiana, "No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana". Añade que el artículo 169 de la Constitución Española dispone que "No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados de excepción".
- Se infiere de la cita de la Constitución italiana que existen determinados aspectos de la Constitución que no pueden ser reformados, es decir, que constituyen topes

al poder reformador del constituyente derivado y que las reformas que desnaturalicen la constitución pueden ser controladas por el Tribunal Constitucional.

C. DISPOSICION IMPUGNADA

En la demanda se cuestiona el Artículo Único de la Ley 30305, Ley de Reforma de los artículos 191, 194 y 203 de la Constitución Política del Perú sobre denominación y no reelección inmediata de autoridades de los gobiernos regionales y de los alcaldes, publicada el 10 marzo 2015.

El texto de la disposición impugnada es el 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.
>
> La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.
>
> Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones. Su mandato es revocable, conforme a ley. El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.
>
> Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista, Gobernador o Vicegobernador del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva."

II. FUNDAMENTOS

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 30305, que modifica el artículo 194 de la Constitución introduciendo la prohibición de la reelección inmediata de los alcaldes.

2. A fin de resolver la controversia planteada, corresponde comenzar analizando la naturaleza de la Constitución, las particularidades y límites del proceso de reforma y la naturaleza del control que se puede efectuar al respecto.

§ 1. LA NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS IMPLICANCIAS EN ESTE CASO EN PARTICULAR

3. Corresponde comenzar advirtiendo que la Constitución es una norma jurídico-política sui generis. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no solo se

sostiene en su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene y de la función que está llamada a cumplir.

4. Una de las formas en que se expresa esa singularidad tiene que ver con su doble naturaleza, ya que es, por un lado, una norma política que organiza los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico que es encarnación de los valores comunitarios.

5. Pero, de otro lado, también la Constitución es, simultáneamente, una norma jurídica en la medida que es fuente directa y primordial del Derecho y también fuente de las demás fuentes en la medida que ordena el modo de producción jurídica.

6. Por otra parte, la Constitución es el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que, una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares deben guardarle lealtad y fidelidad.

7. Cuando una norma entra en conflicto con la Constitución, se abre la posibilidad de declararla inválida, independientemente de su origen, con el alcance que el mismo ordenamiento constitucional ha previsto.

§ 2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES

8. El artículo 206 de la Constitución regula el ejercicio de su poder de reforma, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que una reforma constitucional deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum; o que se puede omitir el referéndum, siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

9. Efectivamente, la citada disposición constitucional introduce la posibilidad de llevar a cabo la reforma constitucional, pero como se trata de un poder derivado de la Constitución (poder constituyente constituido), se encuentra reglado y, en consecuencia, la legitimidad de la reforma constitucional dependerá de que se siga lo formal y materialmente establecido en la propia carta.

10. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto al respecto lo siguiente:

> "La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior" [Sentencia 0050-2004- PI/TC y acumulados, fundamento 18].

11. Corresponde advertir que el artículo 206 de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos. De un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, por otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.

12. Los límites formales se refieren, entonces, a la determinación de qué entidad puede realizar la reforma, qué procedimiento debe seguir para ello y si es que se debe plantear un referéndum que confirme o no la reforma.

13. Sin embargo, los topes que encuentra el constituyente derivado o reformador no son solo formales, (relacionados con el procedimiento que debe seguirse o con la autoridad competente para pronunciarse y plasmar la reforma), sino que incluye también algunos límites materiales.

14. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto al respecto lo siguiente:

> "El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución" [Sentencia 0014-2002- PI/TC, fundamento 71].

15. Desde la Sentencia 0014-2002-AI/TC, este Tribunal tiene resuelto que, si bien las leyes de reforma constitucional no están previstas en el artículo 200, inciso 4, de la Constitución, el Tribunal es competente para evaluar su constitucionalidad ya que tales reformas son introducidas al ordenamiento constitucional mediante leyes emitidas por un órgano constituido (fundamento 35).

16. En todo caso, los límites materiales a los que venimos haciendo referencia están referidos a los contenidos de la Constitución; "a la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional inmunes a toda posibilidad de reforma" (Sentencia 0014-2002-AI/TC, fundamento 74).

17. La doctrina sobre la materia ha identificado que los límites materiales pueden manifestarse de manera expresa o de manera implícita. Los límites materiales expresos están enunciados en el propio texto constitucional, estableciéndose una prohibición expresa de reforma constitucional sobre determinados contenidos o

principios nucleares del ordenamiento constitucional, como pone de relieve la parte demandada en su escrito de contestación.

18. De otro lado, los límites materiales implícitos hacen referencia a aquellos principios supremos que, sin haber sido establecidos expresamente, no pueden ser modificados por reforma constitucional por conformar el núcleo mismo de los elementos que identifican al texto constitucional. Estos son la dignidad del ser humano, la soberanía del pueblo, el carácter democrático del Estado, el modelo unitario y descentralizado o la forma republicana de gobierno, entre otros que se refieren a la identidad de la Constitución (Sentencia 0014-2002-AI/TC, fundamento 76).

19. Este no ha sido un criterio aislado. En la Sentencia 0050-2004-PI/TC y acumulados, se reiteró que el Tribunal Constitucional era el principal garante de la Constitución, encontrándose a cargo de velar la Norma Suprema, inclusive contra leyes de reforma constitucional que puedan "atentar contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional" (fundamento 3).

20. Sobre los valores materiales implícitos, este Tribunal estableció en el mencionado en el fundamento anterior de este mismo texto caso que el Congreso de la República no puede reformar la Constitución para sustituir el "sistema democrático de gobierno, […] el régimen 'representativo', […] la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno" en virtud a los artículos 1, 3, 43, y 58 de la Constitución (Sentencia 0050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 35).

21. Es decir que este Tribunal, en su jurisprudencia, ya ha puesto de relieve que el principio de alternancia del Gobierno constituye una pauta medular de la Constitución vigente y a cuyo tenor deberá evaluarse la disposición impugnada en autos.

22. Por otra parte, se ha establecido también que los límites materiales están conformados por los valores esenciales de la Constitución, que son el principio de dignidad de la persona, la forma republicana de gobierno, el Estado democrático de derecho y el poder soberano del pueblo (Sentencia 0024-2005-PI/TC, fundamento 12).

23. A modo de síntesis de todo lo hasta aquí señalado, la Constitución, norma de características y alcances particulares es, entre otros factores, parámetro de validez formal y material del ordenamiento jurídico de un Estado en particular, y además, pauta que configura los alcances del quehacer político, económico y social

y cultural en un Estado Constitucional que se precie de serlo. Una consecuencia de esta constatación es el fenómeno que algunos llaman "constitucionalización de la política", el cual justifica plenamente la posibilidad de ejercer interpretación conforme a la Constitución y control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales que se hayan podido aprobar.

24. Y es que no debe perderse de vista que si bien la actividad política y la actividad jurídica son distintas y responden a lógicas diferentes, en un Estado Constitucional el quehacer político (e incluso aquel que se materializa en el ejercicio del poder constituyente reformados) no puede darse al margen de los parámetros previstas en la Constitución de dicho Estado, sea en la lectura literal, sistemática o convencionalizado del Texto Constitucional

25. Esta obligación de asegurar que el quehacer político se desarrollo dentro de parámetros constitucionales no implica, como podrían temor algunos, una "politización de la justicia". Todo lo contrario. Involucra que los jueces y juezas constitucionales garantizan así a cabalidad su rol como responsables de concretizar los diferentes preceptos, disposiciones, principios, valores y derechos contemplados en un texto constitucional (o que se desprenden de él o de su lectura convencionalizada) máxime frente a actividades donde, por su propia dinámica, la amenaza de vulneración o la misma vulneración de la limitación de poderes o de algunos derechos fundamentales (elementos centrales de toda actual Constitución y del constitucionalismo contemporáneo) es un riesgo innegable.

26. Consecuencia lógica de lo recientemente planteado es que no haya actividad política exenta de control de constitucionalidad. En el Derecho Comparado, como es de conocimiento general, se usan diversas fórmulas al respecto. Hay quienes, por ejemplo, siguiendo la línea establecida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América desde "Baker versus Carr", van a plantear la posibilidad de efectuar labores de control en función a cuestiones de procedimiento o competencia (*matters of procedure*), o a cuestiones vinculadas al contenido de lo que se consagra (*matters of substancie*). En esta misma línea de actuación se encuentra la Corte Interamericana, de acuerdo con sus resoluciones en casos como "Barrios Altos contra Perú" y "Cantuta contra Perú".

27. En otros contextos se ha recurrido a otros parámetros: el uso de los elementos empleados para el control de la discrecionalidad administrativa o el empleo de la ponderación son algunos de ellos. Incluso la jurisprudencia de tribunales constitucionales y supranacionales han establecido pautas específicas de control para ciertas manifestaciones de actividad política como la de la plasmación de políticas públicas.

Así, por ejemplo, ya nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido como pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas a evaluar a las siguientes (en este sentido, STC 03228-2012-PA/TC:

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

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

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

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

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

28. El control aquí reseñado también se proyecta a las reformas de la Constitución. Si, como aquí mismo se ha anotado, el poder de reforma constitucional admite límites, con mayor razón corresponde a jueces y juezas como las de este Tribunal Constitucional realizar labores de interpretación conforme y control sobre reformas constitucionales. Así ya lo ha hecho una Alta Corte latinoamericana como la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina en el caso "Fayt", e incluso

nuestro Tribunal Constitucional en los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC.

29. 29. Ahora bien, la labor de interpretación conforme y control de constitucionalidad no puede darse de cualquier manera. Debe respetar los parámetros dentro de los cuales se realiza el quehacer de un juez o jueza constitucional, donde se parte de una presunción (iuris tantum o que admite razonamiento en contrario) de la constitucionalidad de la norma impugnada, materia que abordaremos a continuación.

§ 3. EL MARGEN DE ACCIÓN EN TÉRMINOS INTERPRETATIVOS DE ESTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS COMO EL PRESENTE

30. El juez constitucional, sin abandonar sus tareas contraloras, es hoy, por sobre todas las cosas, un intérprete calificado de la Constitución y garante de los principios, valores y preceptos de esa Constitución, los cuales, a su vez, buscan asegurar la plena vigencia de la constitucionalidad y el Estado Constitucional. En ese tenor, su razonamiento, y su tarea de concretización, siempre deben estar dirigidos a optimizar lo prescrito en las diferentes disposiciones constitucionales, rescatando sus sentidos normativos más afines con la tutela de los aspectos que hoy caracterizan al constitucionalismo moderno. Todo ello, en base a una lectura del texto constitucional sistemático consigo mismo y con los compromisos convencionales asumidos por su Estado en particular, o que han adquirido carácter de normativa ius cogens.

31. En este sentido, la clave del quehacer del juez constitucional es asegurar una interpretación conforme a la Constitución, dejando como última y extrema alternativa, según corresponda, a una declaración de inconstitucionalidad con efectos propios de un control abstracto, de acuerdo con lo previsto en cada ordenamiento jurídico general en particular; o a la inaplicación de la norma cuestionada por inconstitucional propia del control difuso. Tiene además tenerse presente que todo ordenamiento jurídico estatal contemporáneo reconoce la existencia de una pluralidad de intérpretes vinculantes de su Constitución. En ese escenario, el juez(a) constitucional en general, y el Tribunal Constitucional en particular, son, en un Estado específico, el intérprete vinculante final, más no el único.

32. Caben entonces interpretaciones distintas, máxime si cualquier disposición legal, infra legal, y, sobre todo, constitucional, recoge varios sentidos normativos dentro de sí. Aquello hace que puedan darse interpretaciones diferentes a aquellas que hubiese preferido, e incluso promovido el juez(a) constitucional, sin que aquello las haga per se inconstitucionales. Es más, y en la medida que la interpretación

conforme a la Constitución permite distintas respuestas, el juez constitucional no puede imponer su comprensión a la de otros intérpretes vinculantes, si a su vez esas interpretaciones encajan dentro del parámetro proveniente del Texto de la Constitución, su lectura sistemática y lo que se infiere de él.

33. Lo importante es pues, para un juez(a) constitucional, frente a una decisión tomada por otro intérprete vinculante de la Constitución luego de un pronunciamiento suyo, ver ante todo si esa decisión tomada, coincida o no con ello, es conforme a la Constitución. Si la decisión tomada puede tener comprensiones disímiles, que eventualmente puedan tener sentidos normativos conformes con la Constitución, pero también puedan entenderse en forma distinta, el juez constitucional deberá recurrir a, luego de distinguir entre disposición y norma, una sentencia interpretativa, que no necesariamente es manipulativa, como veremos luego, para preservar la constitucionalidad de lo resuelto (con una sentencia interpretativa denegatoria) o acotar a lo menos posible una eventual y excepcional declaratoria de inconstitucionalidad (con una sentencia interpretativa estimatoria). Con ello un juez(a) constitucional cumple a cabalidad sus funciones dentro de un Estado Constitucional.

34. Nos corresponde entonces, como miembros de un Tribunal Constitucional, ir en esa línea de acción, haciendo todos los esfuerzos posibles para preservar una interpretación conforme, labor cuyos alcances se explicarán con algo más de detalle a continuación, ya con una mayor vinculación al caso que estamos analizando en particular.

35. Lo señalado es especialmente importante para entender casos como el presente. En tanto y en cuanto la interpretación de una disposición constitucional puede apuntar a diversos sentidos, si alguno de estos es conforme con el parámetro constitucional o convencional vigente, no puede darse una declaración de inconstitucionalidad, aun cuando el contenido o sentido interpretativo otorgado a la disposición constitucional no nos guste o no nos parezca el mejor diseñado técnicamente.

36. Con estas precisiones, corresponde hacer ahora el análisis de la constitucionalidad de la Ley 30305, la cual prohíbe la reelección inmediata de alcaldes. Atendiendo a la existencia de límites formales y materiales, explícitos e implícitos del poder de reforma constitucional, corresponde a este Tribunal analizar si el ejercicio del poder constituyente reformador desarrollado por el Congreso de la República a través de la Ley 30305 puede justificar la declaración de una demanda de inconstitucionalidad como fundada, o si, independientemente de simpatías o antipatías, existe una comprensió9n de lo realizado conforme a la pauta constitucional vigente.

§ 4. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30305, LA CUAL PROHÍBE LA REELECCIÓN INMEDIATA DE LOS ALCALDES

37. El cuestionamiento del recurrente solo se refiere al tercer párrafo del artículo 194, modificado por el artículo único de la Ley 30305, en cuanto establece que "no hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones".

38. La reforma constitucional que ahora se cuestiona plantea que, en aras de tutelar la alternancia en el poder, y todo lo que ella involucra, pueden establecerse límites a la posibilidad de un alcalde o alcaldesa sea reelegido inmediatamente, y así seguir desempeñando las funciones que viene ejerciendo. No se está planteando una prohibición absoluta y definitiva. Se ha plasmado, tal como se hizo anteriormente en el caso del Presidente de la República, una restricción a una reelección inmediata. Corresponde entonces analizar si ahora nos encontramos frente a una restricción a otro supuesto de reelección inmediata que, como el que acabamos de mencionar, vulnera o no los parámetros constitucionales y convencionales que este Tribunal debe concretizar y hacer cumplir.

39. Corresponde apreciar cuál es la normativa internacional aplicable al derecho de sufragio y de ser elegido. Como bien señalan disposiciones como el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (previsto, justo es decirlo, para los parlamentarios o congresistas), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso "Gitonas y otras versus Grecia", y el artículo 23 (1b y 2) de la Convención Americana, el derecho de ser elegido no es absoluto y admite límites.

40. En ese mismo sentido también se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia, destacando entre ellas "Castañeda Gutman contra México". Corresponde entonces señalar si existe un derecho (fundamental o humano, conceptos que hoy cada vez tienen que entenderse como sinónimos) a la reelección. Dicho con otras palabras, si el contenido constitucional y convencionalmente protegido de derechos políticos como los de sufragio y el de ser elegido, que por cierto admiten límites, incluyen un supuesto derecho a la reeleción de quien ejerce un cargo y desea mantenerse en él.

41. Esta preocupación, por cierto, no es nueva ni exclusiva de nuestro país. Ha sido planteado incluso en escenarios como el de la Comisión de Venecia, entidad que hoy hace las veces de organismo coordinador de las labores de los diferentes Tri-

bunales y Cortes Constitucionales a nivel mundial. Es más, y con fecha 16 y 17 de marzo de 2018, este grupo de trabajo ha emitido y aprobado un informe sobre los límites a la reelección de altos funcionarios. Si bien en su primera parte se encuentra dirigido a analizar con más detalle lo referido a la reelección de presidentes, se inicia con una parte general, en la cual directamente se aborda si hay la posibilidad de considerar la existencia de un derecho a ser reelegido, y, de la reelección inmediata de un alto funcionario.

42. Debido a la claridad y relevancia de lo señalado por la Comisión de Venecia (entidad de la cual nuestro Tribunal Constitucional es parte) en el tema que venimos analizando, nos permitimos reproducirlo a continuación:

> "[…] 81. Un análisis de los tratados internacionales, las constituciones nacionales y las decisiones judiciales muestra que la reelección no se concibe como un derecho humano. Los principales instrumentos internacionales reconocen el derecho de participar en la conducción de los asuntos públicos, de votar y ser elegido y de tener acceso al servicio público, en condiciones generales de igualdad. El derecho al voto activo y pasivo debe ejercerse a través de elecciones periódicas genuinas, mediante el sufragio universal y equitativo y mediante voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Estos son elementos esenciales para asegurar que los individuos participen en la vida política de su comunidad. Al igual que otros derechos humanos, protegen los cimientos de la libertad, la realización plena y los derechos fundamentales de cualquier persona, considerados como la condición esencial de la dignidad humana.
>
> 82. Una persona que se propone ser reelegida ha ejercido ya su derecho de ser elegida, por lo que los límites a la reelección o incluso la prohibición de la reelección no deben interpretarse a priori como una violación de un derecho humano. Si se reconociera la reelección como un derecho humano, esto implicaría que el contenido actual del derecho humano a la participación política es insuficiente para garantizar los intereses y expectativas legítimos.
>
> 83. Sin embargo, un reconocimiento amplio del derecho a la participación política en los tratados internacionales no admite tal insuficiencia. No existen tampoco evidencias empíricas que puedan demostrar que el contenido actual del derecho de postularse en una elección es insuficiente para garantizar la participación en la función pública. Por el contrario, parecería que las circunstancias que generaron la restricción más común al derecho de

contender por cargos (por ejemplo, la necesidad de evitar que los titulares en funciones tomen ventaja de su posición para perpetuarse en el poder o abusar de los recursos públicos) persisten en la mayoría de las democracias contemporáneas.

[…]

85. Sea como fuere, en tanto no exista un fundamento teórico, internacional o constitucional para reconocer la reelección como un derecho humano, debe concebirse como una cláusula autónoma vinculada al derecho de la participación política y al derecho de postularse en elecciones. De cualquier manera, los límites a la reelección u otras restricciones del derecho de contender por un cargo de distintas formas —por ejemplo, prohibiendo la reelección de los funcionarios políticos, limitando el número de períodos consecutivos que un funcionario puede ocupar el cargo o prohibiendo la reelección consecutiva de cualquier funcionario público —imponen restricciones al derecho humano a la participación política. Así pues, deben justificarse con un objetivo legítimo, ser necesarios en una sociedad democrática y ser razonables.

86. En conclusión, la Comisión de Venecia opina que no existe un derecho humano específico y diferenciado a la reelección. La posibilidad de postular separa un cargo para otro período previsto en la constitución es una modalidad o una restricción del derecho a la participación política y, específicamente, a contender por un cargo.

[…]

93. Los límites a la reelección están orientados a proteger a la democracia de convertirse en una dictadura de facto. Adicionalmente, los límites a la reelección pueden fortalecer a una sociedad democrática, puesto que imponen la lógica de la alternancia política como un evento predecible en los asuntos públicos. Pueden ser "mecanismos importantes para evitar una dinámica política en que el vencedor se lleve todo". También mantienen viva la esperanza de los partidos de oposición de obtener poder en el futuro cercano a través de procedimientos institucionalizados, con pocos incentivos para tomar el poder mediante un golpe. Los límites a la reelección, entonces, están orientados a proteger los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, que son objetivos legítimos dentro del significado de las normas internacionales.

94. En las democracias modernas, la soberanía de una nación reside en el pueblo. Toda la autoridad del Estado debe emanar del pueblo.

Nadie puede argumentar, por ende, tener derecho de contender en una elección después de un primer mandato si la constitución dispone lo contrario. La restricción del derecho a ser elegido se deriva de una elección soberana del pueblo en busca de los objetivos legítimos de interés general a los que se hizo referencia arriba, que prevalecen por sobre el derecho del Presidente en funciones. Como ya se explicó, los criterios para esta restricción son tanto objetivos como razonables.

[…]

102. Los límites a la reelección pueden incidir también en los derechos de los votantes en otro sentido. Podría argumentarse que la posibilidad de reelección ayuda a garantizar la rendición de cuentas, por lo que la prohibición o las restricciones a la reelección afectan el derecho y la capacidad de los ciudadanos de hacer responsables a quienes ocupan el poder. Desde este punto de vista, las restricciones a la reelección o las limitaciones a los períodos afectan directamente uno de los cimientos de la democracia: la capacidad de elegir libremente a los representantes, mediante voto popular y sin trabas.

[…]

103. Cabe resaltar, empero, que el pueblo puede votar libremente, pero solo por aquellos candidatos que aparecen en la boleta. La capacidad de los ciudadanos de hacer responsables a quienes ocupan el poder siempre se ve limitada por condiciones legales relacionadas con las reglas del sufragio, como edad, ciudadanía y capacidad legal, entre otras, así como por los reglamentos que rigen el derecho de postularse y aparecer en la boleta, es decir, las normas de nominación. Aun así, el derecho de votar por el candidato preferido solamente es uno, aunque esencial, de una amplia gama de actividades y derechos políticos relacionados con la participación política. Por lo tanto, las limitaciones al acceso a la elección o a la reelección no pueden considerarse como un obstáculo para el ejercicio de esos derechos y de la participación política. Así pues, en general, las restricciones al derecho humano de la participación política y de la elección de los mandatarios son permitidas dentro de una democracia constitucional, a pesar de que desde la perspectiva de los derechos subjetivos deben ser justificadas y considerarse necesarias.

104. Adicionalmente, los límites a la reelección pueden ayudar a asegurar la rendición de cuentas entre los representantes electos y con ello colaborar en la promoción de derecho humano a la participación política, al prevenir

> una excesiva concentración de poder en la presidencia que podría distorsionar el funcionamiento eficaz de las elecciones periódicas genuinas. Por último, un estudio reciente muestra que los límites a la reelección pueden ser en interés de los electores "a pesar del efecto en rendición de cuentas de las elecciones": deben fomentar el comportamiento "'veraz' de los representantes en funciones, lo que a su vez les permite a los votantes reelegir selectivamente representantes de mayor calidad para un segundo período en funciones" y fortalecerla responsabilidad electoral del ejecutivo al reducir el valor de ocupar el cargo.
>
> 105. En conclusión, la limitación del derecho de sufragio que imponen los límites a la reelección persigue fines legítimos, está consagrada en la constitución y debe considerarse como una "limitación implícita" que es objetiva y razonable, dentro del margen de apreciación de los Estados. De ello se desprende que los límites a la reelección no restringen indebidamente los derechos humanos y políticos de los electores, sino que pueden contribuir a la promoción de esos derechos. […]"

43. Como bien puede apreciarse, no existe parámetro constitucional o convencional que nos lleve a desconocer que el derecho a elegir y el derecho a ser elegido admite límites, así como que nos permita inducir que existe un supuesto derecho a ser reelegido.

44. Se constata ahora que la aprobación de esta reforma constitucional fue aprobada por el Congreso de la República siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución y, por lo tanto, no se incurrió en vicios formales que permitan, por este tipo de consideraciones, cuestionar su constitucionalidad. Resulta oportuno anotar también que la prohibición de reelección inmediata para los alcaldes no contraviene los límites materiales que debe observar la reforma de la Constitución, pues no desnaturaliza la identidad de la carta constitucional hoy vigente.

45. Adicionalmente, corresponde advertir que la prohibición de la reelección de los alcaldes se vincula con el principio de alternancia en el poder. Compete, en todo caso, corroborar que los alcances de lo actualmente planteado en nuestro ordenamiento constitucional favorecen la sucesión de distintas autoridades electas para cada periodo municipal.

46. Y es que este Tribunal Constitucional carece de competencia para determinar si resulta preferible o conveniente la admisión de la reelección inmediata de los alcaldes, o su eliminación por cuanto no puede basar su decisión en razones de oportunidad. No le compete determinar si una medida o la otra resulta más

eficiente para alcanzar determinado estado de cosas deseable, como desterrar la corrupción.

47. Sin duda alguna los actos de corrupción merecen el más enérgico rechazo, y deben ser sancionados con la máxima severidad que permitan la Constitución y demás normativa aplicable. Ahora bien, pero en aplicación del criterio de corrección funcional, este Tribunal Constitucional no puede en principio incidir en lo que constituye la esfera del legislador, a quien en primer lugar le corresponde decidir cuales medidas resultan más eficientes para enfrentarla.

48. De otra parte, corresponde reiterar aquí que en el presente caso no se ha planteado la interpretación conforme a la Constitución y el control constitucional de una ley ordinaria, sino de una ley de reforma constitucional. Por ende, lo que ha debido hacer este Tribunal es apreciar, además de si se han respetado los límites formales del poder de reforma (situación que aquí se ha acreditado), es que la reforma aquí cuestionada no desnaturaliza la Constitución, haciéndole perder la identidad con la que la forjó el constituyente originario.

49. En ese sentido, cabe resaltar que el Estado peruano se identifica con la forma republicana de gobierno, con el Estado unitario descentralizado y con la separación de poderes, entre otros principios rectores a los que aquí ya se hiciera referencia. Estos principios por cierto no se ven vulnerados con la reforma del tercer párrafo del artículo 194 de nuestra Constitución, el cual introduce la ley de reforma constitucional impugnada.

50. Y es que ni la República, ni la descentralización, ni la separación de poderes dependen de que se reelija inmediatamente o no a determinados funcionarios públicos como los alcaldes, por ejemplo. En consecuencia, corresponde desestimar la presente demanda, por cuanto la ley de reforma constitucional cuestionada no contraviene parámetros centrales dentro de la configuración de nuestra Constitución, tanto a nivel de competencias, procedimientos o contenidos.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

PLENO JURSDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso coincido con el sentido de lo resuelto y comparto también la mayoría de los argumentos jurídico-constitucionales que le sirven de sustento. No obstante ello, en relación a lo sostenido por la mayoría quisiera detenerme en las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, si bien estimo que en esta sentencia se ha seguido una línea de continuidad en lo que respecta al desarrollo jurisprudencial por este Tribunal Constitucional de la temática relativa a la reforma constitucional y sus límites, sean estos formales o materiales, y entre estos últimos, expresos o implícitos, quisiera insistir en la consideración de los derechos fundamentales como parte de los límites materiales que toda reforma parcial de la Constitución debe respetar.

2. En concreto, este Tribunal en la STC 050-2004-AI/TC (y acumulados) ha sostenido que:

> (…) para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho (FJ 35).

3. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que los derechos fundamentales y otros principios constitucionales no pueden modificarse sustancialmente toda vez que le confieren la calidad de Estado democrático y Social de Derecho al Estado peruano, lo que asimila con la existencia de límites implícitos a la reforma de la Constitución (Ibíd., FJ 36).

4. Tal es el caso del artículo 32 in fine de la Norma Fundamental, que determina que no pueden someterse a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de las normas, lo que a criterio de este Tribunal en la sentencia antes aludida, se presenta como "una verdadera cláusula de límite material para la potestad de reforma parcial de la Constitución" (Íd.).

5. Lo anterior, evidentemente, no niega la posibilidad, según este Tribunal, de que "los derechos fundamentales puedan reformarse únicamente para mejorar su situación preexistente" (Ibíd., FJ 37), sin que por ello se pierda de vista que tampoco son absolutos (Íd.)

6. En segundo lugar, quisiera precisar en relación a la STC 03228-2012-PA/TC, citada en el fundamento 27 de la sentencia de mayoría como ejemplo –si bien en el ámbito de la realización del derecho a la salud- del reconocimiento por este Tribunal de las pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas a evaluar, que el voto singular que emití no se refería en concreto a tales aspectos vinculados con la temática.

7. En efecto, valga esta oportunidad para dejar en claro que el voto singular emitido en la STC 03228-2012-PA/TC se debió a una indebida acumulación de pretensiones configurada según mi opinión y a la falta de legitimidad para obrar de la demandante respecto a las posibles afectaciones al derecho a la salud producto de la política del reuso alegadas en dicho caso, toda vez que a mi criterio, el derecho a la salud y el estar informado del procedimiento médico empleado no son derechos de carácter difuso.

8. Dicho en otros términos, quisiera reiterar que en anteriores casos sometidos al conocimiento de este Colegiado, como la STC 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC, ya he compartido la conclusión por la que se entiende que este Tribunal Constitucional "tiene el deber de controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas e incluso la ausencia de estas, en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos"; sin que por ello se ignore que el mismo, "en principio, no participa en el diseño de las políticas públicas, no decide qué opción es mejor que otra, ni prioriza las metas" (STC 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC, FJ 22 y 18).

9. Finalmente, y en cuanto a lo medular de la presente controversia, considero que una medida como la contenida en el artículo único de la Ley 30305, cuestionada en el presente caso en el extremo referido a la prohibición de reelección inmediata de los alcaldes, no solamente ha respetado los límites formales y materiales que la Constitución prevé para su reforma, sino que, incluso, contribuye a la realización de derechos, principios y valores que ella consagra.

10. Al respecto, considero fundamental para la resolución del presente caso la consideración según la cual el principio de alternancia del gobierno no puede ser alterado a través de una reforma parcial de la Constitución llevada a cabo por

el Congreso de la República (FJ 20) así como también el que se sostenga en la presente sentencia que "no existe parámetro constitucional o convencional que nos lleve a desconocer que el derecho a elegir y el derecho a ser elegido admite límites, así como que nos permita inducir que existe un supuesto derecho a ser reelegido" (FJ 43).

11. Y es que, efectivamente, nuestro orden constitucional en sentido material no garantiza el derecho a ser reelegido dentro del cúmulo de derechos de participación política reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Antes bien, lo que sí se advierte es la existencia de límites a tales derechos, que serán admisibles siempre que sean razonables y proporcionales, más allá de no vaciarlos de contenido o afectar el núcleo duro de otros principios o bienes constitucionales.

12. En ese entendido, considero que la disposición relativa a la prohibición de reelección de los alcaldes que constituye uno de los objetos de la reforma parcial de la Constitución a este respecto, no implica una modificación sustancial de los derechos a la participación política. Antes bien, contribuye a la materialización del principio de alternancia del gobierno que constituye uno de sus fundamentos.

13. En efecto, se trata de una reforma que se enmarca dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar los alcances de este principio en el caso concreto de las autoridades municipales, principio que, por lo demás, emana de la identidad de la Norma Fundamental. Además considero que la regla constitucional es un tácito incentivo a promocionar la mayor participación política de ciudadanos en la gestión municipal dando la posibilidad de la alternancia.

14. Dicho en otros términos, la reforma constitucional objeto de control en el presente caso contribuye a la mayor realización del principio de alternancia del gobierno por lo siguiente:

    - Desincentiva la perjudicial distinción entre políticos (o la comúnmente llamada "clase política") y los ciudadanos de a pie, en el sentido de que impide que en razón del acceso al cargo público por elección popular y de la correspondiente "especialización" que esto comporta, sean solamente unos cuantos aquellos que participan efectivamente en el proceso de decisión y conducción de los asuntos públicos en el ámbito de los gobiernos locales.

    - Consecuentemente con ello, se promueve que los ciudadanos, independientemente de su trayectoria política o antecedentes en términos de participación directa en los asuntos públicos, puedan involucrarse cada vez más en estos últimos, de forma tal que resulte favorecida e impulsada la renovación en el ejercicio de los cargos públicos de elección popular, lo que a su vez emana

como un imperativo para los partidos políticos participantes de las contiendas electorales, a fin de que inicien o continúen con el referido esfuerzo de renovación de cuadros y la participación democrática de los militantes y sin candidatos eternos, lo cual redunda a su vez en el fortalecimiento de tales partidos por cuanto se imponen límites reales al poder de las cúpulas que tienden a detentar para sí los espacios de poder al interior de los mismos; y

- Asimismo, favorece el escrutinio de la gestión saliente a realizarse por una nueva gestión, lo que a su vez aparece como un mecanismo institucional de desvelamiento y control de eventuales prácticas soterradas, lo que no suele ser ajeno a la práctica de no pocas gestiones ediles en nuestro país, lo que guarda coherencia con la consideración según la cual, como ha referido este Tribunal Constitucional, "el combate contra toda forma de corrupción goza de protección constitucional, según se desprende de los artículos 39º y 41º de la Constitución así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución" (STC 00017-2011-PI/TC, FJ 16).

15. En consecuencia, advierto que la reforma constitucional cuestionada en el presente caso no representa ninguna incidencia de trascendencia constitucional para los alcaldes destinatarios de la misma, en la medida que no se ha reconocido en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a ser reelegido, menos aún de forma inmediata, y que, por el contrario, coadyuva a la plena realización del principio fundamental de alternancia del poder y, en consecuencia, de los derechos constitucionales a la participación política de los ciudadanos, de los que constituye uno de sus fundamentos.

Por tales consideraciones, considero que en el presente caso debe declararse INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30305, en lo que respecta a la modificación del artículo 194 de la Constitución, al establecer la no reelección inmediata de los alcaldes.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

PLENO JURSDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2018-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues concuerdo con la ponencia en declarar INFUNDADA la demanda, pero por distintas consideraciones.

El cuestionamiento del recurrente se refiere al tercer párrafo del artículo 194 de la Constitución, modificado por el artículo único de la Ley 30305, en la parte que establece: "No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones".

La disposición fue aprobada por el Congreso de la República siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución, por lo que no se incurrió en vicios formales que afecten su constitucionalidad.

De otro lado, en el presente caso, no se ha planteado el control constitucional de una ley ordinaria sino de una ley de reforma constitucional y, por lo tanto, solo se podrá controlar si la reforma desnaturaliza la Constitución, haciéndole perder la identidad con la que la forjó el constituyente originario. En mi opinión, la prohibición de reelección inmediata para los alcaldes no contraviene los límites materiales que debe observar la reforma de la Constitución, por cuanto no desnaturaliza su identidad.

En efecto, el Estado peruano se identifica con la forma republicana de gobierno, con el estado unitario descentralizado, con la separación de poderes, entre otros principios rectores. Ni la república, ni la descentralización, ni la separación de poderes dependen de que se reelija inmediatamente o no a los alcaldes.

Por otra parte, este Tribunal Constitucional carece de competencia para determinar si resulta preferible o no la reelección inmediata de los alcaldes, por cuanto no puede basar su decisión en razones de oportunidad. En aplicación del principio de corrección funcional, este órgano de control de la Constitución no puede determinar si

una medida u otra resulta más eficiente para alcanzar un determinado estado de cosas deseable, como desterrar la corrupción.

S.

FERRERO COSTA

PLENO JURSDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2018-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEBE DECLARARSE FUNDADA

Discrepo, respetuosamente, con la posición de mayoría de mis colegas magistrados, que han optado por declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley de Reforma de Constitucional 30305, "Ley de reforma de los artículos 191°, 194° y 203° de la Constitución Política del Perú sobre denominación y no reelección inmediata de autoridades de los gobiernos regionales y de los alcaldes", en cuanto prohíbe la reelección inmediata de alcaldes, restringiendo tanto el derecho de ser elegido como el de elegir, en directa violación de la prohibición establecida en el artículo 31 de la Constitución Política del Perú, que, por mandato del Legislador Constituyente, preceptúa en su último párrafo que nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Sobre el proceso de inconstitucionalidad

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. 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.

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 hiper-interés 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.

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.

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.

La reforma constitucional y sus límites

6. El artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que esta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum. O, que se puede omitir el referéndum, siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

7. Efectivamente, la citada disposición constitucional introduce la posibilidad de llevar a cabo la reforma constitucional pero como se trata de un poder derivado de la Constitución (constituyente constituido) se encuentra reglado y, en consecuencia, la legitimidad de la reforma constitucional dependerá de que se siga lo formal y materialmente establecido en la propia Carta.

8. El Tribunal Constitucional tiene resuelto al respecto que:

> "La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior" (Sentencia 0050-2004- PI/TC y acumulados, fundamento 18).

9. Corresponde advertir que el artículo 206 de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.

10. Los límites formales se refieren, entonces, a la determinación de qué entidad puede realizar la reforma, que procedimiento debe seguir para ello y si es que se debe plantear un referéndum que confirma o no la reforma.

11. Sin embargo, los topes que encuentra el constituyente derivado no son solo formales, es decir relacionados con el procedimiento que debe seguirse para la reforma sino que incluye también algunos límites materiales.

12. El Tribunal Constitucional tiene resuelto al respecto que:

> "El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución" (Sentencia 0014-2002- PI/TC, fundamento 71).

13. Desde la sentencia 0014-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional ha señalado que, si bien las leyes de reforma constitucional no están previstas en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución, es competente para evaluar su constitucionalidad

ya que tales reformas son introducidas al ordenamiento constitucional mediante leyes emitidas por un órgano constituido (fundamento 35).

14. Los límites materiales, a los que vengo haciendo referencia, están referidos a los contenidos de la Constitución; "a la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional inmunes a toda posibilidad de reforma" (Sentencia 0014-2002-AI/TC, fundamento 74).

15. La doctrina sobre la materia ha identificado que los límites materiales pueden manifestarse de manera expresa o de manera implícita. Los límites expresos están enunciados positivamente en el propio texto constitucional, estableciéndose una prohibición expresa de reforma constitucional sobre determinados contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional como pone de relieve la parte demandada en su escrito de contestación.

16. De otro lado, los límites materiales implícitos hacen referencia a aquellos principios supremos que sin haber sido establecidos expresamente, no pueden ser modificados por reforma constitucional. Es decir, aquellos principios que conforma el núcleo de los elementos que identifican un texto constitucional. Estos son, la dignidad del ser humano, la soberanía del pueblo, el carácter democrático del Estado, el modelo unitario y descentralizado o la forma republicana de gobierno, entre otros que se refieren a la identidad de la Constitución (Sentencia 0014-2002-AI/TC, fundamento 76).

17. Este no ha sido un criterio aislado, en la Sentencia 0050-2004-PI/TC y acumulados, se reiteró que el Tribunal Constitucional era el principal garante de la Constitución, encontrándose a cargo de velar por la Norma Suprema, inclusive contra leyes de reforma constitucional que puedan "atentar contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional" (fundamento 3).

18. Sobre los valores materiales implícitos, el Tribunal sostuvo que el Congreso de la República no puede reformar la Constitución para sustituir el sistema democrático de gobierno, el régimen "representativo" o el modelo económico de la Constitución, en virtud a los artículos 1, 3, 43, y 58 de la Constitución.

19. Por otra parte, ha establecido también que los límites materiales están conformados por los valores esenciales de la Constitución, que son el principio de dignidad de la persona, la forma republicana de gobierno, el Estado Democrático de Derecho y el poder soberano del pueblo (Sentencia 0024-2005-PI/TC, fundamento 12).

20. En conclusión, a mi juicio, la presente causa debe resolverse atendiendo a estos límites formales y materiales explícitos e implícitos que sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad o no de la ley de reforma constitucional impugnada.

Análisis de constitucionalidad de la Ley 30305 que prohíbe la reelección inmediata de los alcaldes

21. Habiendo determinado los límites que deben observarse al aprobar leyes de reforma constitucional, corresponde analizar si la prohibición de reelección de los alcaldes afecta la identidad de la Constitución en los términos arriba expuestos.

22. El cuestionamiento del recurrente se refiere al tercer párrafo del artículo 194 modificado por el artículo único de la Ley de Reforma Constitucional 30305 en cuanto establece que "No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones".

23. Al respecto, considero que el derecho de participación política pertenece al núcleo del Estado constitucional por resultar inherente al sistema democrático y cuenta con dos facetas: derecho a elegir y derecho a ser elegido.

24. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 00030-2005-PI/TC, fundamento 27 b, ha establecido que:

> "El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así no sólo porque el artículo 31° de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, 'de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica', sino también porque el principio de representación proporcional -entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños- recogido por el artículo 187° de la Constitución, queda determinado 'conforme al sistema que establece la ley', según señala este mismo artículo. En otras palabras, por voluntad del propio constituyente, la ley (orgánica) no sólo puede, sino que debe culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo de congresista.
>
> Desde luego, que el referido derecho fundamental sea de configuración legal, no implica que la ley llamada a precisar determinadas delimitaciones a su contenido protegido se encuentre exenta de un control de constitucionalidad. Significa, tan sólo, que el constituyente ha querido dotar al legislador de un margen amplio de apreciación en la determinación del ámbito

normativo del referido derecho, lo que debe ser tenido en cuenta por la jurisdicción constitucional al momento de valorar la validez o invalidez constitucional de su actuación".

25. Por otra parte, con relación al derecho elegir, es importante manifestar que dicha faceta del derecho a la participación política se sostiene en la democracia, la misma que se asienta esencialmente en la participación consciente de los ciudadanos en la deliberación pública, ya sea a título individual u organizado por medio de partidos políticos.

    "... el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa en la vida política, económica, social y cultural de la Nación', según reconoce y exige el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución" (Sentencia 0030-2005-PI/TC, fundamento 22).

26. Resulta contrario al núcleo mismo de la Constitución establecer restricciones en el derecho a escoger de los ciudadanos. Proscribir un candidato por la única razón de que previamente ha ejercido el cargo limita irrazonablemente las opciones del soberano que tiene derecho a elegir entre la más amplia gama de candidatos sin proscripciones legales. Por ello, la norma cuestionada deviene en inconstitucional, como también deviene en inconstitucional por conexidad el artículo 191 reformado por la ley en cuestión, en la parte que prohíba la reelección de gobernadores y vicegobernadores regionales.

27. Por lo demás, no existe democracia sin partidos políticos (la nuestra es una democracia partidista), porque la participación electoral es un derecho fundamental y solo puede ejercerse colectivamente por medio de estas organizaciones que tienen la responsabilidad de elaborar programas serios y consistentes para el desarrollo nacional, de acuerdo con el ideario de cada uno.

28. La prohibición de la reelección, por otra parte favorece la improvisación por cuanto los funcionarios con experiencia de gobierno no podrán ser elegidos nuevamente por sus conciudadanos.

29. El artículo 31 de la Constitución es una disposición clave para evaluar si la ley de reforma de la Constitución bajo análisis desnaturaliza el sentido mismo de la

Carta. Establece literalmente que:

29.3 Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción; y que

29.4 Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos

30. Así las cosas, la reforma del artículo 194 que ha introducido el legislador restringe sin ningún lugar a dudas un aspecto nuclear del derecho de participación de los vecinos en el gobierno municipal (eligiendo a su alcalde) y la consecuencia que debe seguirse de esa limitación está prevista en la propia Constitución y es la de que esas restricciones deben ser dejadas sin efecto.

31. Queda claro entonces que la prohibición de reelección es inconstitucional porque contraviene los límites materiales que debe observar la reforma de la Constitución, por cuanto desnaturaliza el principio democrático y el derecho de participar en el gobierno municipal que, como advertí más arriba, se sustenta en la participación de los ciudadanos a través de las organizaciones políticas.

Sentido de mi voto

Mi voto es por declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad y en consecuencia inconstitucional el fragmento del artículo único de la Ley 30305 en cuanto introduce la prohibición de reelección de los alcaldes. Del mismo modo, inconstitucional por conexidad el fragmento del artículo único de la Ley 30305 que prohíbe la reelección de gobernadores y vicegobernadores regionales

S.

BLUME FORTINI

PLENO JURSDICCIONAL
EXPEDIENTE 0008-2018-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No estoy de acuerdo con el fallo ni con la fundamentación de la sentencia en mayoría por las razones que expuse en el voto singular emitido en el auto admisorio de la presente demanda de inconstitucionalidad.

En esencia, mi opinión es que el Tribunal Constitucional no puede controlar el contenido de una reforma constitucional válidamente aprobada por el Congreso de la República. El Tribunal solo puede controlar si el Congreso siguió el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución para realizar tal reforma.

La presente sentencia convalida la constitucionalidad de la Ley 30305, de reforma constitucional, en la parte que proscribe la reelección inmediata de los alcaldes. A mi juicio, ello constituye un exceso en el ejercicio de sus funciones, pues la Constitución es parámetro y no objeto de control.

Al hacer lo que ha hecho, la sentencia erige al Tribunal Constitucional por encima de la Constitución. Esto es inaceptable.

Por tanto, mi voto es por declarar IMPROCEDENTE la demanda de inconstitucionalidad.

S.

SARDÓN DE TABOADA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la fecha se procede a la publicación de la subsanación de errores materiales en el voto del magistrado Ernesto Blume Fortini. Se deja constancia que la sentencia fue publicada en el portal web institucional el 5 de octubre del presente año.

Lima, 12 de octubre de 2018

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SUBSANACION DE ERRORES MATERIALES EN EL VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

VISTO mi voto emitido en el expediente 00008-2018-PI/TC y atendiendo que en el mismo se ha incurrido en errores mecanográficos, en aplicación del artículo 121 del Código Procesal Constitucional procedo a subsanarlos en los términos siguientes:

- En el primer párrafo de la introducción del voto:
  Dice: "…por mandato del Legislador Constituyente, preceptúa en su último párrafo que nulo y punible …"
  Debe decir: "…por mandato del Legislador Constituyente, preceptúa en su último párrafo que es nulo y punible …".
- En el considerando 10:
  Dice: "Los límites formales se refieren, entonces, a la determinación de qué entidad puede realizar la reforma, que procedimiento debe seguir para ello …"
  Debe decir: "Los límites formales se refieren, entonces, a la determinación de qué entidad puede realizar la reforma, qué procedimiento debe seguir para ello …"
- En el considerando 16:
  Dice: "Es decir, aquellos que conforma el núcleo…"
  Debe decir: "Es decir, aquellos que conforman el núcleo…".
- En el considerando 17:
  Dice: "… los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta como contra los procedimientos …"
  Debe decir: "… los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos …"
- En el considerando 25:
  Dice: "…, con relación al derecho elegir…"
  Debe decir: "…, con relación al derecho a elegir…".

S.

BLUME FORTINI

Sentencia 008-2016-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por cinco mil ciudadanos contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1132, Decreto Legislativo 1133 y el Decreto Legislativo para el Ordenamiento Definitivo del Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial. El Tribunal declaró infundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 09 agosto del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 05 de setiembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda motivada por los recurrentes contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1132, Decreto Legislativo 1133 y el Decreto Legislativo para el Ordenamiento Definitivo del Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial. Se alegó la violación de diversos artículos de la Constitución.

En ese sentido el Tribunal analizó la constitucionalidad formal, que consiste en determinar si se han transgredido normas procedimentales o del iter legislativo en el proceso de formación de las leyes, y estas pueden ser: i) El quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución, ii) El tratamiento de una materia reservada directamente por la Constitución a otra fuente formal específica del Derecho, y iii) La expedición de la norma por un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo.

Por lo que el Tribunal advirtió que mediante Ley 29915, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de noventa días calendario en materia de fortalecimiento y reforma institucional del Sector Interior y de Defensa Nacional. El objeto materia de controversia se encuentra en el artículo 2, inciso 6, de la Ley 29915, que establece lo siguiente: "La delegación a la que se refiere el artículo de la ley comprende la facultad de legislar sobre (...) la Reforma del régimen remunerativo y de pensiones del personal de la Policía Nacional del Perú y las fuerzas armadas".

De modo que el Tribunal afirmó que el Poder Ejecutivo se ha ceñido a la facultad delegada para el establecimiento de un nuevo régimen de pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Además, afirmó que del artículo 2, inciso 6, de la Ley 29915 no se deriva ni expresa ni tácitamente de la obligación de establecer una equivalencia pensionaria con respecto a los pensionistas del régimen el Decreto Ley 19846, que pasaron a la situación de retiro antes de 10 de diciembre de 2012. Tampoco que se incurre en una inconstitucionalidad formal, por el hecho de que no se cumplió con el supuesto dado que consiste en "establecer la equivalencia pensionaria, de los integrantes de las FF.AA. y PNP, que al 10DIC2012, se encontraban en condición de pensionistas (...)". Afirmó que tal mandato no se deriva ni explícita ni implícitamente de la ley autoritativa.

En consecuencia, el Tribunal consideró que los argumentos de la parte demandante carecen de fundamento. Y es que si bien la prohibición que establece la Primera Disposición y Transitoria de la Constitución busca proscribir "(...) La nivelación de las pensiones con las remuneraciones", su regulación establecida por la disposición aquí objetada no implica una nivelación de las pensiones con la remuneración; lo que dicha disposición hace es determinar que para el cálculo de la pensión correspondiente se empleará el monto total de la denominada remuneración consolidada; lo cual es muy distinto a sostener que la pensión se nivele con la remuneración.

Luego, concluyó que la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132, así como la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 no es inconstitucional por cuanto no contraviene la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, por lo que debe ser ratificada en su constitucionalidad. Asimismo, declaró que se produjo la sustracción de la materia en cuanto al cuestionamiento de la versión original de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

Tema Clave: Derecho a la pensión.

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 00008-2016-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 12 de julio de 2018

Ciudadanos C. Poder Ejecutivo

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra determinadas disposiciones de los Decretos Legislativos 1132 y 1133

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

CONTENIDO

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO 291

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES 292

B.1. Demanda 292

B.2. Contestación de la demanda 293

II. FUNDAMENTOS

A. Análisis de constitucionalidad formal 295

B. Análisis de constitucionalidad material 298

B.1. La supuesta discriminación a los pensionistas del Decreto Ley 19846 298

B.2. Análisis sobre la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132 301

B.3. Análisis sobre la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 304

B.4. Análisis sobre la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 305

III. FALLO 306

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 00008-2016-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de julio de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 31 de octubre de 2017. Asimismo, se deja constancia que los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera que votarán en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO

Con fecha 10 de octubre de 2016, más de cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1132, que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y contra el Decreto Legislativo 1133, Decreto Legislativo para el Ordenamiento Definitivo del Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial, ambos publicados en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de 2012. Los demandantes alegan la violación de diversos artículos de la Constitución y plantean la siguiente pretensión:

- Se declare la inconstitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1133.
- Se declare la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 14, Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132.
- Se declare la inconstitucionalidad por el fondo de la Segunda (primer párrafo) y Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

En defensa de la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, con fecha 3 de julio de 2017, el Poder Ejecutivo, representado por el Procurador Pública del Ministerio de Defensa 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

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones legales objetadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B.1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El Decreto Legislativo 1133 es inconstitucional por la forma porque contraviene el artículo 104 de la Constitución y la Ley 29915 (en adelante ley autoritativa), toda vez que no se ha cumplido con lo dispuesto tácitamente en el artículo 2.6 de la ley autoritativa. Es decir, pese a que con dicho artículo se otorgó facultades para legislar sobre la reforma del régimen remunerativo y de pensiones del personal de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas no se ha legislado sobre la equivalencia de las pensiones del personal de estas instituciones que pertenecen al régimen del Decreto Ley 19846 y que pasaron al retiro antes del 10 de diciembre de 2012, fecha en que entró en vigor el Decreto impugnado, lo cual además ha dado lugar a que en la actualidad existan diferentes montos de pensiones entre efectivos del mismo grado por el solo hecho de pertenecer a diferentes instituciones (Marina de Guerra, Fuerza Área, Ejercito Peruano, Policía Nacional, etc.).

- El artículo 14 del Decreto Legislativo 1132 es inconstitucional por el fondo porque contraviene el derecho a la igualdad previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, toda vez que establece un trato diferenciado injustificado en el otorgamiento del subsidio por fallecimiento entre el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional el Perú que se encuentran en actividad – a quienes se les asigna sobre la base de la remuneración consolidada – y aquellos que se encuentran en situación de retiro (pensionistas) a quienes se les asigna su pensión sobre la base de la remuneración total común, que resulta ser una cantidad ínfima.

- La Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132 también son inconstitucionales por el fondo, pues contravienen los artículos 102.1 y 103 de la Constitución, toda vez que derogan el Decreto Supremo 213-90-EF y demás normas complementarias solo para el personal militar y policial en situación de actividad, a quienes se les aplica el nuevo concepto denominado "remuneración consolidada"; mientras que tales normas mantienen su vigencia para los pensionistas que pasaron a la situación de retiro antes del 10 de diciembre de 2102. Esto genera una dualidad, puesto que estas normas poseen doble condición: de estar vigentes y derogadas a la vez, afectando con ello el carácter abstracto e impersonal de las leyes.

- El primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 es inconstitucional porque vulnera los artículos 2.2 y 62 de la Constitución. Al respecto, se señala que al establecer que las modificaciones en las remuneraciones del personal en actividad no alcanzan a los actuales pensionistas se está excluyendo de manera arbitraria los beneficios pensionarios a los pensionistas del Decreto Ley 19846 que alcanzaron la pensión renovable y que pasaron a la situación de retiro antes del 10 de diciembre de 2012, congelando de esta manera las pensiones. Asimismo, se sostiene que los militares y policías al iniciar la carrera militar y policial establecen un "contrato social" con el Estado el mismo que no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones.
- Finalmente, la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 resulta inconstitucional porque contraviene la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, toda vez que se establece que el personal que pasa al retiro después de la puesta en vigencia del Decreto Legislativo en mención, mientras dure el proceso de integración, su pensión será igual al monto total de la remuneración consolidada que percibían en actividad, es decir, nivelan el monto de la pensión con el de la remuneración.

B.2. Contestación de la demanda

La contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- En cuanto a la Ley 29915, ley autoritativa, se alega que ante la necesidad de legislar sobre una nueva escala de ingresos aplicable al personal militar y policial en el cual se tenga en cuenta el alto riesgo en el desarrollo de sus labores, el trabajo efectivo y la responsabilidad de sus funciones, se optó por cerrar definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 19846 y sus normas modificatorias y complementarias. Este régimen generaba distorsiones en el sistema llevando a la insolvencia a la Caja de Pensiones Militar Policial. Merece precisar que en este sistema se otorgaba: a) pensiones nivelables; b) tasa de aportes subdimensionales; c) pensión calculada sobre la base de la última remuneración percibida más beneficios adicionales; d) pensiones al 100% de tasa de reemplazo; y, e) el otorgamiento de compensación que se concede al personal que pasó a la situación de retiro sin haber cumplido el tiempo mínimo de servicios.
- Asimismo, se sostiene que los pensionistas a quienes se les aplica el Decreto Ley 19846 no sufren vulneración del principio-derecho a la igualdad, puesto que dicha diferenciación responde a una lógica de sostenibilidad del sistema previsional y equilibrio financiero; y el hecho de que los artículos 39 y 41 de dicho Decreto Ley señale la posibilidad de una variación de la pensión en función a las remuneraciones, este sistema de reajuste no es factible realizar en función al nuevo sis-

tema de remuneraciones, por existir normas legales posteriores que lo prohíben. Por ello, la finalidad de la norma en cuestión no es beneficiar a los pensionistas que pasaron al retiro antes de su vigencia, al contrario, su eficacia será a partir del 10 de diciembre de 2012, aplicándose al personal militar y policial en actividad.

- En cuanto al artículo 14 del Decreto Legislativo 1132 se argumenta que el subsidio por fallecimiento aplica al personal militar y policial en situación de actividad, en razón de que éstos perciben la remuneración consolidada; y en donde no afecta ni discrimina a los pensionistas regidos por el Decreto Ley 19846. Asimismo, no existe discriminación por cuanto la diferencia se encuentra fundada en bases objetivas y razonables relacionadas con la reforma institucional en la escala de ingresos y en las pensiones de militares y policías, cumpliendo lo establecido en la ley autoritativa

- Con relación a la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132 se sostiene que se derogan y dejan sin efecto todas las normas relativas a las remuneraciones, bonificaciones y beneficios del personal militar y policial en actividad. Este hecho concuerda con la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar y policial activos que establece una única y nueva escala de ingresos denominada "remuneración consolidada". Es decir, se reunifica los ingresos del personal de acuerdo a su grado o categoría que ostentan. Asimismo, se agrega que los ingresos de los pensionistas se adecúan conforme al Decreto Ley 19846, así como un incremento de estos tal como lo establece el anexo 4 del Decreto Supremo 246-2012-EF.

- En cuanto a la Segunda (primer párrafo) y Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 se afirma que el Tribunal Constitucional ya ha establecido que la entrada en vigor de ambos decretos legislativos, así como del Decreto Supremo 246-2012-EF no genera un trato distinto entre el personal militar y policial. Además se fundamenta en el hecho que el objetivo de las normas es evitar diferenciaciones injustificadas entre aquellos en función a sus grados, honores, remuneraciones o pensiones.

II. FUNDAMENTOS

1. Expuestos los argumentos por ambas partes, el Tribunal Constitucional se ocupará, en primer lugar, de analizar la constitucionalidad formal. Para ello se debe estudiar la vinculación entre el Decreto Legislativo 1133 con la materia delegada, bajo el parámetro de control de la ley autoritativa (Ley 29915). Esta ley facultó al Poder Ejecutivo para legislar en materia de fortalecimiento y reforma institucional del sector Interior y de Defensa Nacional. En segundo lugar, se procederá al análisis de constitucionalidad material del artículo 14, de la Primera y Se-

gunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132; así como de la Segunda (primer párrafo) y Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, tomando en consideración los derechos y principios que, según la parte demandante, habrían sido vulnerados.

A. Análisis de constitucionalidad formal

2. Los ciudadanos demandantes sostienen que el Decreto Legislativo 1133 no guarda relación con la ley autoritativa, por lo que sería inconstitucional por la forma. Con tal fin afirman que el legislador al momento de reformar el régimen remunerativo y de pensiones del personal militar y policial ha omitido establecer la equivalencia de las pensiones del personal policial y militar que pertenece al régimen del Decreto Ley 19846 que pasaron al retiro antes del 10 de diciembre de 2012. De este modo se habría incumplido el "mandato tácito (sic) establecido en el Art. 2 inciso 6 de la Ley autoritativa 29915".

3. Es una constante jurisprudencial que el análisis de constitucionalidad formal tiene que ver con determinar si se han transgredido normas procedimentales o del iter legislativo en el proceso de formación de las leyes. Los supuestos generadores de esta infracción pueden ser: i) el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución, ii) el tratamiento de una materia reservada directamente por la Constitución a otra fuente formal específica del Derecho; y iii) la expedición de la norma por un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo (fundamento 22 de la STC 0020-2005-PI/TC y fundamento 2 de la STC 0012-2012-PI/TC). Precisamente, a la luz de este último supuesto corresponde realizar el examen de constitucionalidad de la legislación ejecutiva delegada de autos.

4. En nuestro ordenamiento jurídico, el Congreso de la República es el órgano que ejerce originariamente la función legislativa (artículo 102.1 de la Constitución). Sin embargo, el Poder Ejecutivo ejerce también tal función de manera derivada y bajo supuestos especiales y específicos, a través de los decretos legislativos (artículo 104 de la Constitución). La delegación de facultades legislativas no supone la renuncia del Congreso de la República de su función legislativa encomendada por la Constitución, tampoco quiere decir que durante el lapso que dure la delegación, el Congreso carezca de la competencia para ejercer dicha función.

5. Esto es así por cuanto no es posible jurídicamente que un Poder del Estado, o alguno de sus órganos constitucionales, pueda delegar a otro absolutamente una competencia que la Constitución le ha asignado directa y expresamente. Por lo demás, el encontrarse autorizado para legislar por delegación, tampoco supone

que el Poder Ejecutivo legisle en representación, por cuenta o en nombre del Parlamento, sino que se trata del ejercicio autónomo de una facultad de aquél, toda vez que la legislación ejecutiva delegada es la materialización del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo.

6. En efecto, el ya mencionado artículo 104 de la Constitución establece:

> "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 (…)".

Ello implica que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, el ejercicio de dicha competencia se encuentra sujeto a determinados límites, tales como que la delegación legislativa debe ser concedida mediante ley autoritativa (límites formales), debe contener la indicación específica de la materia que se delega (límites materiales), así como el establecimiento de un plazo determinado (límites temporales).

7. Sobre los límites materiales, este Tribunal considera que dicha exigencia se encuentra dada con la mención o indicación de la materia específica que se ha delegado, la misma que puede estar referida a una o varias áreas del Derecho. La Constitución no impone la obligación de desarrollar o exponer de manera detallada o minuciosa el contenido que se debe incluir en el decreto legislativo, puesto que una exigencia de esa naturaleza convertiría en innecesaria la existencia misma de la delegación de facultades y la expedición de la norma. En cambio, lo que sí proscribe la Constitución es el uso o empleo de fórmulas manifiestamente generales, indefinidas o imprecisas. Asimismo, el contenido normativo que expresa la ley autoritativa debe ser determinado considerando, de un lado, la propia facultad delegada y, de otro, el objetivo de esta (fundamento 6 de la STC 0002-2010-PI/TC).

8. En una anterior oportunidad, este Tribunal se ha manifestado también en torno a la naturaleza de la ley autoritativa, definiéndolas como "las prescripciones normativas generales y escritas emanadas del Congreso de la República, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución" (fundamento 16 de la STC 0047-

2004-AI/TC). Así, dentro de la clasificación de las leyes ordinarias, se advierte la existencia de dos subtipos, entre las que se encuentran las leyes autoritativas o habilitantes.

9. En efecto, se señaló que "[p]or otro lado, y siempre dentro del tipo de ley ordinaria, nuestra Constitución establece algunos subtipos de la ley ordinaria, con especiales características, pero que en esencia mantienen la condición de ley ordinaria porque su modo de producción es el establecido por la Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 104 de la Constitución se refiere a la ley autoritativa, mediante la cual el Congreso de la República delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar a través de Decretos Legislativos. Dicha ley tiene dos elementos indispensables: la materia específica a delegar y el plazo determinado para ejercer la delegación. A su turno, conforme a los artículos 104 y 101.4 de la Constitución, el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República" (fundamento 16 de la STC 0047-2004-PI/TC).

10. En el presente caso se advierte que mediante Ley 29915, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de setiembre de 2012, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de noventa (90) días calendario en materia de fortalecimiento y reforma institucional del Sector Interior y de Defensa Nacional. El objeto materia de controversia se encuentra en el artículo 2 inciso 6 de la Ley 29915, que establece lo siguiente:

> **"Artículo 2. Materias de la delegación de facultades legislativas.**
>
> La delegación a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:
>
> (…)
>
> 6. Reforma del régimen remunerativo y de pensiones del personal de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas.
>
> (…)".

11. Por su parte, en las consideraciones del Decreto Legislativo 1133 se señala:

- Que, el Congreso de la República, por Ley 29915 ha delegado en el Poder Ejecutivo, por un plazo de noventa (90) días calendario, la facultad de legislar mediante decreto legislativo sobre materia de Fortalecimiento y Reforma Institucional del Sector Interior y de Defensa Nacional, siendo una de las materias la Reforma del régimen remunerativo y de pensiones del personal de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas;

- Que, se requiere cerrar definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 19846 y sus normas modificatorias y complementarias, debido al presente estado de iliquidez e insolvencia que afronta el régimen;
- Que, en atención a lo anteriormente mencionado, es necesario establecer el nuevo Régimen de Pensiones del personal militar y policial, el cual será aplicado a quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente norma inicien la carrera de Oficiales o Suboficiales, según corresponda, las mismas que deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación, de acuerdo a lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú; (…).

12. De lo expuesto, se advierte que el Poder Ejecutivo se ha ceñido estrictamente a la facultad delegada para el establecimiento de un nuevo régimen de pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Además, del artículo 2 inciso 6 de la Ley 29915 no se deriva ni expresa ni tácitamente la obligación de establecer una equivalencia pensionaria con respecto a los pensionistas del régimen del Decreto Ley 19846, que pasaron a la situación de retiro antes de 10 de diciembre de 2012. Menos puede afirmarse, por ello, que se incurre en una inconstitucionalidad formal, por el hecho de que no se cumplió con el supuesto mandato que, según los demandantes, consiste en "establecer la EQUIVALENCIA PENSIONARIA, de los integrantes de las FF.AA. y PNP, que al 10DIC2012, se encontraban en condición de PENSIONISTAS (...)". Tal mandato no se deriva ni explícita ni implícitamente de la ley autoritativa.

13. Sobre esta base, este Tribunal concluye que el Decreto Legislativo 1133 no resulta contrario al artículo 104 de la Constitución y la ley autoritativa, Ley 29915, por lo que corresponde ser confirmada en su constitucionalidad formal, y en consecuencia, la demanda en este extremo debe ser declarada infundada.

B. Análisis de constitucionalidad material

14. En ese apartado, este Tribunal analizará las objeciones de inconstitucionalidad material formuladas contra el artículo 14, Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132, así como contra la Segunda (primer párrafo) y Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, sobre la base de los derechos y principios que, según la parte demandante, han sido vulnerados.

B.1. La supuesta discriminación a los pensionistas del Decreto Ley 19846

15. Los demandantes solicitan la inconstitucionalidad del artículo 14 del Decreto Legislativo 1132 por contravenir el artículo 2.2 de la Constitución. El texto de esta disposición legal es el siguiente:

Artículo 14.- Subsidio por fallecimiento

El subsidio por fallecimiento se asigna en los casos de fallecimiento del personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en situación de actividad, así como del cónyuge, hijos o padres.

En el caso de fallecimiento del personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, el monto del subsidio será equivalente a tres (03) Remuneraciones Consolidadas del grado correspondiente a la fecha del deceso del efectivo, y se otorgará en el siguiente orden excluyente: cónyuge, hijos, padres y hermanos.

En el caso de fallecimiento del cónyuge, hijos o padres del efectivo, el monto equivale a dos (02) Remuneraciones Consolidadas en el grado correspondiente a la fecha de ocurrencia del fallecimiento.

El subsidio por fallecimiento será de cargo de los pliegos presupuestarios de los Ministerios de Defensa e Interior, respectivamente.

Precísese que dicho subsidio no es incompatible con el beneficio que se otorga en cumplimiento de la Ley Nº 29420, Ley que fija monto para el beneficio de seguro de vida o compensación extraordinaria para el personal de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú o sus beneficiarios, y sus normas complementarias y modificatorias

16. Los ciudadanos demandantes sostienen que el artículo 14 del Decreto Legislativo 1132 es inconstitucional por el fondo porque contraviene el derecho de igualdad previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, toda vez que establece un trato diferenciado injustificado respecto del otorgamiento del subsidio por fallecimiento entre el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que se encuentran en actividad a quienes se les asigna sobre la base de la remuneración consolidada y aquellos que se encuentran en situación de retiro (pensionistas) a quienes se les asigna sobre la base de la remuneración total común. Los demandantes agregan que esta diferenciación en el tratamiento discrimina a los "pensionistas (retirados)" puesto que el subsidio termina siendo una cantidad ínfima que no permite asumir los gastos del sepelio de manera digna.

17. Por su parte, el demandado sostiene que el subsidio por fallecimiento se aplica al personal militar y policial en situación de actividad, en razón de que éstos perciben la remuneración consolidada, lo que no discrimina a los pensionistas del Decreto Ley 19846. Asimismo, agregan que no existe una discriminación por cuanto la diferencia se encuentra fundada en bases objetivas y razonables relacio-

nadas con la reforma institucional en la escala de ingresos y en las pensiones de militares y policías, cumpliendo así lo establecido en la ley autoritativa

18. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución reconoce el principio-derecho de igualdad bajo los siguientes términos:

> **"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:**
>
> 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (…)".

19. En anterior jurisprudencia, el Tribunal ha afirmado que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones. La primera de ellas, la igualdad ante la ley, está referida a la necesidad de una aplicación igualitaria de la ley a todos aquellos que se encuentren en una misma situación de hecho prevista por la norma; la segunda, la igualdad en la ley, está referida a la imposibilidad de un órgano de modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, por lo que, al apartarse de un precedente, el órgano en cuestión debe necesariamente justificar tal decisión (fundamento 7 de la STC 2498-2008-PA/TC).

20. Asimismo, la igualdad ostenta la condición de principio y de derecho subjetivo constitucional (fundamento 20 de la STC 0045-2004-PI/TC). Como principio establece 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 motivos de cualquier otra índole) que jurídicamente resulten relevantes.

21. Sin embargo, este derecho no garantiza un tratamiento de la misma forma siempre y en todos los casos. Ya en anterior ocasión, este Tribunal mediante la STC 2437-2013-PA/TC sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Opinión Consultiva Nº 4/84 destacó que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana".

22. Asimismo, conviene precisar que la nueva estructura de ingresos establecida en el Decreto Legislativo 1132 en cuestión tiene como ámbito de aplicación el perso-

nal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en situación de actividad (artículo 4), cuyas remuneraciones, bonificaciones y beneficios se abonan en virtud del alto riesgo en el desarrollo de sus labores, el trabajo efectivo y la responsabilidad de sus funciones (artículo 5).

23. Ahora bien, por obvio que parezca, el personal militar y policial en actividad pone en riesgo su vida e integridad a diferencia del personal en situación de retiro. Ello exige que a nivel legislativo se deba asumir un mayor compromiso con quienes en actividad exponen permanentemente su vida y salud. Este criterio, por lo demás, resulta válido para justificar una regulación normativa diferente. De ahí que se encuentre justificado el tratamiento diferente entre el personal militar y policial en situación de actividad y el personal en situación de retiro para el caso del subsidio por fallecimiento. Y es que para el cálculo de dicho subsidio la diferencia entre el personal en actividad y aquel en retiro sí resulta objetivamente relevante.

24. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal considera que el término de comparación propuesto por los demandantes no es válido en la medida en que la situación en la que se encuentra el personal militar y policial en actividad es diferente de la que se encuentra el personal en retiro. O lo que es lo mismo, no se ha acreditado que efectivamente un mismo supuesto de hecho esté siendo normado de manera distinta sin justificación alguna y, por tanto, convierta en ilegítima tal distinción. Siendo así, es constitucionalmente válido que durante su situación en actividad el personal militar y policial cuente con una regulación diferente respecto las asignaciones otorgadas al personal en retiro

25. Por lo demás, si bien los demandantes han propuesto ejemplos, estos no terminan por acreditar o justificar la ilegitimidad de la distinción. De hecho, los ejemplos propuestos referidos a la Octava y la Novena Disposición Complementaria Final no tocan la cuestión aquí abordada. En estos se establece que los fondos de vivienda militar y de salud se realizan en base a la remuneración consolidada. Nada hace indicar que reciben los mismos beneficios. Y en todo caso, ello no implica que el personal en retiro y el que está en actividad deban encontrarse bajo la misma regulación respecto al subsidio por fallecimiento.

26. Por lo expuesto, este Tribunal concluye que el artículo 14 del Decreto Legislativo 1132 no contraviene el artículo 2.2 de la Constitución, por lo que se debe confirmar su constitucionalidad, y en consecuencia, la demanda en este extremo debe ser declarada infundada.

B.2. Análisis sobre la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132

27. Los demandantes también solicitan la inconstitucionalidad de la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132. El contenido normativo de estas disposiciones expresan lo siguiente:

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Deróguese todas las normas sobre las remuneraciones, bonificaciones y beneficios del personal militar y policial en situación de actividad aprobadas por el Decreto Supremo Nº 213-90-EF, así como sus normas complementarias, modificatorias y reglamentarias.

SEGUNDA.- Deróguese o déjese sin efecto según corresponda, las disposiciones relativas a las remuneraciones, bonificaciones y otros beneficios del personal militar y policial en situación de actividad contenidas en los siguientes dispositivos legales:

- Resolución Ministerial Nº 1020-DE/OGA.
- Artículo 408ª del Decreto Legislativo Nº 556.
- Artículo 47º del Decreto Legislativo Nº 573.
- Decreto Supremo Nº 018-69-GU.
- Decreto Supremo Nº 013-76-CCFA.
- Decreto Supremo Nº 023-2005-DE/EP.
- Decreto Supremo Nº 001-78-CCFA.
- Decreto Supremo Nº 001-85-CCFA.
- Decreto Supremo Nº 237-91-EF.
- Decreto Supremo Nº 142-91-EF.
- Decreto Supremo Nº 010-91-EF.
- Decreto Supremo Nº 054-92-EF.
- Decreto Ley Nº 25458.
- Decreto Ley Nº 25739.
- Decreto Ley Nº 25943.
- Decreto Supremo Nº 098-93-EF.
- Decreto Supremo Nº 046-94-EF.
- Decreto de Urgencia Nº 090-96.
- Decreto Supremo Nº 048-97-EF.
- Decreto de Urgencia Nº 073-97.
- Decreto de Urgencia Nº 011-99.
- Decreto Supremo Nº 037-2001-EF.
- Decreto de Urgencia Nº 105-2001.
- Decreto Supremo Nº 196-2001-EF.

- Decreto Supremo Nº 068-2003-EF.
- Decreto de Urgencia Nº 002-2006.
- Decreto Supremo Nº 008-2005-IN.
- Ley Nº 28254.
- Ley Nº 28750.
- Ley Nº 29142.
- Ley Nº 29465.
- Decreto de Urgencia Nº 055-2009.

Deróguese la Ley Nº 28944 a los 15 días calendarios contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo."

28. Los demandantes sostienen que la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132 también son inconstitucionales porque contravienen los artículos 102.1 y 103 de la Constitución, toda vez que derogan el Decreto Supremo 213-90-EF y sus normas complementarias solo para el personal militar y policial en situación de actividad, a quienes se le aplica el nuevo concepto denominado "remuneración consolidada"; mientras que tales normas mantienen su vigencia para los pensionistas que pasaron a la situación de retiro antes del 10 de diciembre de 2102, lo cual, genera una dualidad, puesto que estas normas poseen doble condición: de estar vigentes y derogadas a la vez, afectando con ello el carácter abstracto e impersonal de las leyes. El demandado, por su parte, argumenta que la derogación de las normas para el personal en actividad se sujeta al cambio de régimen pensionario establecido en el Decreto Legislativo 1133.

29. Al respecto, este Tribunal considera que la alegada "doble condición" de las leyes derogadas por la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132, que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar y policial "en actividad" no resulta de recibo. Y es que los beneficios pensionarios que mantiene el mencionado personal militar y policial "en retiro", no se otorgan porque dichas leyes "derogadas" sigan vigentes, sino porque tales beneficios previsionales han sido otorgados por el Decreto Ley 19846, que regula determinado régimen de "pensiones" del personal militar y policial.

30. Con relación a la supuesta "anarquía legal" que los demandantes consideran existente, corresponde afirmar que los mismos parten de un error. Y es que las disposiciones legales que han sido comprendidas en la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132 han sido derogadas por este decreto legislativo. Ello es así, porque de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución "(...) [l]a ley se deroga solo por otra ley. (...)". Los decretos legis-

lativos son leyes en sentido material y por tanto pueden modificar o derogar otra ley con igual rango y fuerza normativa.

31. De modo similar, este Tribunal señaló que "(...) la multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango ha supuesto que la modificación, suspensión o derogación de la ley, no necesariamente tenga que provenir de otra ley en sentido formal, esto es, de la que el Parlamento pueda aprobar; sino, también, de aquellas otras fuentes normativas que, en el ordenamiento, tienen su mismo rango, como el decreto de urgencia o el decreto legislativo, y dentro, por supuesto, de los límites que la Constitución les impone" (fundamento 12 de la STC 0014-2009-AI/TC).

32. Por lo expuesto, este Tribunal concluye que la Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132 no contravienen los artículos 102.1 y 103 de la Constitución, por lo que corresponde ser confirmada en su constitucionalidad, y en consecuencia, la demanda en este extremo también debe ser declarada infundada.

B.3. Análisis sobre la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133

33. También se cuestiona el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, que preveía lo siguiente:

> **"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**
>
> **SEGUNDA.-** De la pensión actual en el régimen del Decreto Ley Nº 19846
>
> Las modificaciones establecidas en el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú no alcanzan a los actuales pensionistas del régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 19846, por lo que no se reestructurarán sus pensiones.
>
> (…).

34. Los demandantes sostienen que el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 es inconstitucional porque vulnera los artículos 2.2 y 62 de la Constitución. Al respecto, se señala que al establecer que las modificaciones en las remuneraciones del personal en actividad no alcanzan a los actuales pensionistas se está excluyendo de manera arbitraria los beneficios pensionarios a los pensionistas del Decreto Ley 19846 que alcanzaron la pensión renovable y que pasaron a la situación de retiro antes del 10 de diciembre de 2012, congelando de esta manera las pensiones. Asimismo, se sostiene que

los militares y policías al iniciar la carrera militar y policial suscriben un "contrato social" con el Estado, el mismo que no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones.

35. El demandado, por su parte, sostiene que este Tribunal ya ha establecido que la entrada en vigor de ambos decretos legislativos, así como del Decreto Supremo 246-2012-EF no genera un trato distinto entre el personal militar y policial, además de haberse fundamentado que el objetivo de las normas es evitar diferenciaciones injustificadas entre aquellos en función a sus grados, honores, remuneraciones o pensiones.

36. Sobre el particular, es necesario precisar que el día 21 de noviembre de 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley 30683 que modifica la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, dejando sin efecto el contenido normativo cuya constitucionalidad era cuestionada en este proceso. En consecuencia, en cuanto a este extremo de la demanda debe declararse la sustracción de la materia.

B.4. Análisis sobre la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133

37. Finalmente, los ciudadanos demandantes solicitan la inconstitucionalidad de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133. Dicha disposición presenta el texto normativo siguiente:

> **"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**
>
> **CUARTA.- Cálculo de la pensión del personal antes de culminar el proceso de integración de la remuneración.**
>
> En caso el personal militar y policial hubiere cesado antes de culminar el proceso de integración de la remuneración a que se refiere el literal b) de la Segunda Disposición Complementaria y Final del Decreto legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, para el cálculo de la pensión que pudiere corresponderle se empleará el monto total de la Remuneración Consolidada.

38. Los demandantes sostienen que la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 resulta inconstitucional porque contraviene la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, toda vez que establece que el personal que pasa al retiro después de la puesta en vigencia del Decreto Legislativo en mención, mientras dure el proceso de integración, su pensión será igual al

monto total de la remuneración consolidada que percibían en actividad, es decir, nivelan el monto de la pensión con el de la remuneración, afectando con ello el criterio de sostenibilidad financiera y no nivelación.

39. El demandado, por su parte, sostiene que este Tribunal ya ha establecido que la entrada en vigor de ambos decretos legislativos, así como del Decreto Supremo 246-2012-EF no genera un trato distinto entre el personal militar y policial, además de haberse fundamentado que el objetivo de las normas es evitar diferenciaciones injustificadas entre aquellos en función a sus grados, honores, remuneraciones o pensiones.

40. Este Tribunal considera que los argumentos de la parte demandante carecen de fundamento. Y es que si bien la prohibición que establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución busca proscribir "(...) la nivelación de las pensiones con las remuneraciones", la regulación establecida por la disposición aquí objetada no implica, evidentemente, una nivelación de las pensiones con la remuneración; lo que dicha disposición simplemente hace es determinar que para el cálculo de la pensión correspondiente se empleará el monto total de la denominada remuneración consolidada; lo cual, es muy distinto a sostener que la pensión se nivele con la remuneración.

41. Por lo expuesto, este Tribunal concluye que la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 no es inconstitucional por cuanto no contraviene la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, por lo que debe ser ratificada en su constitucionalidad, y en consecuencia, la demanda en este extremo se estima infundada.

III.FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda en cuanto al cuestionamiento del artículo 14, Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1132, así como contra la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

2. Declarar que se ha producido la sustracción de la materia en cuanto al cuestionamiento de la versión original de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 00008-2016-PI/TC

VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido en todos los extremos con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Ferrero Costa en la sentencia de 17 de julio de 2018. En consecuencia, mi voto es por:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en cuanto al cuestionamiento del artículo 14, Primera y Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto legislativo 1132, así como contra la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

2. Declarar que se ha producido la sustracción de la materia en cuanto al cuestionamiento de la versión original de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

Lima, 1 de agosto de 2018

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 00008-2016-PI/TC

VOTO DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con declarar la sustracción de la materia en la presente demanda relación con los cuestionamientos realizados a la versión inicial de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, e infundada en los demás extremos. Esto en mérito a las consideraciones expresadas en el proyecto de sentencia firmado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 00015-2012-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ilustre Colegio de Abogados de Puno contra la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. El Tribunal declaró infundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de enero del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 14 de febrero del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda motivada por el recurrente contra la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, el cual alegó que fue emitida sin seguir el procedimiento parlamentario establecido y con un deliberado incumplimiento en su carácter estructural.

En ese sentido, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente 00013-2012-PI/TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas contra la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. Por ello, los aspectos resueltos en aquel caso son los mismos que ahora se cuestionan; es decir, la licitación del servicio de administración de las cuentas individuales, la comisión por saldo y la centralización de los procesos operativos de las AFP.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad de autos, por cuanto existe pronunciamiento desestimatorio previo respecto de las disposiciones cuestionadas habiéndose producido la sustracción de la materia.

Por otro lado, el Colegio de Abogados de Puno sostiene que se ha configurado un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural en el sistema privado de pensiones, ya que el Tribunal Constitucional, al emitir la Sentencia 00014-2007-AI/TC, exhortó al legislador y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para que, en el más breve plazo posible, "emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la

administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFP, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben."

A ello, se realizó la ya glosada exhortación al legislador y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para que las comisiones se relacionen con el resultado de la gestión de las AFP.

En consecuencia, para el Tribunal no existe inconstitucionalidad ni estado de cosas inconstitucional si el legislador no incurre en lo constitucionalmente prohibido u omite lo constitucionalmente ordenado. Atendiendo a que no existe algún tipo de comisión por la Administración de Fondos Pensionarios que pueda considerarse constitucionalmente ordenada. Además, la opción del legislador por el establecimiento de una comisión por saldo no fue considerada inconstitucional sin que tampoco quepa descartar la posibilidad de que en el futuro se establezcan medidas complementarias que vinculen las potenciales pérdidas en el fondo de los afiliados con compensaciones que surjan del patrimonio de las AFP.

Temas Claves: Derecho a la pensión — estado de cosas inconstitucional — administración de fondo de pensiones — reforma del sistema privado de pensiones.

PLENO JURISDICCIONAL

EXPEDIENTE 00015-2012-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1 de marzo de 2017

Ilustre Colegio De Abogados De Puno C. Congreso De La República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Nº 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

RAMOS NUÑEZ

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTE

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL 315

B. DEBATE CONSTITUCIONAL 315

B.1. Demanda 316

B.2. Contestación de la demanda 317

II. FUNDAMENTOS

1.EXAMEN FORMAL DE LA LEY 29903 318

1.1 La aprobación del Proyecto de Ley en comisiones 319

1.2. La aprobación de la ley en cuestión 322

1.2.1. Plazos para la aprobación de la ley 322

1.2.2. Ampliación de agenda 323

1.2.3. Votos necesarios para la aprobación 324

1.2.4. La atención a las opiniones de los actores incluidos 324

2. EXAMEN SOBRE EL FONDO DE LA LEY 29903 325

2.1. La cosa juzgada en las sentencias de inconstitucionalidad 325

2.2. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente 00013-2012-PI/TC 325

3. EXAMEN DEL PEDIDO DE DECLARACIÓN DE ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL 326

III. FALLO 328

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 00015-2012-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de marzo 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, y con el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera que se agregan.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 24 de agosto de 2012, el Ilustre Colegio de Abogados de Puno interpone demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad, por la forma, de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, al considerar que esta fue emitida sin seguir el procedimiento parlamentario establecido y, a su vez, que se declaren inconstitucionales, por el fondo, los artículos 1 y 2 de la referida Ley, en la parte que modifica e incorpora los artículos 6, 7-A, 13, 14-A, 14-B, 14-C y 24-D del Decreto Supremo 054-97-EF, por considerarlos incompatibles con los artículos 2, inciso 14; 11; 12; 58; 59; 60; 61; 62 y 103 de la Constitución. Por último, solicita que se declare el estado de cosas inconstitucional de carácter estructural del sistema privado de pensiones por encontrarse en un deliberado incumplimiento de lo establecido en la Sentencia 00014-2007-PI/TC.

Por su parte, con fecha 6 de mayo de 2013, el Congreso de la República contesta la demanda a través de su apoderado negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los demandantes y el Congreso de la República presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, los cuales se resumen a continuación.

B.1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- Sostiene que el Proyecto de Ley del Ejecutivo sobre la Reforma del Sistema Privado de Pensiones (ahora Ley 29903) fue debatido y dictaminado únicamente por la Comisión de Defensa del Consumidor, a diferencia de iniciativas previas que fueron decretadas a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social.
- Añade que el dictamen del primero de dichos proyectos se realizó un día después de su llegada, mediante una ampliación irregular de la agenda para, posteriormente, incluirlo en el orden del día de la Comisión Permanente a través de una segunda ampliación de agenda. Dado esto, el referido proyecto se sometió a votación, y se aprobó con un voto de diferencia.
- Al determinar las licitaciones obligatorias, la Ley 29903 vulnera los derechos constitucionales de los afiliados a la libre elección del proveedor de servicios previsionales, la libertad contractual y la libertad de contratar.
- La licitación del servicio de administración solamente crea una apariencia de competencia, en tanto que esta se da únicamente por veinticuatro meses.

- Las disposiciones legales impugnadas, referentes a la figura del cobro de comisión por saldo, vulneran la previsión constitucional de la intangibilidad de los fondos de seguridad social y resultan ineficientes.
- El proceso de centralización obligatoria es contrario a los derechos a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, en la medida en que se obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a centralizar varios de sus procesos operativos internos.
- Se desconoce el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial, pues habilita a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) para cumplir con las funciones de una empresa centralizadora, creando también un monopolio legal a su favor.
- Las disposiciones impugnadas y, por conexidad, las restantes de la referida ley no defienden los intereses de los afiliados a las AFP.
- Dichas disposiciones, además, contravienen lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, toda vez que, si los afiliados no expresan su voluntad de continuar en el esquema de la comisión por flujo, serán trasladados al cobro de comisión mixta.
- Por último, se deberá declarar un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural, en tanto que existe un deliberado incumplimiento por parte del Poder

Ejecutivo y el Poder Legislativo de lo dispuesto anteriormente por este Tribunal en la sentencia emitida en el Expediente 00014-2007-AI/TC.

B.2. Contestación de la demanda

El Congreso de la República, por su parte, contesta la demanda exponiendo los siguientes argumentos:

- La libertad de contratar por parte de los afiliados se ve únicamente limitada de manera temporal y relativa, en tanto que el periodo de afiliación es de veinticuatro meses y existe un criterio de rentabilidad que ameritaría el traslado a otra AFP. Además, tampoco se vulnera la libertad contractual, pues la Ley no persigue la invalidez o modificación de los acuerdos ya celebrados.
- La licitación del servicio de administración se realiza cada 24 meses, plazo en el cual las AFP volverán a competir para inscribir a los nuevos afiliados, siempre que ofrezcan cobrar una comisión menor a la más baja ya existente.
- El uso de los recursos previsionales no solo están destinados al pago de las pensiones, sino también al aseguramiento y la garantía del pago. Así, la comisión por saldo no afecta la intangibilidad, por cuanto está destinada al aseguramiento y garantía del pago de la pensión.
- Además, si bien las disposiciones impugnadas limitan la libertad de las AFP de organizar sus procesos operativos, ello no supone la vulneración de la iniciativa privada o la libertad de empresa puesto que, tras aplicar el test de proporcionalidad, se advierte que el grado de realización u optimización del fin constitucional perseguido supera la intensidad de la intervención en el derecho.
- Las disposiciones impugnadas no crean un monopolio legal a favor de la Sunat, toda vez que esta última no ha sido designada como entidad centralizadora, sino que las AFP podrán considerarla en su evaluación para elegir a la referida entidad. El rol que desempeñará la Sunat en la recaudación será de carácter extrafiscal, en tanto es una actividad económica no empresarial que se sustenta en los fines del Estado social.
- La comisión por saldo no atenta contra los consumidores, sino que produce una serie de ventajas para los afiliados. Si bien es cierto que la medida involucra una disminución de los fondos de los afiliados por gastos de administración, esto también genera que las AFP lleven a cabo sus mejores esfuerzos para generar mayor rentabilidad, pues será de allí que cobren sus comisiones.
- Por último, los afiliados existentes deciden libremente si se sujetan a la comisión mixta o si se mantienen en la comisión por flujo.

II. FUNDAMENTOS

1. Sobre la base de los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal debe iniciar su análisis con el alegato de inconstitucionalidad por la forma de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, para, posteriormente, proceder a examinar si respecto del cuestionamiento de los artículos 1 y 2 de la referida Ley, en la parte que modifica e incorpora los artículos 6, 7-A, 13, 14-A, 14-B, 14-C y 24-D del Decreto Supremo 054-97-EF, corresponde disponer que existe cosa juzgada constitucional estando a lo resuelto en la Sentencia 00013-2012-AI/TC y, por último, si resulta pertinente la declaración del estado de cosas inconstitucional de carácter estructural del Sistema Privado de Pensiones.

1.EXAMEN FORMAL DE LA LEY 29903

2. El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser: i) directa o indirecta; ii) de carácter total o parcial; y iii) tanto por la forma como por el fondo.

3. En ese sentido, este Tribunal ha señalado en el fundamento 22 de la sentencia recaída en el Expediente 00020-2005-PI/TC y 00021-2015-PI/TC (acumulados), que una norma incurre en una infracción constitucional de forma en 3 supuestos:

a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación.

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

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

4. De manera particular, este Tribunal también ha recordado que, en lo que respecta a la inconstitucionalidad formal, esta implica una vulneración de las normas procedimentales o del iter legislativo [STC 00012-2014-PI/TC, fundamento 2]. Es pertinente recordar que, si bien el accionar del Congreso permite un considerable nivel de discrecionalidad, este no faculta a inobservar las pautas que emanan de la Constitución o del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido u ordenado, escenarios en los cuales el Tribunal cuenta con competencia para examinar el procedimiento legislativo. De esta manera, el procedimiento parlamentario, aunque cuente con un considerable margen de maniobra político, no puede ser contrario a las obligaciones que dimanan de la Constitución o del bloque de constitucionalidad.

5. Los demandantes sugieren que la norma impugnada es inconstitucional por cuanto ha sido promulgada sin que el Proyecto de Ley 1213/2011-PE, remitido

por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República en junio de 2012, siga el iter parlamentario establecido.

6. Los cuestionamientos de los recurrentes se basan en "[…] el rapidísimo e irregular trámite, que no tiene precedentes, en cuanto a actos de abuso de poder del gobierno de turno y su bancada parlamentaria". Señalan que, pese a que existían diecisiete iniciativas legislativas en trámite, fue el proyecto del Ejecutivo el que se dictaminó al día siguiente de su presentación por la Comisión de Defensa del Consumidor, sin la votación calificada requerida, sin valorar el resto de propuestas presentadas y sin esperar los dictámenes de las Comisiones de Economía y de Trabajo y Seguridad Social.

7. Añaden, por último, que la Comisión Permanente amplió su agenda de manera irregular para incluir la iniciativa del Ejecutivo en el orden del día, la cual se aprobó por un único voto favorable de diferencia. Posteriormente, sería promulgada por el presidente de la República con suma prontitud, pese a haberse comprometido a escuchar otras propuestas.

8. Con relación a la aprobación del proyecto de ley aludido, que ha dado lugar a la ley objeto de control constitucional, corresponde analizar específicos ámbitos del procedimiento legislativo.

1.1 La aprobación del Proyecto de Ley en comisiones

9. De conformidad con el artículo 105 de la Constitución: "Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia" (énfasis agregado). Por su parte, en desarrollo de dicha disposición constitucional, el artículo 77 del Reglamento del Congreso, dispone expresamente lo siguiente:

> Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes.

De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a una o dos Comisiones, como máximo, para su estudio y dictamen, previa consulta con el Vicepresidente encargado. En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la Comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición.

La solicitud para que una Comisión adicional asuma la competencia sobre un proyecto de ley se resuelve por el Consejo Directivo, el que puede acceder a la petición en forma excepcional, además de acordar ampliar el plazo para dictaminar desde la fecha en que la segunda Comisión conoce el proyecto y por no más de treinta días útiles.

Las Comisiones tienen un máximo de treinta días útiles para expedir el dictamen respectivo, salvo el caso previsto en el párrafo precedente. La Comisión competente califica la admisibilidad de los proyectos de ley, verificando que la proposición cumpla con lo establecido en los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso, así como su compatibilidad constitucional, estando facultada para rechazarla de plano y archivarla. El acuerdo de archivamiento o inadmisibilidad es informado a la Oficialía Mayor. Si son varias las Comisiones, pueden presentar dictamen conjunto.

Cuando se trata de un dictamen de reenvío de la proposición legislativa por efecto de la aprobación de una cuestión previa o reconsideración, por observación formulada por el Presidente de la República, el plazo para dictaminar no puede exceder de treinta días útiles.

El Consejo Directivo dispone que se incluyan los dictámenes en la agenda, a propuesta del Presidente, debiendo ser distribuidos a los Congresistas por correo electrónico con anticipación de veinticuatro horas antes de que se considere el proyecto, sin perjuicio de su publicación en el Portal del Congreso. Solo en los casos en que se justifique la distribución se hace en forma física y, en los casos de suma urgencia, a criterio del Presidente se puede disponer la entrega física domiciliaria.

10. De lo expuesto se aprecia que se encuentra constitucionalmente ordenado que las iniciativas legislativas sean dictaminadas por la respectiva Comisión Parlamentaria y la inobservancia de la referida formalidad constituye un supuesto de

vulneración por la forma de la Constitución, correspondiendo la declaración de inconstitucionalidad.

11. La Constitución no determina qué comisión debe llevar a cabo el dictamen, ni señala si debe ser solo una o varias las que lo lleven a cabo, por lo que basta con que la iniciativa legislativa aprobada haya sido dictaminada de modo favorable por al menos una comisión del Congreso. De hecho, esta clase de actividades se encuentran, en principio, dentro del libre margen de actuación política que tiene dicha entidad del Estado, por lo que su inobservancia no genera un vicio cuya inconstitucionalidad debamos declarar en este proceso.

    Cuestión distinta sería, por ejemplo, si no se remitiera la proposición legislativa a una Comisión con un mínimo nivel de especialización en la materia que se discute, o si, en todo caso, no confluyera alguna excepción que habilite el propio Reglamento del Congreso, el cual, según hemos dicho en nuestra jurisprudencia ostenta rango legal así como la naturaleza de ley orgánica [STC 00047-2004-PI/TC]. Esos casos, evidentemente, sí habilitarían a que este Tribunal emita un pronunciamiento estimatorio, declarando la inconstitucionalidad por la forma de las disposiciones impugnadas. No es esa, sin embargo, la situación que ahora se presenta.

12. En efecto, en el caso de autos, el 8 de junio de 2012, el referido proyecto fue decretado a las Comisiones de Economía e Inteligencia Financiera y Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos para su estudio y dictamen respectivo. Posteriormente, el día 13 de junio del mismo año, la Comisión de Defensa del Consumidor dictaminó, entre otros, el proyecto de ley en mención, satisfaciendo con esto lo requerido por la Constitución.

13. Precisamente, los recurrentes cuestionan que el Proyecto de Ley 1213/2011-PE fuese dictaminado únicamente por la Comisión de Defensa del Consumidor y se exonerara el correspondiente de la Comisión de Economía, la cual intervino en el estudio y dictamen de los anteriores proyectos.

14. Como ya se señaló, el Congreso de la República tiene competencia exclusiva para determinar qué comisión o comisiones dictaminan una iniciativa sin que se encuentre condicionado por las remisiones que hubiese realizado previamente en iniciativas de la misma naturaleza.

15. Por otra parte, corresponde tener en cuenta que no resulta arbitrario que una iniciativa relacionada con el Sistema Privado de Pensiones sea dictaminada por la Comisión de Defensa del Consumidor toda vez que esta tiene por finalidad equilibrar las relaciones entre proveedores y consumidores dentro de un régimen de honesta y leal competencia.

16. De hecho, el Plan de Trabajo de dicha Comisión fija como tarea realizar el seguimiento y fiscalización de la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones con el objeto de atender "[…] el punto de vista de los consumidores y usuarios a fin de fomentar la libre competencia y el derecho de los usuarios a través de las nuevas instituciones y mecanismos que favorezcan la libre elección del usuario de las AFP, así como los mayores beneficios por los afiliados".

17. En segundo lugar, respecto de la exoneración del dictamen de la Comisión de Economía, este órgano de control de la Constitución observa que, el 15 de junio de 2012, mediante Acuerdo de Junta de Portavoces, se aprobó dicha medida con una votación mayor a los tres quintos del número legal de congresistas, conforme exige el artículo 31.a del Reglamento del Congreso. Esta Junta posee facultades deliberativas para exonerar determinados trámites del procedimiento legislativas [STC 00037-2009-PI/TC, fundamento 6]. En ese sentido, este Tribunal ha recordado que

> "resulta legítimo que la Junta de Portavoces pueda exonerar del trámite de segunda votación, con el objeto de agilizar el procedimiento legislativo, pues constituye el órgano de representación de los Grupos Parlamentarios, es decir, expresa la voluntad general de los parlamentarios integrantes de dichos grupos, debiendo tenerse presente que, además, se exige una votación de mayoría calificada que represente no menos de los tres quintos de los miembros del Congreso de la República" [STC 00008-2008-PI/TC, fundamento 7]".

18. Por tanto, no se advierte que en el examen del proyecto de ley cuestionado y su trámite en Comisiones exista algún vicio de constitucionalidad formal, por cuanto el mismo es acorde a lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución.

1.2. La aprobación de la ley en cuestión

19. Por otra parte, y también desde la perspectiva formal, corresponde examinar el proceso de aprobación de la Ley 29903.

1.2.1. Plazos para la aprobación de la ley

20. El accionante cuestiona la rapidez con la cual se aprobó el Proyecto de Ley 1213/2011-PE y la exoneración de los dictámenes de las comisiones de Economía y de Trabajo y Seguridad Social.

21. El trámite seguido para la aprobación de la referida ley fue el siguiente: (i) El 30 de mayo de 2012, el ministro de Economía y Finanzas Luis Miguel Castilla anuncia el envío al Congreso del proyecto de ley. (ii) El 8 de junio de 2012, el ofi-

cial mayor, en coordinación con el primer vicepresidente, decide que el proyecto presentado sea dictaminado por las Comisiones de Economía y de Defensa del Consumidor. (iii) El 13 de junio de 2012, la Comisión de Defensa del Consumidor emite dictamen favorable. (iv) El 15 de junio de 2012, la Junta de Portavoces dispensa de dictamen de la Comisión de Trabajo a los Proyectos de Ley 30/2011-PE, 54/2011-PE, 59/2011-PE, 68/2011-PE, 71/2011-PE y 474/2011-PE, y del dictamen de la Comisión de Economía a los Proyectos de Ley 54/2011-PE, 59/2011-PE, 63/2011-PE, 68/2011-PE, 71/2011-PE, 251/2011-PE, 252/2011-PE, 253/2011-PE, 254/2011-PE, 474/2011-PE y 1213/2011-PE. (v) El 4 de julio de 2012, la Comisión Permanente aprueba el proyecto con 11 votos a favor, 10 en contra y 1 abstención. (vi) El 13 de julio de 2012, se exonera la segunda votación del proyecto. (vii) El 17 de julio de 2012, se remite al Ejecutivo la autógrafa de ley. (viii) El 18 de julio de 2012, el presidente de la República promulga la Ley 29903. (ix) El 19 de julio de 2012, la ley es publicada en el diario oficial El Peruano.

22. Este Tribunal observa que el procedimiento seguido resulta conforme con la Constitución sin que constituya razón para la declaración de inconstitucionalidad la extensión del debate (siempre que este exista), o la del periodo de reflexión entre este y la votación. El hecho de que el procedimiento no haya sido desarrollado de la forma en la que deseaba el demandante no importa la existencia de algún vicio concreto de inconstitucionalidad. No es posible, por lo demás, que en el marco de un proceso de esta naturaleza el Tribunal tenga la posibilidad de advertir la intención del Poder Ejecutivo o del Congreso de buscar la aprobación inmediata de un proyecto de ley, más aún si ella fue realizada dentro de los plazos que se regulan en las disposiciones pertinentes. Ello es una materia ajena a lo que se discute en el seno de los procesos de inconstitucionalidad.

23. Por las razones expuestas corresponde desestimar la demanda en este extremo.

1.2.2. Ampliación de agenda

24. El segundo párrafo del artículo 105 de la Constitución establece: "Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia".

25. En el Oficio 125-2012-PR, mediante el cual el Poder Ejecutivo remite el Proyecto de Ley 1213/2011-PE, se solicita al Congreso "[…] que se sirva disponer su trámite con el carácter de urgente, según lo establecido por el Artículo 105º de la Constitución Política del Perú".

26. Corresponde tener en cuenta que, de acuerdo con el Reglamento del Congreso de la República, la Comisión Permanente tiene la potestad de introducir nuevos te-

mas en la agenda del Pleno y no resulta incongruente que lo haga respecto de una iniciativa del Poder Ejecutivo remitida con carácter de urgencia. De hecho, esta clase de cláusulas, esto es, aquellas que permiten otorgar prioridad a los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo, precisamente permiten una sana y conveniente articulación en el desempeño de las labores de ambos poderes del Estado.

27. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

1.2.3. Votos necesarios para la aprobación

28. En tercer lugar, el colegio accionante señala que el Proyecto de Ley 1213/2011-PE se aprobó apenas por un voto de diferencia en la Comisión Permanente.

29. Al respecto, la reforma del sistema pensionario no constituye una ley especial que exija aprobación por mayoría absoluta, sino que basta con una mayoría simple o relativa.

30. En este sentido, que la aprobación de la presente ley se haya producido por uno o más votos de diferencia no tiene implicancia constitucional alguna, pues la Constitución no establecía ningún mecanismo especial de aprobación para un asunto como el que la norma encierra.

1.2.4. La atención a las opiniones de los actores incluidos

31. Como última cuestión de control formal de constitucionalidad de la Ley 29903, el accionante alega que el presidente de la República se comprometió públicamente a escuchar todas las opiniones respecto de la ley, empero, horas más tarde la promulgó, sin honrar su palabra.

32. Al respecto, resulta pertinente señalar que una vez remitida la autógrafa al presidente de la República, este tiene quince días para pronunciarse promulgándola u observándola (artículo 108 de la Constitución) sin que resulte inconstitucional que emita su decisión el primero o el último día del plazo.

33. De acuerdo a este esquema, el proceso de formación de la ley no prevé una etapa en la cual el presidente de la República proceda a escuchar las opiniones controvertidas respecto de la autógrafa de ley sometida a su consideración.

34. La potestad de observar una autógrafa no implica el mandato imperativo de escuchar a los interesados para fundamentar su oposición y, por lo tanto, no se ha demostrado que exista un vicio que afecte la constitucionalidad de la ley. En todo caso, los cuestionamientos que puedan efectuarse respecto de este accionar quedan en el ámbito político, fuero en el cual se pueden determinar las responsabilidades a las que hubiera lugar.

35. Por los fundamentos expuestos, corresponde desestimar el alegato de inconstitucionalidad por la forma.

2. EXAMEN SOBRE EL FONDO DE LA LEY 29903

2.1. La cosa juzgada en las sentencias de inconstitucionalidad

36. El primer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Constitucional establece que "las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad […] tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación".

37. En el mismo sentido, el artículo 104.2 del citado código señala expresamente que la demanda será declarada improcedente "cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo".

38. A diferencia de lo que sucede en otros órdenes procesales, la determinación del efecto de la cosa juzgada material en el seno del control constitucional de una norma con rango de ley no admite una formulación sobre la base de límites subjetivos, esto es, con relación a los sujetos que participaron en el proceso, en la medida en que se trata de un proceso objetivo, con efectos erga omnes, pero cuyo acceso (legitimación activa) está restringido, ope constitutionis, a determinados sujetos procesales (fundamento 4 de la Resolución 0003-2005-PI/TC).

39. En los procesos de inconstitucionalidad, el atributo de res iudicata corresponde tanto a las sentencias estimatorias como desestimatorias, entendiendo por estas a toda decisión final que se pronuncie sobre el fondo de la controversia. Y, por ello, este Tribunal considera indispensable realizar algunas precisiones en torno a los efectos de la cosa juzgada en uno y otro caso.

40. En consecuencia, la inmutabilidad que impone la existencia de cosa juzgada supone la prohibición de que los órganos jurisdiccionales, incluido este Tribunal Constitucional, puedan entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de pronunciamiento.

2.2. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente 00013-2012-PI/TC

41. En la sentencia aludida, este Tribunal Constitucional se pronunció declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25 % del número legal de congresistas contra la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

42. Los aspectos resueltos en aquel caso son los mismos que ahora se cuestionan, es decir:

    a. La licitación del servicio de administración de las cuentas individuales;

    b. La comisión por saldo; y

    c. La centralización de los procesos operativos de las AFP.

43. Por tales razones, este Tribunal decide declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad de autos, por cuanto existe pronunciamiento desestimatorio previo respecto de las disposiciones cuestionadas habiéndose producido, a la fecha, la sustracción de la materia.

3. EXAMEN DEL PEDIDO DE DECLARACIÓN DE ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

44. El Colegio de Abogados de Puno sostiene que se ha configurado un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural en el sistema privado de pensiones, ya que este Tribunal Constitucional, al emitir la Sentencia 00014-2007-AI/TC, exhortó al legislador y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones "[…] para que, en el más breve plazo posible, emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFPs, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben".

45. Mediante la declaración del "estado de cosas inconstitucional" en los procesos de tutela de derechos, se persigue expandir el efecto de la sentencia estimatoria a terceros cuyos derechos se ven afectados por encontrarse en la misma posición que el demandante.

46. Esta técnica fue utilizada por primera vez en la Sentencia 02579-2003-HD/TC, donde sostuvo que "[s]e 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".

47. Este órgano de control de la Constitución ha recurrido a la declaración del estado de cosas inconstitucional en diversas ocasiones, como en las Sentencias 03149-2004-AC/TC (vulneración de derechos del personal docente por parte del MEF y el Minedu), 00361-2005-AC/TC (vulneración de derechos del personal docente de Ancash), 05561-2007-AA/TC (vulneración de derechos de los pensionistas por conducta de abogados de la ONP), 03426-2008-HC/TC (vulneración de

derechos por falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental), 02744-2015-PA/TC (vulneración de garantías de los migrantes), entre otros.

48. En todos estos casos, el Tribunal Constitucional brindó solución a la violación de derechos fundamentales que se derivan 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 inconstitucional, vulneran o amenazan derechos de otras personas ajenas al proceso.

49. Sin perjuicio de lo dicho y aun cuando la sentencia emitida en un proceso de control abstracto tiene, per se, efecto general, este órgano de control de la Constitución declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural al examinar una reforma de la Ley Universitaria en relación con la creación de filiales (Sentencia 00017-2008-AI/TC).

50. En dicho caso se sostuvo que "[…] es obligación del Estado adoptar de inmediato —respetando los criterios expuestos en esta sentencia— las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución" (punto resolutivo 4).

51. En la referida Sentencia 00017-2008-AI/TC, el Tribunal Constitucional advierte que el estado de cosas que resulta inconstitucional se relaciona con un déficit vinculado a la estructura institucional para la autorización de funcionamiento de filiales universitarias.

52. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, en el presente proceso, corresponde analizar si existe un estado de cosas inconstitucional en la estructura, funcionamiento o supervisión del sistema privado de pensiones.

53. En primer lugar, corresponde tomar en cuenta que en la Sentencia 0014-2007-PI/TC se realizó la ya glosada exhortación al legislador y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para que las comisiones se relacionen con el resultado de la gestión de las AFP.

54. Este Tribunal tiene resuelto que las exhortaciones:

> […] son recomendaciones o sugerencias, stricto sensu, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución

pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional (fundamento 3.3.4 de la Sentencia 00004-2004-CC/TC).

55. No existe inconstitucionalidad ni estado de cosas inconstitucional si el legislador no incurre en lo constitucionalmente prohibido u omite lo constitucionalmente ordenado. Atendiendo a que no existe algún tipo de comisión por la Administración de Fondos Pensionarios que pueda considerarse constitucionalmente ordenada, corresponde desestimar la demanda en este aspecto.

56. Por último, corresponde añadir que la opción del legislador por el establecimiento de una comisión por saldo no fue considerada inconstitucional sin que tampoco quepa descartar la posibilidad de que en el futuro se establezcan medidas complementarias que vinculen las potenciales pérdidas en el fondo de los afiliados con compensaciones que surjan del patrimonio de las AFP.

57. Por los fundamentos expuestos, corresponde desestimar el pedido de declaración del estado de cosas inconstitucional.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda en lo relativo a la inconstitucionalidad formal de la Ley 29903 y en lo relativo a la declaración del estado de cosas inconstitucional.

2. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en lo relativo a la inconstitucionalidad material de la Ley 29903.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

RAMOS NÚÑEZ

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 00015-2012-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto porque, si bien concuerdo con la decisión expuesta en la ponencia, considero que es pertinente agregar una serie de precisiones.

*

Los vicios de la ley que suelen ser cuestionados ante el Tribunal Constitucional se vinculan con aspectos formales y sustanciales. A través de los primeros, lo que se cuestiona es el incumplimiento de las normas procedimentales o del iter legislativo. Esto se presenta cuando, por ejemplo, existe un quebrantamiento del procedimiento normativo diseñado desde la Constitución, se expide una norma por un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo, o cuando un aspecto reservado a la Constitución es regulado por otra fuente del derecho. En cambio, lo que se suele impugnar a través de los aspectos sustanciales es la presencia de algún vicio legal que genere una suerte de incoherencia o incompatibilidad con el conjunto de derechos, bienes y principios que se reconocen en el texto constitucional.

Ahora bien, a propósito de lo que se ha discutido en este caso, me interesa ahondar en el primer conjunto de vicios, esto es, en aquellos que son de carácter formal. Los demandantes han solicitado al Tribunal un examen formal de la Ley 29903, ya que, según indican, no ha cumplido con el iter parlamentario diseñado desde la Constitución y el Reglamento del Congreso de la República. En particular, han precisado que el proyecto se aprobó de manera rápida e irregular, y que, pese a que existían diecisiete iniciativas legislativas en trámite, fue el proyecto del Ejecutivo el que se dictaminó al día siguiente de su presentación por la Comisión de Defensa del Consumidor, sin que exista la votación calificada y sin que se valoren los dictámenes de las Comisiones de Economía y de Trabajo y Seguridad Social. Agregan, además, que la Comisión Permanente amplió su agenda de manera irregular para incluir la iniciativa del Ejecutivo en el orden del día.

Esta clase de impugnaciones suelen colocarnos en una complicada encrucijada. Ciertamente, no es inusual que se cuestionen aspectos vinculados con la forma de la

aprobación de la ley, pese a que, en la mayoría de los casos, se contaron con los votos suficientes para su votación definitiva. Esto implica que, de comprobarse la presencia de algún vicio, el Tribunal debería declarar la inconstitucionalidad formal de la ley, a fin que la misma sea aprobada a través del procedimiento diseñado desde la Constitución y del Reglamento del Congreso. Sin embargo, ello ya genera una importante alteración del ordenamiento jurídico, ya que una norma que se encuentra en vigor, y que puede regular aspectos esenciales de la convivencia social (como el que aquí nos convoca, relativo a la seguridad social) debe ser expulsada, pese a que, en muchos casos, cuenta con los votos necesarios para su aprobación definitiva.

Resulta claro que los principales perjudicados por este potencial escenario de incertidumbre jurídica son los ciudadanos. Los vicios de forma pueden generar una declaratoria de inconstitucionalidad, pero no impedirían que una norma con similar contenido sea aprobada en un futuro no muy remoto. De hecho, este sería el destino, las más de las veces, de esta clase de impugnaciones. En dicho marco, el Congreso subsanaría los vicios formales y aprobaría una disposición semejante, salvo que el Tribunal haya advertido la presencia de alguna suerte de contradicción o antinomia con el conjunto de derechos, bienes y principios de relevancia constitucional. Lo que sí es cierto es que, en muchas oportunidades, esta clase de situaciones relacionadas con los cuestionamientos formales de una ley solo terminan por ser una postergación de lo que parece inevitable.

**

Los que hemos suscrito la ponencia estimamos que el procedimiento parlamentario es, básicamente, de carácter político, y ello ocasiona que existan ciertos mecanismos y procedimientos que, desde una perspectiva exclusivamente jurídica (como es la que suele realizar el Tribunal), pueden ser llamativos. Sin embargo, de ello no se desprende la presencia de algún vicio de la ley que acarree la declaratoria de su inconstitucionalidad. La presencia de actores como la Junta de Portavoces del Congreso, o la existencia de mecanismos como la exoneración del dictamen de comisión de ciertos proyectos de ley nos evidencian que estamos frente a un procedimiento que es flexible y que permite la incorporación constante de aportes y la aprobación prioritaria de todas aquellas iniciativas que el órgano de representación popular ha estimado pertinente analizar. Ello genera que, en muchas oportunidades, las críticas que se realizan en contra del procedimiento parlamentario se vinculen con asuntos que, pese a no ser técnicamente inconstitucionales, sí terminan por generar cierto grado de reproche por parte de los grupos parlamentarios o de todos aquellos actores que no resultaron vencedores en el debate político. En efecto, de la revisión de los argumentos de los demandantes se pueden apreciar distintos cuestionamientos que, en muchos extremos,

son de carácter subjetivo, como el hecho de hacer referencia a un proyecto que fue aprobado de manera "rápida".

En todo caso, resulta evidente que esta clase de impugnaciones se presentan, en esencia, por los vacíos legales de las disposiciones que regulan el procedimiento parlamentario, las cuales están contenidas en la Constitución, y, sobre todo, en el Reglamento del Congreso, al cual le hemos otorgado la naturaleza de ley orgánica [STC 00013-2009-PI/TC]. He destacado que esta clase de inconvenientes no nos permiten hacer referencia, per se, a la presencia de algún vicio de inconstitucionalidad que afecte la vigencia de las normas.

No puedo dejar de resaltar que esta clase de situaciones pueden ser previstas, de manera más certera, en el Reglamento del Congreso. Aspectos relacionados con la existencia de un sistema de plazos, y la consiguiente presencia de mecanismos de control para su adecuado cumplimiento, deberían, en principio, ser regulados. Del mismo modo, deberían establecerse disposiciones que se vinculen con la posibilidad de la existencia de una votación en el Pleno del Congreso sin que se hayan remitido los dictámenes de las comisiones competentes. Entiendo que el Pleno, al ser el órgano deliberativo máximo, puede colmar los espacios relativos a dichos vacíos, pero resalto la conveniencia de que el Congreso pueda evitar esta clase de discusiones con una regulación más amplia del iter parlamentario.

S.

RAMOS NÚÑEZ

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 00015-2012-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FORMA DE LA NORMA IMPUGNADA

Considero que existe inconstitucionalidad por la forma, ya que el trámite de la aprobación de dicha ley cuenta con un vicio de forma por haber sido aprobada sin cumplir con el trámite de doble votación que establece el artículo 73, inciso e, del Reglamento del Congreso.

A continuación fundamento mi posición:

1. En el presente caso, el análisis sobre la constitucionalidad formal de la norma impugnada, reclama verificar si el procedimiento parlamentario para su aprobación ha sido cumplido. Esto, tanto con relación a las funciones legislativas que la Constitución le ha otorgado al Congreso de la República, como con relación a la regulación establecida en el Reglamento del Congreso, que forma parte del parámetro de constitucionalidad de la presente causa, en razón de que dicha norma forma un bloque de constitucionalidad con la Constitución.
2. El artículo 73 del Reglamento del Congreso, regula el procedimiento legislativo, estableciendo lo siguiente:

   El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:

   a) Iniciativa legislativa;

   b) Estudio en comisiones;

   c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;

   d) Debate en el Pleno;

   e) Aprobación por doble votación; y,

   f) Promulgación.

> Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

3. Adicionalmente a ello, es necesario precisar que el artículo 76 del citado reglamento, regula los requisitos que deben presentar las proposiciones de ley y de resolución legislativa para su trámite regular. Sin embargo, el artículo 77 otorga a la Junta de Portavoces la siguiente facultad para situaciones excepcionales:

   La junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes.

4. Sobre la doble votación para la aprobación de un proyecto de ley, el artículo 78 del Reglamento del Congreso señala lo siguiente:

   > La segunda votación a que se refiere el inciso e) del artículo 73 deberá efectuarse transcurridos siete (7) días calendario como mínimo. Esta segunda votación será a totalidad y con debate.
   >
   > Sin el requisito de la doble votación, la Mesa Directiva no puede proseguir el trámite de la ley ni enviarla al Presidente de la República para su promulgación. Solo se encuentran exoneradas de este requisito las proposiciones de resolución legislativa de aprobación de tratados, de aprobación de ingreso de tropas extranjeras, de autorización de viajes al exterior al Presidente de la República y la de designación, elección o ratificación de funcionarios, a que se refieren los incisos f), h) y j) del numeral 1 del artículo 76 y el artículo 93 del presente Reglamento.
   >
   > Asimismo, están exoneradas de este requisito la aprobación de la Ley de Presupuesto General de la República y sus leyes conexas, la aprobación de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencia de partidas, y la aprobación de la Cuenta General de la República. También están exceptuados el voto de la cuestión de confianza al Consejo de Ministros así como las mociones de censura al Consejo de Ministros o contra cualquiera de los ministros del Estado, que están referidos en los artículos 133 y 132 de la Constitución Política del Estado.

5. En mi opinión, si bien resulta cierto que las normas citadas otorgan a la Junta de Portavoces la facultad de exoneración de la doble votación en el trámite de las proposiciones de ley o de las resoluciones legislativas, tal facultad esta referida solo al Pleno. No habilita exonerar de la doble votación a la Comisión Permanente.

6. Me explico: nuestra Constitución Política ha adoptado un modelo de Congreso unicameral cuyo funcionamiento se encuentra regulado en su Reglamento. En dicho texto, se ha establecido un procedimiento legislativo con etapas mínimas reguladas por el artículo 73, que, a mi juicio, deben cumplirse con la finalidad de emitir normas a la luz de un debate político multipartidario propio de una república democrática respetuosa del Estado de Derecho.

7. Ello no implica que existan situaciones excepcionales que requieran de una pronta atención a través de un procedimiento especial y célere por parte del Congreso. Sin embargo, estas situaciones excepcionales tampoco pueden justificar la validación del quiebre de las etapas del procedimiento legislativo a través del ejercicio de las facultades de la Comisión Permanente, para emitir normas con rango legal sin contar con la doble votación, pues entender como constitucional un ejercicio de las facultades legislativas en dichos términos trastocaría el diseño constitucional del Congreso; máxime si se tiene en cuenta que el Perú cuenta con un sistema unicameral, por lo que debe respetarse el procedimiento que exige doble votación, como una forma de asegurar un mejor y mayor debate. En tal sentido, las exoneraciones a dicha doble votación deben ser analizadas con un criterio restrictivo; solo para casos excepcionales.

S.

BLUME FORTINI

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 00015-2012-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con la sentencia en mayoría en que la demanda se declare IMPROCEDENTE en lo referido al contenido de la ley de reforma del sistema privado de pensiones. A mi criterio, la subasta de nuevos afiliados, la comisión por saldo y la centralización de procesos operativos son inconstitucionales, pero ello ya fue materia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es cosa juzgada.

Igualmente, concuerdo en que la solicitud de declaración de "estado de cosas inconstitucional" es INFUNDADA. Como he expresado en otros pronunciamientos, a mi criterio, la constitucionalidad es un atributo que pueden tener o no tener las normas jurídicas, no la realidad.

No obstante, considero que la demanda es FUNDADA en el extremo referido al procedimiento legislativo que siguió la aprobación de tal ley. Ésta fue aprobada por la Comisión Permanente, integrada en esa sesión por solo 22 congresistas y por una diferencia de un solo voto. Esto no es inconstitucional, pero sí que a esta ley se le exonerara de la doble votación que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso.

Una interpretación sistemática de las normas constitucionales y legales que regulan el funcionamiento del Congreso permite que la Junta de Portavoces exonere al Pleno —pero no a la Comisión Permanente— de la doble votación. Es evidente que permitir que un proyecto de ley sea aprobado por once votos en una sola votación desnaturaliza el carácter deliberativo del Congreso de la República.

De hecho, nunca antes se exoneró de la doble votación, en la Comisión Permanente, a un proyecto de ley —menos aún a uno de la importancia de la ley objeto de análisis. La manera como se aprobó esta ley configuró un "despotismo de comisión" incompatible con el orden constitucional. Representó una inconstitucionalidad manifiesta, frente a la cual el principio de conservación de las leyes no ha debido prevalecer.

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 00015-2012-PI/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. En la presente causa los demandantes cuestionan la constitucionalidad de la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, Ley 29903, alegando vicios de forma y de fondo. Piden además que se declare un estado de cosas inconstitucional, sobre la base de una exhortación que realizó este Tribunal en una causa anterior.

2. Con respecto a lo primero, considero que corresponde declarar fundada la demanda en atención a lo que en el proyecto de sentencia se denomina "vicios formales". Sin embargo, a mi parecer, aquellos déficits de deliberación y reflexión que suceden en el ámbito parlamentario, y más aun si partimos de un sistema unicameral como es nuestro caso, no deben ser considerados tan solo como vicios "de forma". Por el contrario, ellos constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución. Por ende, su contravención debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.

3. Al respecto, los referidos vicios deliberativos solo podrían ser considerados como meros vicios formales desde concepciones puramente ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, posiblemente siguiendo las formalidades previstas para ello, sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide, pues para dichas concepciones tan solo bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo la legitimidad de las decisiones públicas se basan en las razones ofrecidas a su favor, y no en la imposición arbitraria del poder, por lo cual bien puede hablarse de un giro argumentativo o deliberativo en la concepción de la democracia.

4. Es más, y en un pronunciamiento muy reciente, este órgano colegiado ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de

decisiones, y en particular de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. n.º 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada "Ley Antitransfuguismo"), este Tribunal sostuvo que:

> "3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.
>
> 4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este es un auténtico órgano deliberante. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.
>
> 5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general" (cursivas agregadas).

5. De este modo, es claro pues que la legitimidad y la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.

6. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una deliberación robusta hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de los directamente afectados, así como las de los sujetos y colectivos débiles, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación), y finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no debe tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publificación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, por tender a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

7. Como se hace evidente, en relación con estos vicios referidos a la falta de o a la insuficiente deliberación en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente, sin atender a que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.

8. Adicionalmente, debo señalar que la referida inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que no se permitió la discusión de quienes se verían afectados por la medida aprobada (v. gr. "caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería", de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las Sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).

9. Señalado todo esto, veamos a continuación entonces los presuntos vicios o infracciones alegados por los demandantes. Al respecto, ellos sostienen que:

9.1. El proyecto de ley, que fue remitido por el Poder Ejecutivo, solo pasó por la Comisión de Defensa del Consumidor, y no por la de Economía, tal como ocurrió con otros proyectos similares. Aquello se habría decidido de manera que por lo menos podría calificarse como discutible.

9.2. Los plazos para la tramitación del proyecto fueron exageradamente cortos:

- El viernes 8 de junio el Oficial Mayor del Congreso, en coordinación con el Primer Vicepresidente, decidió que el proyecto sea dictaminado por las Comisiones de Defensa del Consumidor y de Economía.
- El miércoles 13 de junio la Comisión de Defensa del Consumidor emitió dictamen favorable.
- El viernes 15 de junio el proyecto fue dispensado de recibir dictamen de la Comisión de Economía.
- El miércoles 4 de julio (estando en receso el Pleno del Congreso) la Comisión Permanente agendó y aprobó el proyecto con once votos a favor, diez en contra y una abstención.
- El viernes 13 de julio el proyecto fue exonerado de segunda votación.
- El martes 17 de julio se remitió al Ejecutivo la autógrafa de ley. Al día siguiente el Presidente de la República promulgó la Ley 29903, la cual finalmente fue publicada al día siguiente en el Diario Oficial.

9.3. La agenda de la Comisión Permanente fue ampliada intempestivamente para incorporar la discusión del proyecto.

9.4. El proyecto fue aprobado Comisión Permanente tan solo con un voto de diferencia (y exonerado de segunda votación).

9.5. Pese a un ofrecimiento en principio contrario del entonces Presidente de la República, se promulgó la ley sin escuchar todas las opiniones existentes al respecto.

10. Frente a todo ello, el proyecto de sentencia de este Tribunal está desestimando las vulneraciones aquí señaladas debido a razones principalmente formales. De este modo, en el proyecto se señala que basta con la formalidad de que los proyectos de ley hayan pasado siquiera por una comisión; que se encuentra prevista la posibilidad de exonerar del paso por comisión a un proyecto; que se ha respetado el procedimiento formalmente preestablecido; que la dispensa del pase por comisión, de segunda votación o la abrupta ampliación de la agenda de la Comisión Permanente se justifica porque se trataba de un proyecto del Ejecutivo enviado con carácter de urgencia, etc.

11. Por mi parte, entiendo que, en efecto, en algunas ocasiones, y sobre la base de consideraciones políticas, existen cuestiones urgentísimas que deben ser resueltas con prontitud. Sin embargo, las razones que hacen de algo políticamente urgente no pueden justificar el sacrificio absoluto, ni vaciar de contenido, los elementos o mecanismos que aseguran que las decisiones políticas sean realmente respetuosas del principio democrático, entre los cuales están, sin duda, aquellos vinculados con la deliberación, la reflexión y la revisión de las decisiones, máxime atendiendo a que nuestra Constitución ha planteado un sistema unicameral y, por ende, no cuenta con una cámara específicamente reflexiva o revisora.

12. Siendo así, visto en contexto el conjunto de exoneraciones y prisas en el trámite de aprobación del proyecto de ley, considero que ha existido claramente un déficit de deliberación, por lo cual la Ley 29903 debe ser declarada inconstitucional, y disponerse que se subsane la omisión. Ahora bien, ello no significa que el Congreso no podría, conforme a sus competencias constitucionales, eventualmente eximir de alguna tramitación un proyecto de ley o disponer lo necesario para su pronta aprobación. Lo que está prohibido de hacer es acumular tales permisiones o exoneraciones, dando como resultado de ello la aprobación de una norma legal insuficientemente debatida o revisada. Aquello, y sin perjuicio de algunas pautas generales que debería ir esbozando este Tribunal en el futuro, es algo que desde luego tendría que ser analizado caso por caso.

13. Por otra parte, estoy de acuerdo con la parte de la sentencia que es declarada improcedente, debido a que, en efecto, existe cosa juzgada en relación con algunos aspectos que ya fueron objeto de pronunciamiento en la STC Exp. n.º 00013-2012-PI. Ahora bien, muy respetuosamente, considero que en el proyecto de sentencia debería aparecer una referencia más clara sobre aquello que fue resuelto en el caso anterior y lo que en esta ocasión se está demandando (más allá de la referencia muy genérica a tres puntos que habrían sido tratados antes y ahora).

14. Además, y con respecto a la declaración del estado de cosas inconstitucional, el pedido se sustenta en que en la STC Exp. n.° 00014-2007-PI este Tribunal había exhortado al legislador y a la Superintendencia de Banca Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones a que, en el más breve plazo, establezca una regulación orientada a que las pérdidas que sean consecuencia del riesgo de la administración de fondos sean asumidas también por el patrimonio de las AFP, incluyendo un porcentaje de lo que reciben como comisión.

15. Al respecto, considero que no resulta descaminado el pedido planteado, en la medida que aquello que justificó la exhortación no ha cambiado y, más bien al contrario, ha adquirido dimensiones de inconstitucionalidad debido a la desidia de los actores exhortados y al paso del tiempo sin que se haya dado la regulación.

16. En este sentido, es menester recordar que en una anterior ocasión este Tribunal, también sobre la base de una exhortación previa (contenida en la STC Exp. n.° 1776-2004-PA), la cual por cierto no fue atendida por el legislador, procedió a completar la omisión en la que se venía incurriendo, relacionada con la falta de regulación de la desafiliación de las AFP por indebida información, a través de la STC Exp. n.° 00014-2007-PI.

17. En este contexto, y en lo que a mí concierne, considero conveniente reiterar la exhortación realizada en la STC Exp. n.° 00014-2007-PI, estableciendo un plazo perentorio de un año para que los órganos respectivos emitan la regulación pertinente, luego de lo cual este Tribunal quedaría habilitado para subsanar la omisión detectada.

S.

ESIPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del 25% del número legal de congresistas contra la Ley 30793. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de octubre del 2018.

Fecha de publicación en el diario oficial El Peruano: 24 de octubre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda motivada por los recurrentes contra la Ley 30793, quienes alegaron la violación de los incisos 4, 5 y 17 del artículo 2 y el artículo 105 de la Constitución, así como los incisos 1 y 3 del artículo 13 y el artículo 23 a) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 105 de la Constitución dispone que ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Se tiene la preferencia del Congreso para los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia. Es así que en este caso se verificó que el proyecto de la ley cuestionado fue enviado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, en donde se le exoneró de dictamen, y donde luego se elaboró y debatió el dictamen de insistencia aprobado como consecuencia de las observaciones realizadas por el Poder Ejecutivo.

Por lo que el Tribunal consideró que no resulta arbitrario ni irrazonable que el proyecto de la ley cuestionado haya sido derivado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, ya que la publicidad estatal se desarrolla a través de medios de comunicación masivos, y dicha comisión recoge iniciativas legislativas que contribuyan a la formación, mejoramiento y modernización del servicio de comunicaciones, en salvaguarda de las condiciones de seguridad y salud, protección del medio ambiente y de la sociedad en su conjunto, conforme lo establece su Plan de Trabajo para el período 2017-2018. En consecuencia, advirtió

que la derivación del proyecto de ley cuestionado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones no constituye un vicio de inconstitucionalidad formal, ya que el actuar del Congreso de la República se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido.

Asimismo, se hace mención al artículo 2, inciso 4, pues para ejercitar las libertades allí reconocidas, entre las que se incluye la libertad de expresión, no se requiere autorización previa ni puede ser objeto de censura o impedimento. Es que los medios públicos que posee el Estado no permiten cristalizar el principio de máxima divulgación o no pueden garantizar que esa difusión sea efectiva, que de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se desprende del artículo 13 de la CADH.

En efecto, el Tribunal consideró que la publicidad estatal está protegida por el derecho a la libertad de información, en tanto se asume que el Estado brinda información relevante para el interés social, lo que se relaciona con el derecho de la colectividad de ser informada. A ello, la circulación diversa de información tiene una marcada influencia colectiva y es trascendental para la autorrealización de la persona, pues la pluralidad de fuentes informativas permitirá que ella cuente con la mayor cantidad de datos disponibles para adoptar las decisiones que, según estime, sean beneficiosas para la concreción de su proyecto de vida y el bienestar de la comunidad.

A ello, el artículo 2, inciso 17, hace alusión al derecho de participación política, 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 los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum e indica que tiene carácter fundamental y su ámbito de protección se vincula con la libre intervención en los procesos de deliberación y la toma de decisiones en las esferas políticas, económicas, sociales y culturales. Es así que el tribunal señaló que la ley cuestionada vulnera el derecho a la libertad de información al establecer que la publicidad estatal solo pueda ser difundida por medios estatales, situación que trae como resultado un bajo nivel de penetración de la información pública en la sociedad.

Por último, el derecho a la libertad de contratación, regulado en el inciso 14 del artículo 2, se fundamenta en el principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido, la libertad de contratar y la libertad contractual. Es así que el Tribunal señaló que el Estado tiene el deber de brindar información a los ciudadanos sobre las actividades que realiza, en virtud de la

relación entre el derecho a la libertad de información y sus deberes fundamentales establecidos en el artículo 44 de la Constitución; además, se consideró pertinente destacar la obligación de los medios de comunicación privados de informar a la población de asuntos de interés público, sin que exista, necesariamente, un contrato de publicidad estatal de por medio. En conclusión, el artículo 3 de la ley impugnada constituye una limitación injustificada al derecho a la libertad de contratación.

En cuanto al principio de legalidad en materia penal, el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 3 de la Ley 30793 por vulnerar el principio de legalidad penal, libertad de información, libertad de contratar con fines lícitos. Y respecto a la normativa constitucional sobre decretos de urgencia, el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 4 de la Ley 30793.

Temas Claves: Derecho a la libertad de información – derecho a la libertad de contratación – principio de legalidad – participación política.

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11 de octubre de 2018

Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

Poder Ejecutivo y Congresistas C. Congreso de La República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL 349

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES 349

B-1. DEMANDAS 349

B-1.1. Demanda interpuesta por congresistas (Expediente 0012-2018-PI/TC) .. 349

B-1.2. Demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo (Expediente 0013-2018-PI/TC) 353

B-2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS 357

B-2.1. Contestación en el Expediente 0012-2018-PI/TC 357

B-2.2. Contestación en el Expediente 0013-2018-PI/TC 359

C. INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 360

D. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA DEFENSORIA DEL PUEBLO 363

E. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO 365

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma 367

1.1. Delegación de materias en la Comisión Permanente y características del debate parlamentario 369

1.2. El deber de justificar las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces 371

1.3. La determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley . 375

2. Supuesta vulneración a la libertad de información 376

2.1. Las dimensiones de la libertad de información 376

2.2. Publicidad estatal y libertad de información 382

2.3. Libertad de información y test de proporcionalidad 388

2.3.1 Delimitación del contenido del derecho fundamental presuntamente afectado e intervención 388

2.3.2 Subcriterio de idoneidad 390

2.3.3 Subcriterio de necesidad 392

3. Supuesta vulneración al derecho de acceso a la información pública 398
4. Supuesta vulneración al derecho a la participación política 399
5. Supuesta vulneración al derecho a la libertad de expresión 401
6. Supuesta vulneración al derecho a la libertad de contratación 405
7. Supuesta vulneración al principio de legalidad en materia penal 410
8. Supuesta vulneración a la normativa constitucional sobre decretos de urgencia 414
9. Efectos de la sentencia 417
III. FALLO..... 420

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

SENTENCIADEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de octubre de 2018, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno, con la asistencia de los señores magistrados Blume Fortini, presidente; Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia con el abocamiento del magistrado Miranda Canales, aprobado en la sesión del Pleno del día 27 de febrero de 2018; y con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa. También se agrega el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 20 de junio de 2018, más del 25% del número legal de congresistas interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793, Ley que regula el gasto en publicidad del Estado peruano, publicada el 18 de junio de 2018 en el Diario Oficial El Peruano.

Alegan la violación de los incisos 4, 5 y 17 del artículo 2 y el artículo 105 de la Constitución, así como los incisos 1 y 3 del artículo 13 y el artículo 23 a) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De otra parte, con fecha 21 de junio de 2018, el Poder Ejecutivo, por medio del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, interpone demanda contra la misma ley. Alega la violación de los incisos 4, 14 y 24 d) del artículo 2 y del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, así como del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En defensa de la constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas el Congreso de la República, a través de su apoderado, contesta las demandas con fecha 8 y 14 de agosto de 2018, respectivamente, negándolas y contradiciéndolas en todos sus extre-

mos, señalando que la ley cuestionada no contraviene la Constitución por la forma ni por el fondo, por lo que solicita que sean declaradas infundadas.

B. ARGUMENTO DE LA PARTES

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

B-1. DEMANDAS

B-1.1. DEMANDA INTERPUESTA POR CONGRESISTAS (EXPEDIENTE 0012-2018-PI/TC)

Los congresistas demandantes alegan que la ley impugnada incurre en inconstitucionalidades de forma y de fondo, pues fue emitida sin observar el trámite legislativo previsto en el artículo 105 de la Constitución, y viola el derecho a la información y el derecho a la participación política, reconocidos tanto en la Constitución como en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

- *Inconstitucionalidad por la forma*

Respecto de la inconstitucionalidad por la forma, sostienen que se ha vulnerado flagrantemente el artículo 105 de la Constitución. Según mencionan, dicha disposición debe ser interpretada sistemáticamente con el artículo 78 del Reglamento del Congreso, el cual formaría parte del bloque de constitucionalidad en lo que respecta a las funciones y competencias del Congreso.

Interpretando dichas normas alegan que:

- Ningún proyecto puede ser debatido por el Pleno sin haber sido estudiado y dictaminado, previamente, por una comisión especializada.
- Ningún dictamen aprobado por una comisión especializada puede ser debatido por el Pleno si, previamente, no ha sido publicado en el portal oficial del Congreso.

Ambas normas admiten una excepción, que la junta de portavoces acuerde por mayoría exonerar de tales requisitos al proyecto de ley o a un dictamen de comisión ordinaria. Sin embargo, tal excepción no debe proceder en virtud a una voluntad discrecional de la mayoría de sus miembros, que puede devenir en arbitraria.

En tal sentido, el acuerdo de la Junta de Portavoces no debe obedecer a razones meramente políticas o que atenten contra el principio de publicidad de las normas y de deliberación en el Congreso, sino que deben existir razones que justifiquen la exoneración.

El proyecto de ley 02133-2017-CR fue materia de dos exoneraciones contempladas en el artículo 78 del Reglamento del Congreso: (i) exoneración del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones (por lo que fue remitida directamente a la Comisión Permanente, donde fue aprobada con un texto sustitutorio); y, (ii) ampliación de agenda del Pleno. Luego que la autógrafa fuera observada por el Presidente de la República, la citada Comisión de Transportes y Comunicaciones elaboró un dictamen de insistencia que fue exonerado del plazo de publicación en el portal del Congreso para que sea debatido y aprobado en el Pleno.

Los congresistas demandantes señalan que en el presente caso las razones que justifican las exoneraciones brillan por su ausencia, que la iniciativa no provenía del Poder Ejecutivo, ni respondía a una demanda social o política urgente que justificara su aprobación célere.

Desde la presentación del proyecto de ley, el 27 de noviembre de 2017, hasta su aprobación por la Comisión Permanente, el 21 de febrero de 2018, pasaron menos de tres meses en los que el Congreso no realizó ninguna reunión de trabajo para debatir sus alcances y solo se debatió en la Comisión Permanente en dos oportunidades.

De igual forma ocurrió con la autógrafa, que fue devuelta con observaciones del Poder Ejecutivo. Luego de un dictamen de insistencia de la Comisión de Transportes y Comunicaciones fue remitido al día siguiente al Pleno para su discusión y aprobación por mayoría.

Los demandantes refieren que este apuro no ha sido justificado. Y es que no basta con sostener que ello fue así porque la junta de portavoces así lo quiso. Ello implicaría avalar la arbitrariedad y el despotismo de la mayoría que piensa la democracia como un sistema de votos, contraviniendo los principios que dan sentido a nuestra Constitución y los intereses de los ciudadanos.

Concluyen que este tipo de proceder no encuentra asidero en nuestro sistema jurídico y atenta contra los principios de interdicción de la arbitrariedad y democracia deliberativa que orientan los artículos 105 de la Constitución y 78 del Reglamento del Congreso.

• *Inconstitucionalidad por el fondo*

Vulneración del derecho de acceso a la información pública

En la demanda se sostiene que la prohibición de publicidad estatal establecida en el artículo 1 de la Ley 30793 contraviene el derecho de acceso a la información pública, regulado en el artículo 2, incisos 4 y 5 de la Constitución.

Se sostiene que los medios públicos que posee el Estado no permiten cristalizar el principio de máxima divulgación que, de acuerdo a la Corte Interamericana de Dere-

chos Humanos (Corte IDH), se desprende del artículo 13 de la CADH. Y es que los medios estatales pueden contribuir a la difusión de la información pública pero no pueden garantizar que esa difusión sea efectiva.

Los demandantes subrayan la diferencia entre cobertura y rating explicando que los medios estatales pueden tener mayor cobertura pero sus niveles de audiencia no son muy grandes. TV Perú, por ejemplo, llega a todo el Perú pero sus niveles de audiencia no superan el 3%. Por lo tanto, si el Estado publicita información sobre servicios o medidas políticas, muy poca gente se enteraría de ellos.

Según los demandantes, el artículo 2 de la Ley 30793 adolece del mismo problema ya indicado, puesto que de acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI) el acceso al servicio de internet en el Perú no es masivo y en algunas localidades no existe posibilidad de que lo sea por falta de infraestructura y logística. En este caso, ya no se trata de un problema de rating sino de cobertura y acceso, contraviniendo el derecho de acceso a la información.

Agregan que el impacto de esta ley en algunos medios de comunicación significaría su cierre. Por consiguiente, esta norma estaría promoviendo una censura indirecta, prohibida por el artículo 13, inciso 3, de la CADH. Señalan que la Ley 30793 constituye un peligro latente contra la línea editorial de los medios independientes y alternativos, los que tendrán que atemperar sus posiciones, por cuanto se volverán económicamente dependientes del financiamiento privado.

Vulneración del derecho a la participación política

En la demanda también se ha sostenido que esta ley contraviene el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, por cuanto se estaría afectando el derecho a la participación política. Sostienen los recurrentes que los ciudadanos requieren contar con información no solo para conocer cuáles son los servicios que ofrece el Estado sino también para controlar y criticar sus acciones. La omisión de información veraz reduce la capacidad de la ciudadanía de interpelar a las autoridades, y aumenta la posibilidad de que estas incurran en actos indebidos.

Señalan que la información que genera el Estado no se limita a publicitar las obras públicas de sus órganos políticos, sino que permite atender mejor las necesidades de las personas y cumplir con la promoción y garantía de los derechos, que es una obligación constitucional. Asimismo, permite evitar la corrupción y optimizar los niveles de control y participación de la ciudadanía.

Se trata de una ley innecesaria que no supera el examen de proporcionalidad

Los demandantes alegan, además, que la ley es innecesaria, ya que en gran medida regula algo que ya está previsto en la Ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal,

publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 15 de agosto de 2006. En esta se establecen los criterios que debe seguir el Estado a la hora de contratar servicios publicitarios y se establecen sanciones a los mismos cuando no son observados. Con dicha ley se establece un punto de equilibrio entre el gasto eficiente y las responsabilidades contraídas por el Estado en materia de libertades informativas.

En tal sentido, la Ley 28874 establece límites como la prohibición de erogar recursos presupuestarios en beneficio de un candidato. Dispone, además, que ningún funcionario podrá aparecer en las inserciones que se paguen en medios y que no se buscará privilegiar a una empresa en particular.

Señalan los demandantes que, para los proponentes de la ley cuestionada, la Ley 28874 no fue una herramienta efectiva para evitar el dispendio y el clientelismo político. Si ello es cierto, argumentan, el problema no sería la norma en sí, sino su aplicación práctica.

Por último, los demandantes sostienen que la ley cuestionada no supera el examen de proporcionalidad. Aceptan que resulta idónea para cumplir con su fin constitucionalmente legítimo, el cual es optimizar el gasto público, pues se prohíbe destinar recursos para la contratación de espacios publicitarios en medios privados, y esos recursos se podrán emplear para atender otras demandas.

No obstante, la ley no pasaría el test de necesidad, por cuanto existen otras medias igualmente idóneas con un menor impacto en los derechos fundamentales referidos. Efectivamente, señalan que muchas de estas medidas alternativas menos gravosas ya existen en la Ley 28874, que regula la publicidad en base a criterios objetivos y razonables.

B-1.2. DEMANDA INTERPUESTA POR EL PODER EJECUTIVO (EXPEDIENTE 0013-2018-PI/TC)

En líneas generales el Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 30793 es inconstitucional tanto por la forma como por el fondo. En tal sentido, plantea que se debe utilizar un parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad.

- *Inconstitucionalidad por la forma*

Argumenta que debe evaluarse la constitucionalidad del procedimiento parlamentario por medio del cual se aprobó la ley cuestionada sin limitarse al formalismo jurídico del Reglamento del Congreso, en atención a que se trataba de un proyecto de ley que restringe la libertad de expresión.

Por ello, señala que el proyecto debió observar las siguiente reglas: (i) debió ser analizado por las comisiones ordinarias del Congreso en materia Constitucional y Dere-

chos Humanos; (ii) no debió ser exonerado del debate en comisiones por la junta de portavoces; (iii) debió ser debatido y aprobado por el Pleno del Congreso; y, (iv) las observaciones de índole constitucional realizadas por el Poder Ejecutivo a la autógrafa de la ley debieron ser analizadas previamente por la Comisión de Constitución y Reglamento antes que el Pleno decida sobre la insistencia o allanamiento.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 30793 es inconstitucional por la forma, por cuanto el procedimiento parlamentario para aprobar la ley no respetó las garantías mínimas que deben observarse para el debate de un dispositivo legal que limita y restringe el ejercicio de expresión e información. En tal sentido, se habría desconocido el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Asimismo, refiere que la Ley 30793 no establece una cláusula de derogación expresa. Cuando en el debate parlamentario se planteó la necesidad de precisar la relación con la Ley 28874, el autor del proyecto de ley, el congresista Mauricio Mulder solo indicó que su demanda buscaba corregir la Ley 28874.

Este dato es relevante para el demandante por cuanto, en caso el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la Ley 30793, no se produciría un vacío normativo respecto a la publicidad estatal.

- *Inconstitucionalidad por el fondo*

Vulneración del derecho a la libertad de información

En lo que al respecta a la inconstitucionalidad por el fondo, el demandante expresa que el artículo 3 de la Ley 30793 contraviene el derecho de toda persona a recibir información, contemplado en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución y artículo 13 de la CADH.

Alega el Poder Ejecutivo que la publicidad estatal constituye en la actualidad una vía mediante la cual se brinda información a la ciudadanía respecto al desarrollo de sus múltiples actividades. En tal sentido, la prohibición de la difusión de publicidad estatal en medios privados solo puede justificarse en la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos como el orden público, la seguridad nacional, la salud, y la moral pública. Sin embargo, previo a la aprobación de la autógrafa de la ley no se aprecia que el legislador haya realizado este tipo de análisis.

Por ello, al establecer una restricción sin sustento o justificación de índole constitucional o convencional, el artículo 3 de la ley cuestionada deviene en inconstitucional.

Restricción a la obligación del Estado de garantizar el derecho de toda persona a recibir información

El demandante refiere que las normas que reconocen derechos fundamentales no solo se ven afectadas cuando se emiten leyes que restringen su ejercicio sino también cuando tales leyes impiden al Estado cumplir con sus obligaciones, constitucionales y convencionales a favor de las personas.

Con ello, los artículos 1 y 3 de la Ley 30793 impiden al Estado cumplir con su obligación de brindar información pública a la ciudadanía y garantizar el ejercicio del derecho de toda persona a recibir información. Esto contraviene las obligaciones del Estado en materia de libertad de información, derivados de los artículos 2, incisos 4 y 44, de la Constitución, así como los artículos 1, 2 y 3 de la CADH.

Vulneración de la igualdad para recibir información sobre actividades estatales

Se indica en la demanda que, según cifras del INEI, el 40% de la población peruana no tiene acceso diario a Internet, y que, según la encuesta residencial de servicios de telecomunicaciones de OSIPTEL del 2016, el 34% de los hogares no cuenta con acceso a internet. Lo mismo ocurre con el 62% de los hogares del área rural y con el 67% de los hogares de nivel socioeconómico E.

En consecuencia, el artículo 2 de la Ley 30793 implica que un sector de la población no podrá acceder a información del Estado, a diferencia de otro grupo que sí podría acceder a la misma por tener conexión a Internet y redes sociales. Ello origina una situación de desigualdad en el ejercicio del derecho a recibir información del Estado.

Vulneración del derecho a la libertad de expresión al constituir una decisión sobre el uso de fondos públicos como medio de presión contra los medios de comunicación privados

Se sostiene que la libertad de expresión se ve afectada cuando por medio de vías indirectas se impide la circulación de información, por lo que toda norma relacionada con ese derecho debe ser analizada desde esta perspectiva.

El Procurador del Poder Ejecutivo señala, además, que la Ley 30793 constituye una medida contraria a los medios de comunicación privados por la manera como informan sobre las actividades estatales y que por ello constituye una restricción indirecta para la libertad de expresión en contravención a lo estipulado en el artículo 13 de la CADH.

Vulneración del derecho a la libertad de contratar

Se indica en la demanda que el artículo 3 de la ley cuestionada establece una prohibición de celebrar contratos entre los medios de comunicación privados y las entidades públicas para la difusión de publicidad estatal, calificando además esta conducta como delito. No obstante, con la publicidad estatal se garantiza el derecho a toda persona a recibir información. Por ello los acuerdos contractuales que se celebren con este objetivo no pueden ser calificados como de objeto ilícito.

Vulneración del principio de legalidad en materia penal

Señala el Poder Ejecutivo que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera el principio de legalidad en materia penal reconocido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, y en el artículo 9 de la CADH, al establecer como delito de malversación la contratación de publicidad estatal en medios privados.

Argumenta que el Estado no puede establecer como delito la contratación de la publicidad estatal en medios privados, por cuanto resulta indispensable para garantizar el derecho de las personas a recibir información. En otras palabras, argumenta que constituye una conducta por medio de la cual los funcionarios concretan las obligaciones relacionadas con este derecho.

Estando a lo expuesto concluye que no puede ser considerada como un delito de malversación, pues el Estado no puede establecer como delito una conducta que al mismo tiempo ordena o fomenta.

Vulneración del contenido que puede ser regulado por decretos de urgencia

Las excepciones propuestas en el artículo 4 de la Ley 30793 contravendrían facultades propias del Poder Ejecutivo respecto al dictado de medidas extraordinarias para hacer frente a una determinada situación. Y es que los decretos de urgencia no declaran una situación de emergencia o desastres nacionales, sino que mediante ellos se establecen medidas extraordinarias para hacer frente a una determinada situación económica y financiera.

El Poder Ejecutivo sostiene que dicho artículo es inconstitucional porque establece que los decretos de urgencia también pueden ser empleados con una finalidad diferente a la prevista en la Constitución.

Más aun, el artículo 4 no toma en cuenta situaciones que no tengan alcance nacional, como el de aquellos desastres de carácter local o regional. Ello refleja la inadecuada técnica legislativa empleada al redactar la Ley 30793.

Los artículos 4, 5 y 6 de la Ley impugnada son inconstitucionales por conexidad con la prohibición establecida en el artículo 3

Sin prejuicio de lo indicado, estos artículos son inconstitucionales por conexidad con la prohibición de contratar publicidad estatal en medios privados establecidos en el artículo 3. Y es que plantean excepciones, detallando la regulación e implementación de tal prohibición.

B-2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

B-2.1. CONTESTACIÓN EN EL EXPEDIENTE 0012-2018-PI/TC

Con fecha 8 de agosto de 2018 el Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por cuanto tal ley no contraviene la Constitución ni por la forma ni por el fondo.

- *Sobre la inconstitucionalidad por la forma*

El apoderado del demandado sostiene que todos los actos cuestionados han sido desarrollados de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso. La junta de portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones al amparo del artículo 105 de la Constitución y 78 del Reglamento del Congreso.

- *Sobre la inconstitucionalidad por el fondo*

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la libertad de información y expresión

Se sostiene en la contestación de la demanda que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe del año 2003, respecto de la publicidad oficial, indicó que dentro de las libertades de expresión e información no se incluye el derecho de los medios a recibir recursos estatales por publicidad. Sí otorga en cambio una posición de derecho fundamental a no ser objeto de asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial.

Agrega que, en virtud de la jurisprudencia constitucional e interamericana (Sentencia 0905-2001-AA/TC, Opinión Consultiva OC-5/85 y Sentencia del Caso Olmedo Bustos y otros v. Chile), el derecho a la libertad de información posee un contenido que incluye las siguientes posiciones: (a) el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; (b) derecho a fundar medios de comunicación, incluyendo la protección de estos contra restricciones arbitrarias e ilegales; (c) la proscripción de la censura previa; (d) proscripción de censura indirecta, incluyendo entre ellas la asignación discriminatoria de publicidad oficial; y, (e) protección contra restricciones no sustentadas en el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Indica que la parte demandante ha incurrido en un error al delimitar el derecho a la libertad de información, ya que no existe un derecho intrínseco a recibir la publicidad estatal. La supresión de dicha publicidad no se encuentra entre los actos de censura indirecta capaces de afectar el derecho invocado, sino su distribución arbitraria y discriminatoria.

En tal sentido, el Congreso de la Republica habría ejercido su facultad de configuración legislativa al suprimir este tipo de gastos, sin que ello implique intervenir en la esfera de protección del derecho a la libertad de información.

Sobre la supuesta vulneración del derecho de acceso a la información

Señala que el derecho de acceso a la información es conceptuado, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como un derecho individual que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarde, mantenga, o elaboren las diversas instancias y organismo del Estado.

En la jurisprudencia interamericana, este derecho garantiza a toda persona la posibilidad de solicitar sin expresión de causa el acceso a la información bajo el control del Estado, con las limitaciones expresamente previstas en la Convención y ampara el derecho a recibir dicha información estableciendo la obligación consecuente del Estado de suministrarla.

El Estado debe permitir que las personas accedan a la información pública y en caso de que se configure una excepción debe brindar una respuesta fundamentada en motivos permitidos por la Convención.

Por ello, subraya que, fuera de una profunda confusión entre el derecho a la libertad de información y el derecho de acceso a la información, puede sostenerse que la ley no interviene negativamente dentro de la esfera de protección del derecho de acceso a la información.

La supresión de la publicidad estatal en los medios de comunicación privados no obstaculiza total o parcialmente que las personas acudan a las dependencias del Estado con la finalidad de solicitar información y que esta les sea entregada.

Sobre la supuesta vulneración del derecho de participación política

En la contestación se sostiene que la tesis sostenida en la demanda, consistente en que el derecho de participación política sufre un efecto negativo reflejo de la afectación del derecho de acceso a la información es errónea. Y es que como ya lo habría acreditado no se está vulnerando el derecho de acceso a la información.

Sobre la supuesta vulneración al principio de proporcionalidad

El apoderado del Congreso de la República sostiene que la medida no puede ser juzgada utilizando el test de proporcionalidad por cuanto este se aplica únicamente a aquellas decisiones legislativas que afectan un derecho fundamental, algo que en el presente caso no sucede.

Añade que de la revisión de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados por la ley no surge intervención alguna en su contenido constitucional y convencional. Ello deja un amplio campo para que el legislador ordinario elija entre las múltiples opciones disponibles que van desde la prohibición hasta la permisión, encontrándose únicamente vedado distribuir la publicidad estatal de manera discriminatoria.

B-2.2. CONTESTACIÓN EN EL EXPEDIENTE 0013-2018-PI/TC

• *Sobre la inconstitucionalidad por la forma*

Sostiene que los demandantes no han precisado exactamente cuál es la norma constitucional que estatuye las reglas específicas para el procedimiento parlamentario de normas que limiten o restrinjan derechos fundamentales, cuyo establecimiento, contradictoriamente solicitan al Tribunal Constitucional.

Así, no se sustenta por qué se considera que durante el procedimiento de aprobación de la Ley 30793 se dio una actividad que pretende dar apariencia de deliberación a una mera sucesión de pasos "en la que solo se habría enfatizado el proceso de contabilizar votos".

Afirma también que no son inconstitucionales las leyes aprobadas luego de un procedimiento ajustado a la Constitución y al Reglamento del Congreso en el que hubo un debate suficientemente amplio, aunque no ilimitado. Afirmar lo contrario sería negar la eficacia del voto de la mayoría que determinó la derrota de la minoría.

En suma, al haberse desarrollado todos los actos cuestionados de acuerdo a lo establecido legal y constitucionalmente no es posible sostener que se ha incurrido en una infracción constitucional de forma en el procedimiento legislativo en cuestión.

• *Sobre la inconstitucionalidad por el fondo*

Respecto a los derechos a la información y al acceso a la información pública, en la contestación de la demanda se plantean argumentos similares a los presentados en la contestación presentada en el Expediente 0012-2018-PI/TC y que se dan aquí por reproducidos.

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratación

Sostiene que la ley cuestionada no puede afectar un derecho del Estado porque, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el "Estado no tiene derechos fundamentales sino competencias y atribuciones" (Sentencia 00898-2002-AA/TC).

De otro lado, alega, basándose en la Sentencia 03866-2006-PA/TC, que la libertad contractual, como cualquier derecho fundamental, se encuentra sujeta a límites. Más aun si se toma en cuenta el artículo 76 de la Constitución, en cuanto dispone que la contratación administrativa posee una serie de particularidades, pues se encuentran comprometidos recursos y finalidades públicas, resultando necesaria una regulación especial.

En todo caso, lo que la ley hace es revertir una situación en la que existía un elevado gasto publicitario concentrado en doce empresas propietarias de medios de comuni-

cación, en desmedro de miles de otras empresas que se dedican a la misma actividad económica.

Sostiene el apoderado del Congreso de la República que el legislador ordinario ha actuado dentro de su margen de acción para la regulación de la materia. Además, la prohibición legal ha sido efectuada en virtud de la libertad de configuración del legislador, que ha penalizado la infracción de acuerdo a la excepción que la Constitución prevé a la libertad de contratación.

Sobre la supuesta vulneración del principio de legalidad penal

Sostiene que corresponde al Poder Legislativo la competencia exclusiva de diseñar la política criminal del Estado, tal como ha sido establecido por el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 0019-2005-PI/TC).

Alega que en la demanda no se denuncia que alguna de las manifestaciones del principio de legalidad se haya visto afectada al momento de tipificar el uso de recursos públicos para la contratación de publicidad en medios privados como malversación de fondos. El cuestionamiento en realidad estaría dirigido a la disconformidad del Poder Ejecutivo con dicha tipificación.

Sobre la supuesta vulneración de los límites materiales para el dictado de decretos de urgencia

Sostiene el apoderado del Congreso de la República que, contrariamente a lo sustentado por el demandante, la ley no dispone que tal o cual situación sean declaradas mediante un decreto de urgencia. Lo que la ley establece es que, si se dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera debido a una situación de desastre nacional, entonces operará la excepción prevista en su artículo 4, permitiendo al Estado contratar publicidad en los medios de comunicación privados.

Finalmente, sostiene que en cuestión de políticas públicas no existe una sola respuesta posible. Solo están vedadas las opciones que vulneran los derechos fundamentales o bienes constitucionales, lo que no ha ocurrido en el caso de la presente ley. El legislador democrático tiene plena libertad para apartarse del modelo regulado en la Ley 28874 que se demostró ineficaz para controlar la asignación discriminatoria de la publicidad estatal y optó por la supresión de toda posibilidad de que se perpetúe dicho estado de cosas inconstitucional.

C. INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha emitido una Nota Técnica analizando los alcances de la Ley 30793 a la luz de los estándares interameri-

canos en materia de libertad de expresión, la cual ha hecho llegar al Gobierno del Perú con el objeto de que sea comunicada a este Tribunal, por ser el órgano encargado de conocer las demandas de inconstitucionalidad interpuestos contra la citada ley. Este informe, de fecha 14 de agosto de 2018, fue presentado por el Poder Ejecutivo en el Expediente 0013-2018-PI/TC el día 15 de agosto de 2018.

En dicho informe se recoge la importancia de la libertad de expresión, en sus dimensiones individual y colectiva, que comprende tanto el derecho de las personas a expresarse libremente, como el derecho de todos a recibir ideas y opiniones de toda índole, recalcando el papel vital de los periodistas y medios de comunicación en la materialización de ambas dimensiones.

La Relatoría Especial señala que el inciso 3 del artículo 13 de la CADH prohíbe expresamente el uso de mecanismos indirectos de censura que busquen impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones por cuanto suponen restricciones en el derecho a la libertad de expresión.

De acuerdo con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH estos mecanismos podrían incluir la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial, con el objeto de presionar, castigar, premiar o privilegiar a los medios de comunicación en función de su línea informativa.

En la Nota Técnica se subraya, además, que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación, cuando el Estado asigna recursos de forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libertad de expresión. Por otro lado, sostiene que los Estados tienen la obligación de promover la diversidad y el pluralismo de medios de comunicación.

De acuerdo con la Relatoría Especial, las leyes deben establecer que la asignación de publicidad estatal obedezca a criterios objetivos que garanticen la eficiencia en el gasto y la prevención de abusos "electoreros" contando con mecanismos de transparencia y rendición de cuentas de dicho gasto, pero afectando en la menor medida posible el derecho a la libertad de expresión y el funcionamiento de medios independientes y libres.

La Relatoría Especial ha señalado reiteradamente que de la asignación de publicidad oficial puede depender tanto la posibilidad de los medios de comunicación de expresarse libremente como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la CADH.

En efecto, señala que la publicidad representa una fuente de ingresos relevante para asegurar la viabilidad y desarrollo de los medios de comunicación que, en nuestra región, dependen en buena medida del acceso al financiamiento oficial. Así, concluye

que la ley cuestionada genera el riesgo de cierre de medios de comunicación, lo que impactaría las fuentes informativas a disposición del público.

Añade que los más golpeados serían los pequeños medios locales, comunitarios, sin fines de lucro y aquellos que son la voz de los pueblos indígenas del Perú, afectando a los medios con menor acceso a publicidad privada.

En ese sentido, la ley cuestionada sería un mecanismo de censura indirecta de la libertad de expresión ya que se trataría de una medida innecesaria y desproporcionada para alcanzar un fin por lo demás constitucionalmente legítimo, que es eliminar la discrecionalidad y arbitrariedad en el gasto público de publicidad.

Por último, la Relatoría Especial hizo un llamado de atención sobre el contexto en que fue adoptada la ley cuestionada. Señala que varios de los congresistas que apoyaron la medida declararon públicamente que estaba dirigida a castigar a los medios privados que desacreditaron como "vendidos", "mermeleros", y que habrían ganado cuantiosas sumas a costa del erario público.

Además, la Relatoría Especial también señala que la ley se aprobó en un contexto caracterizado por investigaciones de corrupción en el sistema político, que desarrollan y difunden varios de los medios afectados, en el que congresistas y fiscales han solicitado incluso el levantamiento de las fuentes periodísticas.

D. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Con fecha 21 de agosto de 2018 este Tribunal admitió el informe amicus curiae presentado por el Defensor del Pueblo, mediante el cual aporta elementos jurídicos que coadyuven a resolver la presente controversia.

• *Problemas advertidos como consecuencia de la falta de regulación por parte del Poder Ejecutivo*

En el informe se señala que la falta de reglamentación de la Ley 28874 genera que cada entidad planifique libremente su estrategia publicitaria. Esta falta de regulación, responsabilidad del Estado, no ha permitido que se desarrollen mecanismos de control idóneos, generando un amplio margen de discrecionalidad a favor de las entidades públicas para disponer de recursos públicos con fines de publicidad estatal, que a su vez genera una situación que podría propiciar actos de corrupción.

La omisión apuntada puede llevar a que la publicidad sirva como un mecanismo de presión o subsidio a cambio de que los medios no difundan información incómoda, como denuncias de actos de corrupción. El Defensor del Pueblo considera que es necesario solucionar dicha situación a la brevedad posible, estableciendo una regulación que garantice que la contratación de servicios responda a criterios objetivos y de idoneidad para llevar a cabo una campaña de difusión.

Al respecto, cabe destacar que las entidades públicas están obligadas a difundir información sobre sus gastos en publicidad, entre otros, conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Durante el primer semestre de 2017 solo el 74% de los ministerios cumplió con la difusión de información, así como el 48% de los gobiernos regionales y el 28% de las municipalidades provinciales capitales de departamento.

- *Análisis constitucional de la Ley 30793*

Incumplimiento del procedimiento establecido en la Constitución

Se señala que el proyecto de ley no tuvo el dictamen correspondiente y que fue exonerado por la Junta de Portavoces e incluido en la agenda del Pleno para su debate, por lo que no fue analizado ni dictaminado en comisión, lo que constituiría un vicio que afecta la constitucionalidad de la ley, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la materia (Sentencia 0015-2012-PI/TC).

Contravención del carácter deliberativo del Congreso

Afirma el Defensor del Pueblo que la aprobación de leyes sin debate parlamentario, como ocurre con la mayoría de leyes en la actualidad, contraviene el principio democrático, pilar esencial del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Sostiene que resulta necesario, además, fortalecer el debate legislativo, pues muchos proyectos de ley son aprobados en tiempos extremadamente cortos, sin ser estudiados en las comisiones respectivas y siendo exonerados de la segunda votación, lo que impide los momentos de reflexión democrática que supone el debate parlamentario.

Añade que el recurso exagerado a las aprobaciones sumarias de los proyectos de ley representa una actuación arbitraria. Las excepciones del artículo 78 del Reglamento del Congreso, si bien existen, deben ser utilizadas de forma excepcional y no como regla general. En el caso de la ley cuestionada, esta fue exonerada sin que se advierta urgencia en su dación con tal celeridad.

Vulneración del derecho a la libertad de información

El Defensor del Pueblo sostiene en el informe que la ley cuestionada se constituye en un mecanismo que lesiona grave y desproporcionadamente el derecho a la información de las personas, en atención a la reducida posibilidad de acceso a internet, radio y televisión de la población, y que en muchos casos se presenta una cobertura incompleta en zonas urbanas y más baja aun en zonas rurales. Aun si se consideran los medios de comunicación del Estado, la sintonía que estos tienen es escasa, de ahí que se advierta la necesidad de poder contratar con el sector privado.

Por tanto, la prohibición contenida en la ley no garantiza que las personas sean debida y eficazmente informadas sobre temas de relevancia pública, lo que supone una restricción desproporcionada del derecho de acceder a dicho tipo de información.

Afirma el Defensor del Pueblo que toda medida que suponga alguna restricción de un derecho fundamental debe prever una mayor satisfacción de otros derechos o bienes de relevancia constitucional, lo que no se advierte en el presente caso.

Señala que antes que determinar la prohibición de la publicidad estatal, es necesario promover mecanismos que contribuyan a garantizar la transparencia y fiscalización de dicha publicidad en medios privados, con el fin de asegurar el goce de toda persona al derecho a la información sobre asuntos de interés general.

La Ley 30793 propicia una censura indirecta

En el amicus curie se indica que la libertad de expresión constituye una garantía institucional de todo sistema democrático, por lo que es imprescindible que nuestra sociedad cuente con condiciones que posibiliten un debate público, plural y abierto sobre asuntos de interés general.

Advierte que una forma de limitar la libertad de expresión es a través de la censura indirecta, es decir, por medio de restricciones arbitrarias del ejercicio de dicha libertad a través de mecanismos que, con una apariencia de legitimidad, tienen como verdadero propósito condicionarla. Este tipo de censura se encuentra prohibida por el artículo 13, inciso 3, de la CADH.

A efectos de evitar que la publicidad estatal sea utilizada como instrumento gubernamental para ocultar información o como medio de propaganda política, es indispensable que exista transparencia en cuanto a los concursos públicos realizados, tanto sobre los montos que paga el Estado por publicidad, como respecto a los criterios de selección utilizados.

El Defensor del Pueblo afirma que las democracias modernas requieren que el Estado se comunique con los ciudadanos para que estos conozcan las políticas públicas diseñadas a su favor, las aprovechen y evalúen. Sin embargo, también es necesario evitar que la contratación de servicios de publicidad estatal constituya un subsidio o mecanismo de presión para influir en las líneas editoriales de los medios.

Por ello resulta indispensable contar con una adecuada regulación sobre la publicidad estatal que pueda armonizar ambas exigencias.

Señala que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha propuesto los siguientes principios rectores en materia de publicidad oficial: (i) establecimiento de leyes especiales, claras y precisas; (ii) objetivos legítimos de la publicidad

oficial; (iii) criterios de distribución de pauta oficial; (iv) planificación adecuada; (v) mecanismos de contratación; (vi) transparencia y acceso a la información; (vii) control externo de la asignación publicitaria; (viii) pluralismo informativo y publicidad estatal.

Lo que se busca es una regulación idónea que contribuya a canalizar racional y adecuadamente los recursos públicos en publicidad oficial a través de medios de comunicación privados, de modo que tales recursos no sean distribuidos arbitrariamente para premiar o servir de mecanismo de presión contra los medios de comunicación.

La prohibición establecida en la ley cuestionada no solo no contribuye a un mejor manejo de los recursos públicos, sino que, de acuerdo con el contexto en que la norma fue emitida, se constituye en un mecanismo de presión hacia los medios de comunicación, entre los que se encuentran los más críticos con el Congreso.

Repercusiones de una declaratoria de inconstitucionalidad

A partir de la vigencia de la Ley 30793 no se conocen las implicancias en relación con otras normas que regulan la misma materia, como la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, y la Ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal. Al no haberse determinado sus alcances ni derogaciones de forma expresa genera inseguridad jurídica en esta materia.

Por las consideraciones expuestas, el Defensor del Pueblo considera que este Tribunal debe declarar inconstitucional la Ley 30793 y debe exhortar al Congreso de la República para que modifique o reemplace la Ley 28874, declarando la necesidad de una regulación conforme a los parámetros constitucionales expresados en su informe.

E. *AMICUS CURIAE* PRESENTADO POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Este Tribunal admitió el informe amicus curiae presentado por la Clínica Jurídica de la Universidad del Pacífico mediante el que aportan elementos jurídicos que coadyuven a resolver la presente controversia.

Vulneración del derecho a la libertad de expresión

En el informe se señala que la ley cuestionada supone un mecanismo de censura indirecta, en contravención del inciso 3 del artículo 13 de la CADH.

Argumenta la Clínica Jurídica que cuando el Estado hace una distinción injustificada en el trato que reciben los medios de comunicación, favoreciendo a los estatales en detrimento de los privados, se da un mensaje amenazador a estos para que cambien el contenido o cobertura noticiosa que ha motivado la medida desfavorable.

Sostiene que una prohibición como la contenida en la ley conlleva un mensaje de represalia que puede llevar a los medios privados a cambiar su línea editorial o labor periodística para que se levante el castigo o evitar la imposición de sanciones.

Por otro lado, alega que la ley cuestionada genera un tratamiento legislativo diferente en perjuicio del medio privado y a favor del medio estatal, por lo que realiza un test de igualdad de la medida.

Al respecto, señala que, si bien la finalidad de la Ley 30793 es constitucional, la intensidad de la intervención es grave, pues la razón subyacente al trato discriminatorio supone una censura a la opinión de los medios de comunicación. Luego se señala que la medida no es idónea pues la sola reducción de gasto no es equivalente al mejor uso de los recursos públicos, sino que estos deberían usarse eficientemente; que no es necesaria por existir otras medidas igual de idóneas pero menos lesivas, como las establecidas en la Ley 28874; y, finalmente, que no es proporcional en sentido estricto, pues se trata de una intervención absoluta y excesiva en relación al fin perseguido.

Como sustento de que existe una censura indirecta señala múltiples declaraciones públicas de políticos que apoyaron la ley y extractos del debate en el Congreso de la República.

Vulneración del principio de subsidiariedad

La Clínica Jurídica señala, basándose en el concepto de subsidiariedad estatal, previsto en el artículo 60 de la Constitución, y siguiendo lo establecido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) sobre la materia, que en el mercado de los medios de comunicación masiva existe una suficiente oferta de agentes privados, por lo que la participación de empresas estatales sería innecesaria.

Asimismo, advierte que la Ley 30793 genera una situación de competencia desleal a favor del Estado como agente económico, toda vez que, como consecuencia de dicho mandato legal, cuenta con ventaja sobre los demás competidores privados. Ello por utilizar el dinero proveniente de las arcas públicas para el financiamiento de su actividad empresarial en el mercado de medios de comunicación.

Añade, además, que la norma impugnada conlleva a un uso irresponsable de los recursos públicos, al priorizar la contratación de publicidad en medios estatales, pese a que los medios privados tienen mayor sintonía e impacto. En ese sentido, considera que una norma destinada a un mejor sistema de supervisión y fiscalización de la asignación de recursos estatales en empresas privadas de medios de comunicación, representa una mejor solución.

Por otro lado, señala que la Ley 30793 podría generar escenarios en los que medios de comunicación privados puedan reducir su presencia o incluso salir del mercado en determinadas zonas, lo cual obligaría al Estado a desarrollar la actividad empresarial de comunicación de manera exclusiva, dando origen a un monopolio estatal.

Al respecto, se menciona que esto ocasionaría un riesgo hacia los ciudadanos, en la medida que sólo podrían acceder a información que el Estado quiera difundir, afectando gravemente los derechos de información y de opinión.

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma

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

   (i) directa o indirecta;

   (ii) de carácter total o parcial; y,

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

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

3. Si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad, esto no implica que puedan dejar de observarse las pautas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).

4. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra político, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

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

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

7. 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.

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

9. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que "en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango" (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

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

    (i) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.

    (ii) La regulación de un contenido materialmente constitucional.

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

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

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

13. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 101 y 105 de la Constitución, y los artículos del Reglamento del Congreso que regulan el procedimiento legis-

lativo, en atención a la materia y a la naturaleza de ley orgánica de dicha norma legal (Sentencia 0047-2004-AI/TC).

14. En lo que respecta a la inconstitucionalidad por la forma de la ley impugnada, los demandantes cuestionan una serie de irregularidades en el procedimiento legislativo que llevó a su aprobación, a saber:

    (i) Debió ser debatida ampliamente en el Pleno del Congreso y no en la Comisión Permanente, en atención a la materia, en tanto implica una limitación a un derecho fundamental.

    (ii) Fue exonerada por acuerdo de la Junta de Portavoces del dictamen de la Comisión de Transporte y Comunicaciones, y también del requisito de pre-publicación en el portal oficial del Congreso de la República del dictamen de insistencia, previo al debate en el Pleno, y sin que se hayan expresado las razones para hacerlo.

    (iii) Debió ser debatida en la Comisión de Constitución y Reglamento y en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, y las observaciones del Poder Ejecutivo también debieron ser objeto de análisis en dichas comisiones.

15. Se alega no solo la trasgresión de la Constitución y el Reglamento del Congreso, sino también la vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad y democracia deliberativa, elementos fundamentales para la existencia de un Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal, en consecuencia, procederá a analizar los argumentos planteados por las partes.

1.1. Delegación de materias en la Comisión Permanente y características del debate parlamentario

16. La Constitución, en su artículo 101, desarrolla las competencias que posee la Comisión Permanente del Congreso de la República. El inciso 4 de dicho artículo dispone que esta puede ejercer las facultades legislativas que el Congreso le delegue, exceptuando las siguientes materias:

    (i) Reforma constitucional.

    (ii) Aprobación de tratados internacionales.

    (iii) Aprobación de leyes orgánicas.

    (iv) Aprobación de la Ley de Presupuesto.

    (v) Aprobación de la Ley de Cuenta General de la República.

17. En tal sentido, la Comisión Permanente se encuentra habilitada para legislar sobre cualquier materia que le sea delegada previamente, teniendo como único límite las materias indelegables señaladas supra.

18. De esta manera, la aprobación de la Ley 30793 podía debatirse en el seno de la Comisión Permanente, en tanto la materia de la misma no se encuentra expresamente señalada por la Constitución como indelegable, ni se deriva de alguno de los supuestos en los que procedería la exclusión de la competencia de dicha comisión.

19. Sin perjuicio de lo dicho, debe destacarse la importancia del debate público en el sistema democrático. En la Sentencia 0001-2018-PI/TC este Tribunal señaló que la democracia no puede ser concebida como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder, o como un espacio donde solamente se negocian distintas clases de intereses. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente aquellas que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que les permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.

20. En efecto, este proceso deliberativo requiere, en su conjunto, un adecuado conocimiento respecto de la problemática abordada, y demanda un previo análisis de los hechos, valores y deberes que se encuentran en juego. Es importante recordar que, en estos espacios, suelen confluir distintas concepciones respecto de lo que debe ser considerado como bien público, lo cual, irremediablemente, conduce al camino de la deliberación como principal conducta para la toma de decisiones políticas.

21. La democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales. Sin embargo, también es cierto que la deliberación debe realizarse en el marco de ciertas condiciones que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuando este se realiza en el seno del Congreso.

22. En el presente caso se advierte que el debate en la Comisión Permanente tuvo la participación de congresistas que representaban a diferentes bancadas, y que finalizó cuando participaron todos los oradores que solicitaron hacer uso de la palabra para expresar sus ideas. Si bien algunos congresistas hicieron referencia a que se requería un debate más amplio, nadie más solicitó intervenir, en virtud de lo cual se dio por concluido el debate (ver el Diario de los Debates del Congreso de la República, Período 2017-2018, Comisión Permanente, sesión de fecha 28 de febrero de 2018).

23. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la insistencia se debatió en el Pleno durante dos horas con participación de los congresistas que representaban diferentes posiciones respecto del tema en debate. De particular relevancia resulta que el tiempo establecido para el debate, que a primera vista podría parecer exiguo para discutir un asunto de tanta importancia, fue materia de acuerdo unánime en la Junta de Portavoces (ver el Diario de los Debates del Congreso de la República, Segunda Legislatura Ordinaria de 2017, sesión de fecha 14 de junio de 2018, página 45).

24. Este Tribunal no puede soslayar el valor que tiene un acuerdo unánime de todas las bancadas del Congreso sobre la duración del debate, tanto por su valor como acuerdo per se, como por servir de constatación de conformidad de las diferentes bancadas firmantes con el tiempo asignado. Evidentemente, el procedimiento parlamentario, al contar con un importante componente político, cuenta con herramientas e instrumentos que permiten flexibilizar el debate en las distintas instancias con las que cuenta el Congreso de la República, sobre todo cuando se presentan un nivel de consenso que, como el de este caso, fue el de la unanimidad.

25. En ese sentido, es previsible suponer que una bancada que se encuentre en desacuerdo con el tiempo de debate asignado para un asunto no ratifique dicho acuerdo. Sin embargo, no se advierte que ello haya ocurrido en el presente caso, por lo que se trata de un cuestionamiento sobre aspectos que contaron, al momento de su aprobación, con niveles de acuerdo entre los grupos parlamentarios que en principio no deberían ser ignorados por este Tribunal. No se advierte, de esta manera, que haya existido algún vicio que perjudique el carácter deliberativo o haya impedido a los grupos que se encontraban en contra del proyecto la posibilidad de presentar las objeciones que tuvieren a bien realizar.

26. Por tanto, al no existir un vicio en el debate que afecte la constitucionalidad de la ley impugnada, y por ende deben desestimarse las demandas en este aspecto.

1.2. Las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces

27. El artículo 105 de la Constitución dispone lo siguiente:

> Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

28. La disposición glosada autoriza expresamente que puedan establecerse excepciones en el Reglamento del Congreso a la regla constitucional que señala que todo proyecto debe ser dictaminado por una comisión.

29. En el mismo sentido se encuentra el Reglamento del Congreso, cuyo artículo 31-A señala lo siguiente respecto a las atribuciones de la Junta de Portavoces:

> La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz por cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada. Le corresponde:
>
> 1. La elaboración del Cuadro de Comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso.
>
> 2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
>
> 3. La ampliación de la agenda de la sesión y la determinación de prioridades en el debate, todo ello con el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
>
> 4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento.

30. En cuanto a las exoneraciones al procedimiento legislativo previstas en el Reglamento del Congreso que pueden ser aprobadas por acuerdo de la Junta de Portavoces, encontramos las siguientes:

> **Artículo 53:**
>
> Las sesiones ordinarias del Pleno del Congreso se desarrollan de acuerdo con la agenda que apruebe el Consejo Directivo; sin embargo, en el curso del debate, puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso (…).
>
> **Artículo 73:**
>
> El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:
>
> a) Iniciativa Legislativa;
>
> b) Estudio en comisiones;
>
> c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;
>
> d) Debate en el Pleno;

e) Aprobación por doble votación; y,

f) Promulgación.

Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

Artículo 77:

Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes (…).

Artículo 78:

No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano, por lo menos siete (7) días calendario antes de su debate en el Pleno del Congreso, salvo dispensa de uno de estos requisitos o de ambos, aprobada en la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso (…).

31. De la revisión de las normas citadas supra se advierte que el Reglamento del Congreso admite la posibilidad de que se realicen exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, y esta es una potestad que es, en principio, discrecional, sujeta únicamente a que se efectúe en la oportunidad procedimental adecuada y con el número de votos requerido. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de resaltar la importancia de los acuerdos adoptados por la Junta de Portavoces, ya que este se constituye como el órgano de representación de los Grupos Parlamentarios, por lo que expresa la voluntad de los congresistas que integran dichas agrupaciones (Sentencia 00015-2012-PI, fundamento 17).

32. Ahora bien, aunque existe un impedimento para establecer requisitos adicionales a dichos pactos, como podría ser que los acuerdos sean adoptados luego de un de-

bate entre los miembros de la Junta de Portavoces, o que se adjunte un documento en el que se expongan (aunque sea brevemente) las razones que justificaron la adopción de la respectiva exoneración, de su omisión no se puede advertir, sin más, la existencia de un vicio que acarree como consecuencia la inconstitucionalidad de la ley cuestionada.

33. No obstante lo anterior, este Tribunal no deja de advertir que la aprobación de las diferentes exoneraciones contempladas en el Reglamento del Congreso (de dictamen en comisión, de pre-publicación en el portal oficial, de doble votación, etc.) se han convertido en una práctica frecuente y no en un verdadero procedimiento excepcional, poniendo en entredicho la legitimidad del debate que se desarrolla en el Congreso de la República.

34. Un procedimiento legislativo de excepción no puede ser aplicado de forma masiva. De lo contrario, se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario.

35. Efectivamente, aunque la potestad para establecer exoneraciones sea discrecional, ello no significa que no existan razones subyacentes a la adopción del acuerdo de exoneración. En efecto, este mecanismo no debería ser empleado, en línea de principio, en los casos en los que se advierta la necesidad de un importante nivel de especialización y/o tecnicidad de los temas a debatir, así como en aquellos que revistan elevada complejidad, ya que ello demanda, por su naturaleza, un mayor grado de deliberación. Evidentemente, este Tribunal también advierte que existen contextos y escenarios políticos en los que la excesiva extensión del debate puede generar ciertos niveles de inconvenientes ante la presencia de una situación que demanda un accionar inmediato por parte del Congreso de la República, lo que podría ameritar el empleo de las exoneraciones reguladas. Todos estos factores deberían ser sopesados en el momento en que se decide la posibilidad de emplearlas.

36. Ahora bien, el Tribunal considera que, en este caso, no corresponde declarar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en la aprobación de las exoneraciones a las que se recurrió en el procedimiento que llevó a la aprobación de la ley cuestionada, ya que no se advierte algún déficit deliberativo que sea manifiesto y grave en el proceso interno del Congreso que amerite la declaración de invalidez, lo cual se evidencia en el hecho que muchas de las actuaciones que aquí se impugnan fueron acordadas con altos índices de consenso. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este punto.

1.3. La determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley

37. Respecto al rol de las comisiones en el procedimiento legislativo, el artículo 105 de la Constitución establece lo siguiente:

> Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

38. Por su parte, el artículo 77 del Reglamento del Congreso desarrolla dicha norma constitucional, señalando las reglas que regulan el envío a comisiones de las iniciativas legislativas para su estudio y dictamen; la inobservancia del procedimiento establecido constituye un supuesto de vulneración por la forma de la Constitución.

39. Conforme a lo señalado por este Tribunal en el fundamento 11 de la Sentencia 0015-2012-PI/TC, la Constitución no determina qué comisión debe emitir el dictamen, ni señala si debe ser solo una o varias las que lo lleven a cabo, por lo que basta con que la iniciativa legislativa aprobada haya sido dictaminada de modo favorable por al menos una comisión del Congreso. Esta clase de actividades se encuentran dentro del margen de actuación política que tiene el legislador, por lo que su inobservancia no genera, en principio, un vicio de inconstitucionalidad.

40. De este modo, tal y como se ha establecido como criterio en aquella oportunidad (Sentencia 0015-2012-PI/TC, fundamento 4), debe examinarse si es que, al aprobar la ley ahora impugnada, no se ha cumplido con algún criterio o requisito esencial que emane directamente de la Constitución o del Reglamento del Congreso en el iter parlamentario, pues ello se encontraría en el ámbito de los constitucionalmente ordenado o prohibido, cuestiones sobre las que este Tribunal cuenta con competencia para declarar la inconstitucionalidad. En este caso concreto, resultaría viable declarar una inconstitucionalidad formal si la proposición legislativa no fuera remitida a una comisión con un mínimo nivel de especialización en la materia a discutirse, o si no se hubiera autorizado alguna excepción regulada en el propio Reglamento del Congreso.

41. Evidentemente, la determinación de la especialización de la comisión respectiva es un asunto que, en principio, es competencia de esta entidad del Estado, sin que ello implique un nivel de discrecionalidad absoluto. La demanda de la especialización de la comisión respectiva se realiza porque supone un importante filtro para determinar la viabilidad de la propuesta legislativa antes que sea sometida

al Pleno del Congreso, el cual debería deliberar sobre proyectos en los que exista un importante nivel de consenso previo, así como de opiniones técnicas sobre las materias a debatir.

42. En el presente caso, se verifica que el proyecto de la ley cuestionado fue enviado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, en donde se le exoneró de dictamen, y donde luego se elaboró y debatió el dictamen de insistencia aprobado como consecuencia de las observaciones realizadas por el Poder Ejecutivo.

43. Al respecto, este Tribunal considera que no resulta arbitrario ni irrazonable que el proyecto de la ley cuestionado haya sido derivado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, en tanto la publicidad estatal se desarrolla a través de medios de comunicación masivos, y dicha comisión recoge iniciativas legislativas que contribuyan a la formación, mejoramiento y modernización del servicio de comunicaciones (a nivel nacional), en salvaguarda de las condiciones de seguridad y salud, protección del medio ambiente y de la sociedad en su conjunto, conforme lo establece su Plan de Trabajo para el período 2017-2018.

44. Del mismo modo, se advierte que las observaciones que, en su momento, planteó el Poder Ejecutivo fueron objeto de debate en el seno de la misma comisión, la cual decidió insistir en la aprobación de la ley, aspecto que se encuentra dentro de las prerrogativas con las que cuenta el Congreso de la República. Lo anterior también permite advertir que los eventuales argumentos en contra de la aprobación de la ley impugnada fueron conocidas por los congresistas, quienes, pese a las objeciones, decidieron insistir en su propuesta.

45. Por tanto, no se advierte que la derivación del proyecto de ley cuestionado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones constituya un vicio de inconstitucionalidad formal, por lo que, al actuar el Congreso de la República dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido, corresponde desestimar las demandas en este aspecto.

§ 2. Supuesta vulneración a la libertad de información

46. Señalan los demandantes que la Ley 30793 contraviene el derecho de toda persona a recibir información, contemplado en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución y el artículo 13 de la CADH, impidiendo al Estado cumplir con su obligación de brindar información pública a la ciudadanía y garantizar el ejercicio de los derechos en este ámbito.

2.1. Las dimensiones de la libertad de información

47. El inciso 4 del artículo 2 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho:

> A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de la ley.

48. Es importante considerar que los derechos ahí reconocidos no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad de la persona y un complemento inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculados al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad plural, permitiendo la formación libre y racional de la opinión pública (Sentencia 2976-2012-TC/PA, fundamento 9).

49. Este Tribunal ha señalado en el fundamento 9 de la Sentencia 0905-2001-AA/TC que si bien la libertad de información nació de la libertad de expresión -y es difícil diferenciar la una de la otra-, ambos se configuran como derechos independientes con un objeto de protección distinto.

50. Mediante la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir. En cambio, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz (ver también las Sentencias 0057-1998-AA/TC, 2262-2004-HC/TC, 0015-2009-PI/T, entre otras).

51. 51. Este Tribunal tiene establecido también que por su propia naturaleza los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son estrictamente subjetivos y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad. Ello contrasta con lo que sucede con la información o hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser.

52. En el fundamento 6 de la Sentencia 02976-2012-PA/TC, se estableció que la libertad de información garantiza un "complejo haz de libertades" y que conforme al "artículo 13 de la CADH, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz".

53. En la mayoría de las ocasiones, este Tribunal ha desarrollado el contenido de la libertad de información a partir de casos relacionados con la labor periodística en medios de comunicación privados, y su protección se ha desplegado para tutelar al sujeto emisor de tal información. No obstante, la libertad de información tutela también a el derecho de quienes la reciben o deberían recibirla.

54. Efectivamente, la libertad de información no es solo un derecho subjetivo con consecuencias únicamente para la persona que emite un determinado mensaje.

Se trata también de un derecho que tiene un impacto en el resto de la sociedad, puesto que puede enriquecer el debate y el consecuente intercambio de ideas en la opinión pública. De este modo, una restricción a la libertad de información, ya sea en su dimensión individual o colectiva, tiene también un impacto en el funcionamiento del sistema democrático.

55. En el fundamento 11 de la Sentencia 0905-2001-AA/TC este Tribunal ha desarrollado la perspectiva individual, pero también la perspectiva colectiva de la libertad de información, que garantiza:

> (…) el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información.

56. 56. La combinación de estas dos dimensiones ha permitido que el Tribunal considere que la libertad de información (y la de expresión) sean consideradas garantías institucionales del sistema democrático (Sentencia 0015-2009-PI/TC, fundamento 3). Es decir, sin estas libertades o sin su adecuada protección, el sistema democrático se empobrecería.

57. En efecto, en el fundamento 7 de la Sentencia 0002-2001-AI/TC, este Tribunal especificó que:

> La Constitución peruana protege la comunicación sin trabas de la información y de pensamiento. (…). Dicha protección incluye el derecho a la preparación, elaboración, selección y difusión de la noticia. La libertad de expresión y de información representa un valor básico político, pues es herramienta de control de los gobernantes y previene y detiene las arbitrariedades del poder. Más aún, su constitucionalización corresponde principalmente a tal finalidad. También corresponde a esa finalidad, el sitial privilegiado que ocupa entre los derechos fundamentales, y es por eso que toda limitación impuesta por el gobernante a su ejercicio, debe interpretarse restrictivamente.

58. Así, este Tribunal ha desarrollado la idea de que la libertad de información no solo debe ser comprendida para proteger al agente emisor, sino que, por ser un derecho tan relevante para el funcionamiento del sistema democrático, deben incluirse también protecciones para quienes reciben o deberían recibir la información.

59. De este modo, solo con estos presupuestos, indispensables en toda sociedad democrática, se podrá garantizar un debate pleno y sincero, o, empleando la famosa frase atribuida al justice Brennan en el caso New York Times vs. Sullivan, “desin-

hibido, vigoroso y completamente abierto" (Corte Suprema de Estados Unidos. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 270, 1964). De ello se desprende que la libertad de información no solo es relevante en cuanto condición necesaria para la determinación colectiva, sino también para la autorrealización personal.

60. Por su parte, la Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión —debiendo incluirse en tal término también a la libertad de información— es "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática" (Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas, párr. 70). La conexión entre pluralismo informativo y la libertad de la persona es, así, indesligable.

61. En esta misma línea, en el fundamento 43 de la Sentencia 0003-2006-PI/TC, este Tribunal señaló:

> (…) la dimensión social, de contenido institucional, se encuentra orientada a garantizar el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, implicando también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos o noticias. Para el ciudadano tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

62. Esta doble dimensión de la libertad de información se ha materializado también en el artículo 61 de la Constitución, cuando se expresa que los medios de comunicación social y empresas relacionadas con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad o acaparamiento, ni directa ni indirectamente por parte del Estado ni de particulares.

63. Es evidente que esta cláusula constitucional responde a la experiencia sobre restricciones a las libertades comunicativas ocurridas en el Perú a lo largo de su historia republicana. Ello obedece a la necesidad que la población reciba fuentes variadas de información a fin de poder decidir con la mayor cantidad de datos posible.

64. La información suministrada no debe estructurar los debates de relevancia social orientando o favoreciendo ciertos puntos de vista, al menos en aquellos supuestos en los que no se advierte, por el ejercicio de las libertades comunicativas, la vulneración de algún derecho o principio constitucional. La posibilidad de que las personas se forjen un juicio sobre la comunidad y sus propios proyectos de vida no debe habilitar a la autoridad estatal a que, mediante mecanismos directos o indirectos, haga prevalecer una sola noción de lo correcto o lo justo a la ciudadanía.

65. De este modo, la especial conexión entre la libertad de información y el principio democrático se evidencia a través de la posibilidad de que la opinión pública

pueda cuestionar y criticar las actividades realizadas por el Estado. En efecto, la publicidad que realiza el Estado, por poner ejemplo, respecto de la realización de una obra gubernamental en una zona determinada no solo permite que la población conozca respecto de los avances y la responsabilidad de los funcionarios públicos, sino que además permite que el colectivo pueda criticar si es que se ha priorizado erradamente una obra social en desmedro de otra, o simplemente considerar como innecesario el proyecto emprendido por el Estado. Incluso permite conocer si es que ha existido un excesivo gasto en la realización de alguna actividad que, probablemente sin la información brindada, jamás se hubiese conocido. Este elevado nivel de participación se condice con lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, el cual establece que

> [l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia

66. El principio democrático, reconocido en el artículo 43 de la Constitución, implica para la ciudadanía, como ha advertido el Tribunal en otras oportunidades, un plebiscito de todos los días (Sentencia 00015-2001-PI y acumulados, fundamento 13). Esto se ve reflejado en el hecho que el calendario electoral no es un momento único y fugaz en el que la ciudadanía activa su participación, para advertir posteriormente como ella se diluye. Antes bien, supone que la fiscalización y seguimiento de la labor de los distintos niveles de gobierno pueda realizarse de manera constante. Lo contrario supondría un desincentivo para la población, ya que, al no contar con la información suficiente para formarse un juicio de los principales asuntos de interés, no se sentiría parte de la res publica.

67. Ahora bien, sin perjuicio de lo hasta aquí mencionado, no deberían ser cuestionadas aquellas actividades en las que el Estado busca mantener informada a la colectividad sobre aspectos vinculados con la historia o cultura nacional, o, en general, sobre aquella información que es desatendida por el sector privado por no ser rentable y que, sin embargo, resulta de importante divulgación para la sociedad. Esto ocurre porque los medios de comunicación privados, al momento de informar, actúan también como empresarios, y no necesariamente direccionan su accionar con el propósito exclusivo de brindar distintos puntos de vista sobre los asuntos públicos a la ciudadanía, lo cual, es importante decirlo, se ampara también en distintos derechos reconocidos por la Constitución.

68. Por tanto, al verse disminuida la cantidad y calidad de la información que recibe la sociedad, se restringe, en algunos escenarios, el derecho a la participación polí-

tica de las personas, pues se reducen sus oportunidades de informarse y participar en los asuntos que involucran a la sociedad, limitándose también la capacidad de la ciudadanía de controlar las actuaciones de las autoridades y las políticas estatales, como consecuencia de la situación de desinformación sobre ambas.

69. A juicio de este Tribunal, en la práctica, el desconocimiento de la población sobre qué ocurre y, en consecuencia, de qué debe fiscalizar o no, resulta tan peligroso como la imposibilidad fáctica de hacer esto último.

70. De esta manera los ciudadanos estarán en condiciones de elegir de acuerdo a sus preferencias y formar sus propias opiniones, para luego decidir cómo ejercer libremente su derecho a la participación política. Al respecto, debe tenerse en cuenta que un Estado democrático requiere la participación constante de la ciudadanía, ya sea a través de mecanismos individuales o colectivos, para asegurar el ejercicio de la función fiscalizadora que debe tener una sociedad libre respecto de sus representantes políticos, funcionarios públicos y, en general, toda actuación del Estado.

71. Pero ese ejercicio libre sería imposible o, cuando menos, defectuoso, si aquellos a quienes la ciudadanía debe fiscalizar no divulgan la información que resulte esencial para valorar su actuación. El mismo efecto se produce si dicha información no llega a la población por problemas de cobertura.

72. De ahí que este Tribunal, sin considerar que se trate de una jerarquía superior al resto de otros derechos fundamentales, ha especificado que efectivamente la libertad de información merece una protección cualificada en atención a su condición de libertad especial en el engranaje democrático (cfr. Sentencia 0905-2001-AA/TC, fundamento 13).

73. En resumen, este Tribunal considera necesario resaltar esta doble dimensión de la libertad de información pues, como se verá a continuación, la publicidad institucional tiene funciones informativas. Y es que si se disminuyen los canales mediante los cuales se pretende hacer llegar información relevante a la ciudadanía, es factible sostener que se está empobreciendo la recepción de tal mensaje.

74. En este contexto, este Tribunal considera que la publicidad estatal está protegida por el derecho a la libertad de información, en tanto se asume que el Estado brinda, en muchas ocasiones, información relevante para el interés social, lo que se relaciona con el derecho de la colectividad de ser informada. Ahora bien, es importante precisar que la circulación diversa de información no solo tiene una marcada influencia colectiva, sino que también es trascendental para la autorrealización de la persona, pues es más que evidente que la pluralidad de fuentes in-

formativas permitirá que ella cuente con la mayor cantidad de datos disponibles para adoptar las decisiones que, según estime, sean beneficiosas para la concreción de su proyecto de vida y el bienestar de la comunidad.

2.2. Publicidad estatal y libertad de información

75. Siendo la libertad de información un derecho de la sociedad misma, es importante preguntarse si la publicidad estatal es uno de los mecanismos jurídicos para concretizarla. O, dicho de otro modo, si es que la prohibición total de la publicidad estatal supone una restricción para el derecho a recibir información en su faceta social o colectiva.

76. En primer lugar, debe clarificarse qué se debe entender por publicidad. Este Tribunal considera que mediante la publicidad se da a conocer y se divulga determinada información. En nuestra legislación se puede encontrar normativa sobre la publicidad comercial (i) y la publicidad institucional (ii), que ahora está en debate.

77. La actividad publicitaria comercial (i) es desarrollada por agentes económicos, y tiene por finalidad informar a los consumidores sobre la existencia de sus bienes y/o servicios.

78. Así, el Indecopi ha establecido, en los "Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial" (Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, Separata Especial publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de julio de 2001), que la publicidad comercial tiene una triple función:

    (i) función informativa: dar a conocer al público la existencia y las características del bien o servicio anunciado;

    (ii) función persuasiva: convencer al consumidor de que el bien o servicio anunciado satisface sus necesidades y que, por tanto, debería ser elegido entre los demás que se ofrecen en el mercado; y,

    (iii) mecanismo de competencia.

79. Del mismo modo, y de conformidad con dichos lineamientos, la actividad publicitaria permite que los destinatarios de la publicidad tomen sus decisiones en virtud de sus necesidades e intereses. Estos criterios se aplican desde luego al ámbito de la publicidad comercial. No obstante ello, brindan importantes puntos de referencia para la construcción del concepto de publicidad estatal, a la que se le tendrá que reconocer las particularidades propias de tal rubro.

80. Por otro lado, respecto al contenido de la noción de publicidad estatal institucional (ii), la ley ahora cuestionada no brinda una definición, por lo que ante dicho

vacío deberá tomarse en cuenta el concepto utilizado en la Ley 28874, Ley que Regula la Publicidad Estatal. Al respecto, el último párrafo del artículo 2 de dicha ley establece lo siguiente:

> Se entenderá por *publicidad institucional, a aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social,* tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos entre otras, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades y dependencias (cursivas agregadas).

81. De igual forma, el Jurado Nacional de Elecciones, a propósito de la regulación de la propaganda electoral, la publicidad estatal y la neutralidad electoral en periodo electoral, ha desarrollado una definición sobre publicidad estatal. En la Resolución 0078-2018-JNE, del 7 de febrero de 2018, se define a ésta como:

> *Información* que las entidades públicas difunden con fondos y recursos públicos, *destinada a divulgar la programación,* el inicio o la consecución de sus actividades, *obras públicas*, cuyo objeto sea *posicionarlas frente a los ciudadanos que perciben los servicios que estas prestan* (cursivas agregadas).

82. La publicidad estatal institucional, entonces, es diferenciable de la publicidad comercial por la finalidad perseguida. La publicidad comercial tiene una finalidad que, en última, instancia está vinculada a la captación de usuarios o consumidores. En contraste, la publicidad estatal institucional tiene por finalidad promover e informar respecto de conductas de relevancia para la sociedad. Permite, en consecuencia, que la ciudadanía se encuentre al tanto de las bondades y deficiencias de las políticas de Estado, ya que la información difundida otorga la posibilidad de fiscalizar tanto las propuestas como las soluciones adoptadas por las altas autoridades.

83. Así, la publicidad institucional se orienta a la realización del bien común. Para ello, tanto la función informativa como la persuasiva son importantes. Y es que la realización del bien común requiere que la información transmitida contenga efectivamente elementos dirigidos a la consecución de tal fin, y la información sea divulgada de manera que busque la mayor persuasión posible.

84. Evidentemente, para este Tribunal la publicidad estatal institucional no debe ser concebida como una posibilidad para que las autoridades que ejercen los principales cargos públicos puedan realizar propaganda política. En efecto, no debe confundirse la idea de informar a la sociedad con la de influenciarla y determinarla a apoyar a la autoridad en el cargo. En ese sentido, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que "[e]l Estado está prohibido, a través de

publicaciones oficiales o estaciones de televisión o imprenta, cuando sean de su propiedad, de efectuar propaganda política en favor o difusión de información en contra de cualquier partido, agrupación independiente o alianza, excepto en el caso de referéndum".

85. A nivel de gobiernos locales, es relevante para este Tribunal lo dispuesto en la Ley 27734, que modifica diversos artículos de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales, la cual introduce una serie de disposiciones complementarias con el propósito de sancionar al alcalde y al regidor que postule a cualquier cargo electivo, sea nacional, regional o local en caso que, en el período cercano al electoral, participe en la inauguración e inspección de obras públicas o reparta a personas o entidades privadas bienes adquiridos con dinero de la municipalidad.

86. Según estima este Tribunal, estas disposiciones se justifican por el principio de neutralidad estatal, el cual obliga al Estado a no realizar cualquier clase de actividad que supongan exhibir alguna preferencia o adherencia que pueda distorsionar la elección electoral. Esto es así porque, con todos los medios con los que cuenta, el Estado tiene la posibilidad real de alterar la voluntad popular a través de la influencia en los mensajes que llegan al ciudadano, sobre todo en épocas electorales.

87. Ahora bien, es importante decir que, de distintas formas, el Estado, a través de todas las entidades que lo componen, siempre suele plasmar un plan u orientación particular en el momento en que decide implementar unas políticas públicas en desmedro de otras. De hecho, en Estados Unidos, a través de la primera enmienda a la constitución federal, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha hecho referencia a lo que se conoce como el government speech (Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705, 1977), el cual consiste en que en muchas oportunidades el Estado no observa la neutralidad en sus propios discursos.

88. Evidentemente, tal noción del rol del Estado no es necesariamente la misma de acuerdo a nuestra tradición constitucional y a la forma en que se han configurado y desarrollado las libertades comunicativas en el Perú. Sin embargo, sí permite poner de relieve a este Tribunal que, en no pocos casos, el Estado plasma, a través de distintos funcionarios electos por sufragio directo, un plan de gobierno con una importante carga ideológica, y que traduce principalmente la voluntad o la concepción del bien o de la justicia de sus electores. Ahora bien, es importante resaltar que, en el momento en que plasma e implementa dichas opciones políticas a través de medidas o políticas, el Estado no debe intentar influenciar a las personas a fin de convencerlas que su programa político es el más correcto o justo.

89. En ese sentido, la conexión excesiva entre el Estado y los medios de comunicación, a través de múltiples y onerosos contratos de publicidad, puede generar consecuencias nada deleznables para el sistema democrático. El ingente gasto estatal en cuestiones de publicidad puede suponer un mecanismo que, de no ser fiscalizado o controlado, acarrea distintos problemas. Es por ello que es posible afirmar que los medios de comunicación privados no titularizan un derecho fundamental subjetivo a obtener financiamiento por parte del Estado, pues ello, de ser así, despertaría la legítima preocupación respecto de la forma como estas entidades brindan información a la ciudadanía, ya que, al siempre poder ser financiadas, suscitarían entendibles dudas respecto de su credibilidad e imparcialidad. En este mismo sentido, los medios de comunicación de titularidad privada no deberían únicamente subsistir con aportes provenientes del gasto público, pues ello podría mermar seriamente la imparcialidad e independencia que demanda la actividad periodística.

90. Esto no implica, claro está, que los medios de comunicación se vean impedidos de celebrar contratos o acuerdos para la propagación de información, tan solo ubica esta posibilidad dentro del amplio espectro de lo que las entidades estatales pueden realizar para informar a la ciudadanía respecto de asuntos que puedan ser de su interés. Esto se realizará, aun en mayor medida, respecto de aquellos contenidos informativos que no son atractivos para el sector privado y que, sin embargo, el Estado desea suministrar a la población para que esta pueda obtener datos que les permitan adoptar decisiones más elaboradas.

91. En ese sentido, la publicidad estatal institucional, con la correcta y constante fiscalización por parte de los órganos competentes como la Contraloría General de la República o de la sociedad misma a través de los datos contenidos en los portales de transparencia, permite que se tome conocimiento de información relevante para la sociedad, sobre todo en aquellos lugares en los que los medios de comunicación electrónicos no son abundantes. En efecto, si el Estado elabora campañas publicitarias sobre ahorro de energía eléctrica, preservación del ambiente, pago de tributos, educación vial o sobre los peligros del consumo excesivo del alcohol, por citar algunos ejemplos, se espera que tales campañas sean sumamente persuasivas y lleguen idealmente a toda la población objeto de la campaña, que podrá tener alcance nacional, regional o local. Más aún, sería importante contar con índices que midan el impacto de persuasión y penetración o llegada de la publicidad estatal.

92. Para ello se requiere desarrollar indicadores que releven el impacto de la publicidad estatal, debiendo haberse determinado previamente el público objetivo a

quien se dirige la campaña institucional. Ello puede ser una importante manera de conciliar los intereses que, en esta clase de casos, se encuentran comprometidos. Por un lado, la legítima preocupación respecto del control respecto del uso de fondos públicos; y, por otro, la necesidad que el Estado brinde información relevante a la ciudadanía, a fin que pueda adoptar decisiones luego del contraste de datos y que pueda participar activamente en el manejo de la res publica a través de su función fiscalizadora. El control que ella pueda ejercer no solo se advierte en los mecanismos usuales de participación política, tales como la iniciativa de leyes o la posibilidad de solicitar la vacancia de autoridades, sino que también se efectiviza a través de mecanismos de responsabilidad política, reflejados en el control que hacen a través de la elección de las autoridades por nombramiento popular.

93. De ahí que las campañas que permitan difundir esta clase de datos pueden también cumplir con reducir la asimetría informativa. Aquellas que se realizan sobre los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, de servicios de agua o de electricidad, pueden generar que los ciudadanos estén más informados sobre las obligaciones de empresas prestadoras de tales servicios. Ello es un claro ejemplo de la realización del bien común. Ahora bien, junto a este tipo de publicidad estatal, las campañas de posicionamiento institucional también tienen un fin legítimo, por cuanto coadyuvan a que los ciudadanos conozcan, por ejemplo, las funciones de entidades reguladoras. Ello significaría brindar información a la ciudadanía sobre cómo, dónde y por qué razones pueden presentar sus reclamos.

94. Por otro lado, existen situaciones en donde entidades públicas tales como universidades nacionales, cajas de ahorros o el Banco de la Nación, pueden estimar como necesario emitir publicidad comercial. Esto es, emitir mensajes publicitarios con la finalidad de conseguir clientes, persuadiendo a los consumidores para que prefieran los servicios que ellos proveen, lo que implica una participación directa en el mercado con la finalidad de competir con otras entidades privadas.

95. De esta manera, resulta pertinente diferenciar entre la publicidad institucional del Estado cuando comunica cuestiones relativas al interés público de aquella publicidad comercial producida por entidades públicas que participan en el mercado, y que tiene por finalidad ampliar el número de consumidores.

96. En todo caso, no debe perderse de vista la relación entre los deberes del Estado y la libertad de información. En efecto, la publicidad institucional es una herramienta de suma importancia para poder cumplir con los deberes fundamentales del Estado, establecidos en el artículo 44 de la Constitución:

> Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población

de las amenazas contra su seguridad; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (…).

97. El cumplimiento de estas responsabilidades del Estado puede optimizarse mediante la publicidad, que entregaría el mensaje que se quiere transmitir de la manera más eficiente posible en términos de claridad y alcance.

98. En ese sentido, mediante escrito presentado por el Poder Ejecutivo, este Tribunal ha tomado conocimiento que diferentes ministerios habrían dejado de difundir publicidad en relación con políticas públicas debido a la ley ahora impugnada, lo que precisamente ha dificultado la realización de los deberes indicados anteriormente. De hecho, muchas de estas campañas se encuentran directamente relacionadas con las funciones institucionales que a estas entidades les competen, por lo que la falta de publicidad ha perjudicado su accionar.

99. Al respecto, el Tribunal advierte que la medida incluida en el artículo 3 de la ley impugnada incide en todo tipo de publicidad estatal, tanto en la de carácter institucional como en la que tiene carácter comercial. En efecto, el artículo 1 de la ley impugnada hace referencia a "todas las entidades públicas, incluidas las de derecho privado y las que estén en regímenes especiales". Es decir, la ley busca abarcar a todas las entidades estatales existentes, lo cual es relevante para advertir el nivel de impacto y alcance de la información difundida. Así, la información que no se difunde con la prohibición contenida en la ley impugnada no solo alcanza al gobierno central, sino también a otros niveles de gobierno que cuentan con una cercanía e inmediatez más directa con la población de su circunscripción. Este es un punto importante, puesto que, si como se ha informado, la ley ha tenido un impacto negativo a nivel del gobierno central, la situación de las entidades en otras partes del país debe haber seguido ese mismo camino.

100. De otro lado, el artículo 3 establece la prohibición de "toda publicidad en medios privados". Así, todas las entidades estatales están prohibidas de contratar con medios de comunicación privados con fines relativos a la publicidad estatal. Si bien se plantean excepciones, estas se limitan únicamente a tres temáticas: desastres, emergencias nacionales y campañas de educación electoral. El efecto práctico de las disposiciones legales cuestionadas resulta categórico, más aún si es que los supuestos a los que se refiere la disposición impugnada son de carácter transitorio.

101. En suma, la ley impugnada tiene un alcance general en cuanto sujeta a toda entidad estatal a una prohibición general de contratar con medios de comunica-

ción privados para emitir publicidad institucional o comercial, según sea el caso. Ello genera una intervención en la libertad de información que será revisada a continuación a fin de determinar si la restricción es o no constitucionalmente legítima.

102. En consecuencia, y una vez advertida la intervención de la medida cuestionada en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de información, corresponde determinar si existe alguna justificación constitucionalmente válida, para lo cual se empleará, como en otras oportunidades, el test de proporcionalidad.

2.3. Libertad de información y test de proporcionalidad

2.3.1 Delimitación del contenido del derecho fundamental presuntamente afectado e intervención

103. El Tribunal ha observado que la libertad de información no solo tiene una dimensión individual, sino también una dimensión colectiva o social, lo que implica que la sociedad, en su conjunto, tiene el derecho a recibir información. En efecto, el desarrollo de la "opinión pública" -expresión que hace referencia al fenómeno social que se materializa a través del conjunto de opiniones y creencias de la comunidad- requiere de fuentes de información que se divulguen libremente, a fin que puedan llegar al conjunto de la sociedad. En ese sentido, es evidente que a la forjación de una opinión pública libre antecede, de manera necesaria, la presencia de distinta clase de información, a fin que, mediante su contraste, sea posible una decisión más elaborada.

104. También se ha apreciado que la publicidad estatal institucional implica la transmisión de información dirigida a satisfacer el bien común o el bienestar general. Como ya se apreció previamente, este Tribunal considera que existe una intervención en la libertad de información, pues los datos que podrían ser difundidos por el Estado no se encuentran en posibilidad de alcanzar al mismo número de ciudadanos si solo se recurriese a los medios de comunicación estatales. De hecho, en este caso se ha indicado, en múltiples oportunidades, que una de las formas en las que las entidades estatales podrían informar a la población se podría realizar a través del internet. Sin embargo, para este Tribunal dicha solución plantea importantes inconvenientes desde el punto de vista del derecho a la libertad de información por distintos motivos.

105. En este sentido, y de acuerdo con los informes del INEI, solo el 50.1% de la población de 6 y más años de edad del país accede a internet (Informe Técnico, Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares,

No. 4, diciembre 2017, p. 9). En este documento se aprecian diferencias en el uso de internet entre áreas rurales y urbanas, así como respecto de la población con educación primaria y la que cuenta con educación superior universitaria.

106. El INEI también ha subrayado que, en zonas rurales, solo el 15.2% accedió a internet en los meses de julio, agosto, y setiembre de 2017. Por su parte, el 19.8% de los ciudadanos con educación primaria accede a internet, mientras que el 91.3% de la población con educación superior universitaria lo hace.

107. Debe precisarse que no es solo la falta de utilización o la brecha existente en la implementación de las tecnologías necesarias para poder utilizar los medios digitales y redes sociales la única barrera existente. Aun en contextos en donde existe conectividad suficiente, hay ciertos sectores de la sociedad a los que les resulta muy difícil acceder a estos medios.

108. Ya en la Sentencia 0002-2001-AI/TC este Tribunal se pronunció sobre los factores culturales que limitan el acceso a internet. En dicha ocasión se dijo que:

> (…) el acceso a internet exige un mínimo de aprestamiento técnico o capacitación del que carecen aún grandes sectores de la población peruana, teniendo en cuenta a tal efecto el predominante "analfabetismo informático" del que ésta aún padece.

109. Aunque dicha resolución fue emitida hace 17 años, aquel "analfabetismo informático", si bien se ha reducido, aún persiste significativamente, de conformidad con las cifras del propio INEI (Encuesta Nacional de Hogares, ver cuadro sobre población de más de 6 años de edad que hace uso de internet, según ámbito geográfico, 2007-2016). De esta forma, argumentar que la difusión de la publicidad estatal pueda realizarse por redes sociales o por todos aquellos medios que implican el uso del internet implicaría, sobre todo en el caso peruano, contar con un derecho o una libertad sin sustrato; es decir, que se tiene formalmente el derecho a obtener información, pero esa fuente será completamente inaccesible para el ciudadano. La libertad de información también genera la exigencia para el Estado de no imponer obstáculos que desalienten o impidan el libre flujo de datos relevantes para la sociedad.

110. Respecto a la cobertura e índices de audiencia de los medios de comunicación estatales, el Poder Ejecutivo advirtió que TV Perú cuenta con una audiencia muy reducida (3%) en comparación con la audiencia televisiva de los medios de comunicación privados (97%) (Expediente 0013-2018-PI/TC, fojas 19). Lo mismo ocurre, aunque en menor escala, con la audiencia radial, en donde el 72% de esta opta por medios de comunicación privados (Sentencia 0013-2018-PI/TC, fojas 19).

111. Del mismo modo, estudios sobre audiencia radial en el Perú efectivamente detallan que las radios privadas son las más escuchadas, tanto el sector urbano y rural. En contraste, Radio Nacional no solo no estaría dentro de las cinco radios más escuchadas, sino que su audiencia radial no superaría el 2.3% del universo de oyentes. Y en la zona rural, no superaría el 1.1% (ver CPI, Marketreport, No. 2, abril 2018 y Marketreport, No. 7, julio 2018).

112. Todo lo expuesto tiene un efecto significativo en la difusión del mensaje transmitido mediante publicidad estatal. Y es que si se llega a menor público el mensaje tendrá menor efectividad, con las serias consecuencias que ello puede acarrear para el ciudadano, pues en muchas oportunidades la información suministrada le permite encontrarse informado respecto de distintas políticas de Estado, lo cual no solo le permite poder acceder a ellas, sino también criticarlas. Este dato es aún más relevante si es que se advierte que la cobertura de otras fuentes de información no tiene el mismo nivel de alcance que aquellos que se realizan mediante publicidad estatal institucional, y, por ende, no alcanzan su misma cobertura.

113. Ahora bien, corresponde determinar si es que la intervención en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de información se encuentra justificada por otros derechos, bienes o principios de relevancia constitucional. Para ello, el Tribunal empleará el denominado examen de proporcionalidad (ver, entre otras, la Sentencia 02235-2004-AA, fundamento 6; 007-2006-PI, fundamento 36-39; la Sentencia 00850-2008-PA/TC, fundamentos 21 y 22; y la Sentencia 0050-2004-PI/TC, fundamento 109).

114. Este examen, tal como se ha expuesto en reiterada jurisprudencia, está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, se analizará si es que la ley cuestionada tiene un fin constitucional, si es idónea para realizar dicho fin, si no existen otras medidas que, pese a ser igualmente idóneas, sean menos gravosas para la libertad de información; y, finalmente, si la intervención en la libertad de información es menos intensa que la realización del fin constitucional perseguido por la ley impugnada.

2.3.2. Subcriterio de idoneidad

115. Mediante este subcriterio se analiza si la medida es idónea para lograr un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, debe existir una relación de causalidad, de medio-fin, entre la medida limitativa (la norma identificada de manera previa que interviene un derecho fundamental) y el objetivo constitucionalmente legítimo que se pretende alcanzar con aquél (Sentencia 02235-2004-AA/

TC, fundamento 6). Ahora bien, por una cuestión de deferencia al legislador, de conformidad con este subcriterio solo serán inconstitucionales aquellas medidas que, desde ningún punto de vista, suponen el menor fomento de la finalidad perseguida. Los bienes que pueden ser objeto de protección pueden encontrarse reconocidos directa y expresamente en la Constitución o bien desprenderse directamente de ella.

116. En ese orden de ideas, un dispositivo legal puede tener una finalidad constitucional, pero podría no ser idóneo o técnico desde ningún punto de vista para alcanzar tal objetivo. De darse este escenario, se rompería la secuencia de medio-fin y, por consiguiente, el subcriterio de idoneidad no sería superado. Debe precisarse que la finalidad se refiere al principio constitucional que se pretende optimizar con la medida, mientras que el objetivo se refiere a la situación de hecho que se pretende alcanzar.

En este caso, en el escrito de contestación a la demanda se indica que dicha finalidad consiste en que la publicidad estatal estimula posiciones contrarias a las fuerzas políticas opositoras al gobierno, contraviniendo la neutralidad política y, con ello, el pluralismo y la cláusula del Estado democrático de derecho.

117. Por su parte, en la audiencia pública el autor de la propuesta de ley, el congresista Mulder Bedoya, afirmó que el objetivo de la ley es salvaguardar los recursos del Estado. En efecto, expuso que la preocupación que lo llevó a presentar tal iniciativa legislativa, fue ver:

> (…) la manera exponencial en que estaban creciendo los recursos del Estado asignados directamente a determinada prensa. Que cuando en los años 2002, 2004, 2009, promediaban 30, 35 millones de soles mensuales, con el señor Ollanta Humala subieron a más de 120 millones de soles mensuales, 130 millones mensuales y con el señor Kuczynski llegaron a 180 millones de soles mensuales, en publicidad. ¿Y las veíamos acaso en campañas de vacunación?

118. El Tribunal también advierte que, en el proyecto de ley 2133-2017-CR, que dio origen a lo que sería la futura Ley 30793, que regula el gasto de publicidad del Estado peruano, se indica que el propósito de esta clase de iniciativas radica en la racionalización de los gastos del Estado, lo cual obedece a que existirían ingentes cantidades de dinero que se destinarían a esta actividad.

119. De lo expuesto por las partes, y de lo debatido y advertido en la audiencia pública, resulta claro para este Tribunal que el objeto que persigue la ley impugnada es reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad. Y si bien la

finalidad constitucional no ha sido especificada claramente por las partes, este Tribunal entiende que el principio constitucional que se pretende optimizar se encuentra comprendido dentro del ámbito del artículo 77 de la Constitución. Esto es, optimizar los criterios de ejecución eficiente para atender las necesidades sociales básicas del presupuesto de la república.

120. Queda por determinar si es que existe una relación entre el medio y la finalidad perseguida. Es decir, se debe responder a la pregunta de si las medidas propuestas en la ley cuestionada realmente pueden cumplir con tal finalidad. Este Tribunal entiende que sí, pues con la prohibición absoluta de contratación por parte del Estado en medios de comunicación privados se ha reducido la posibilidad de arbitrariedad, discrecionalidad e ineficiencia en el gasto público en publicidad. Por lo tanto se verifica una relación de medio-fin en la medida normativa impugnada.

121. Corresponde, entonces, examinar el criterio de necesidad.

2.3.3. Subcriterio de necesidad

122. El criterio de necesidad implica la presencia de dos sub-fases: (i) determinar la presencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida; y (ii) una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene.

123. En relación con la primera sub-fase, debe evaluarse si es que existen medidas que, siendo por lo menos igualmente idóneas, permitan satisfacer en igual o mayor medida la finalidad perseguida. En este caso, el Tribunal nota que es sumamente complejo poder encontrar una medida con dichas características, ya que la disposición que ahora se cuestiona contiene una prohibición que, salvo algunas excepciones, se aplica a todos los niveles de gobierno y a distintas entidades.

124. En lo que respecta a la segunda sub-fase, le corresponde identificar al Tribunal si es que, de los medios por lo menos igualmente idóneos, se advierte la presencia de alguno que resulte menos lesivo de derechos fundamentales que la propia disposición impugnada. En este caso, como se advirtió supra, no existe una medida que tenga por lo menos el mismo nivel de idoneidad, por lo que, en principio, pareciera que esta sub-fase también sería superada por la ley cuestionada.

125. Ahora bien, el Tribunal nota que dejar la constitucionalidad en manos de la sola efectividad o idoneidad de las medidas implementadas puede generar, en algunos casos, resultados contraproducentes. Por ello, es importante valorar, de

manera excepcional, algunas medidas alternativas cuando exista un importante grado de aflicción de derechos fundamentales con la ley cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad, y pese a que aquellas no son igualmente idóneas que la realmente aprobada. El propósito de este criterio radica en que no es viable que la justicia constitucional, en aras de la eficiencia, deje de lado alguna medida que, sin ser igualmente efectiva, pueda sin embargo conciliar el fomento de la finalidad perseguida por el legislador y la protección de los derechos fundamentales involucrados.

126. En efecto, si bien la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal podría verse reducida con la ley impugnada, por cuanto ya no se destinan recursos públicos en publicidad estatal en medios privados (salvo las excepciones del artículo 4 de la ley impugnada), ello no implica que no existan medidas alternativas que permitan alcanzar tal finalidad. Este Tribunal entiende que ello puede lograrse sin restringir absolutamente la contratación estatal en medios de comunicación privados, como lo hace la presente ley.

127. En ese sentido, cabe preguntarse entonces si existen otras medidas menos gravosas para la libertad de información y que a la vez permitan reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal. A partir de lo debatido, este Tribunal entiende que existen otras formas mediante las cuales se puede lograr el objetivo propuesto por la ley.

128. En efecto, una medida que puede conciliar aquellos intereses es aquella que, a fin de reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal, plantea implementar controles más estrictos en los que se pueda analizar si es que efectivamente la publicidad estatal está siendo utilizada para atender los deberes fundamentales del Estado y no como un mecanismo de incentivo perverso para que los medios de comunicación sean serviles frente al gobierno, ya que ello puede devenir en subordinación política, con todos los males que ello acarrea al sistema democrático.

129. En efecto, en relación con esta medida alternativa, es posible advertir que, en el marco de la ley anterior, existía la posibilidad de controlar el gasto público en materia de publicidad. En este contexto, sin tener que adoptarse alguna medida que, como la impugnada en este proceso, impida la contratación en todo supuesto con el Estado, se permitía armonizar la necesidad de informar a la población con la necesidad de controlar y fiscalizar los gastos vinculados con este rubro. Sin embargo, como bien lo advirtió la Defensoría del Pueblo, la "necesidad de establecer un marco normativo idóneo respecto de la publicidad estatal resulta plenamente exigible por cuanto la ley 28874, Ley que regula la publicidad esta-

tal, no se encuentra reglamentada. Asimismo, resulta imperiosa la regulación de la publicidad para evitar excesos, tantos en los gastos de contratación como en la manipulación para promover la propaganda" (Defensoría del Pueblo. Escrito presentado al Tribunal Constitucional el 28 de septiembre, pág. 15).

130. En este sentido, el legislador también debe evaluar la introducción de límites razonables a los financiamientos de los medios de comunicación de titularidad privada como una medida alterna a la prohibición de carácter absoluto, pues esta es también una solución que permite optimizar tanto el control del gasto público y la libertad de información de la colectividad. Debe recordarse que, al emplearse fondos públicos, existe por parte del Estado un nivel especial de diligencia en su manejo y administración, pues ello es relevante para evitar que estos recursos puedan ser utilizados por los respectivos gobiernos de turno para evitar cuestionamientos por parte de la prensa o, en algunos casos, como mecanismo para disuadirla.

131. De esta manera, el Tribunal nota que los inconvenientes que generan el uso desmedido del gasto público en publicidad, y que generan una legítima preocupación por parte de la entidad emplazada, pueden ser combatidos sin necesidad de acudir a la prohibición absoluta y la criminalización como respuesta general. En efecto, como se precisó, es posible enfrentar dicho flagelo con medidas de fiscalización y con la introducción de límites al financiamiento, lo cual demanda adoptar todas aquellas medidas necesarias que permitan reglamentar y precisar las formas en las que se hará uso de la potestad de controlar el gasto público.

132. Estos controles deben ser realizados por la Contraloría de la República (y también utilizados por el Poder Ejecutivo, así como por todo ente público que contrate publicidad en medios de comunicación privados) mediante el establecimiento de una serie de criterios y estándares que permitan una mejor supervisión, control y fiscalización sobre el gasto que el Estado realiza en publicidad estatal. Estos controles, como es evidente, están direccionados a evitar que partes considerables del presupuesto público sean asignadas para cubrir gastos relacionados con publicidad que puede ser innecesaria.

133. El Tribunal considera que, a fin de hacer efectiva la lucha contra posibles actos de corrupción, estos controles deben ser previos, a fin de evitar la materialización de operaciones de gasto público que sean arbitrarias; así como simultáneos y posteriores, a fin de evaluar los resultados de las operaciones o gestiones a fin de poder determinar si es que el gasto público se ha direccionado a aspectos de publicidad estatal institucional o comercial y no para el beneficio de un grupo político o persona determinados.

134. A modo de referencia, los criterios que podrían utilizarse para lograr tal objetivo podrían incluir el uso de indicadores de audiencia, tiraje o cuota de mercado, distribución geográfica, idioma, así como la evaluación del público objetivo al que se desea llegar con la publicidad y qué medios serían los idóneos para llegar a él. Del mismo modo, garantizando la publicación, en términos sencillos y accesibles, en los portales de trasparencia de los datos concernientes a los gastos por publicidad.

135. Evidentemente, cualquier gasto con fondos públicos que sea innecesario para cumplir con esta labor, podrá ser oportunamente fiscalizada no solo por la Contraloría General de la República, sino también por la misma ciudadanía, ya que la información concerniente a esta clase de gastos debe ser de público conocimiento y de simple acceso, a fin que pueda advertirse la forma en que se emplea el dinero del Estado. En efecto, la sola difusión de información, con un elevado nivel de tecnicismo y complejidad, impide que el ciudadano pueda mantener un conocimiento certero respecto de la administración de la res publica y, principalmente, sobre el gasto. Esto es aún más importante si, como recalca la Defensoría del Pueblo, la información relativa a la publicidad de los distintos niveles de gobierno

> se encuentra recogida por las citadas entidades públicas y se encuentran en sus respectivos PTE, [pero] esta no está debidamente estructurada y sistematizada, lo que imposibilita a la ciudadanía a acceder a información pública y, por ende, conocer sus derechos; lo que supone también una contravención al precitado principio de transparencia (Defensoría del Pueblo. Escrito presentado al Tribunal Constitucional el 28 de septiembre, pág. 17).

136. Junto a estos controles deben implementarse otros que midan el impacto que tuvo la campaña y si es que se lograron los objetivos trazados mediante indicadores de desempeño que puedan ser de fácil acceso a la población. Además, la información sobre el gasto realizado y el monto de cada contrato debe ser pública.

137. En relación con el gasto en publicidad, de acuerdo con el portal de transparencia del Ministerio de Economía y Finanzas, podría decirse que este ha experimentado la siguiente evolución en los últimos diez años:

Año	**1. Servicio de publicidad**		**2. Otros servicios de publicidad y difusión**		**3. Servicios de imagen institucional**		**Total gasto en publicidad anual**
2009	36.37%	47,872,843	55.55%	73,125,282	8.08%	10,639,098	131,637,223
2010	41.74%	93,031,901	45.49%	101,399,967	12.77%	28,456,718	222,888,586
2011	37.18%	97,773,665	58.56%	153,975,763	4.26%	11,203,552	262,952,980

2012	49.98%	100,952,363	43.60%	88,062,713	6.43%	12,985,357	202,000,433
2013	56.01%	166,754,616	39.46%	117,491,075	4.53%	13,481,163	297,726,854
2014	55.66%	186,586,953	40.12%	134,500,843	4.21%	14,119,583	335,207,379
2015	61.27%	216,366,377	33.00%	116,530,759	5.72%	20,214,027	353,111,163
2016	52.14%	197,834,700	44.66%	169,448,847	3.20%	12,125,476	379,409,023
2017	54.84%	153,461,429	40.80%	114,162,089	4.36%	12,186,440	279,809,958
2018	54.75%	153,326,961	41.13%	115,173,295	4.12%	11,540,330	280,040,586
Por categoría	**51.51%**	**1,413,961,808**	**43.13%**	**1,183,870,633**	**5.35%**	**146,951,744**	**2,744,784,185**

1. Servicios de publicidad: Gastos por los servicios de promoción, publicidad, difusión en los diversos medios de información relacionados con las actividades de comunicación social.

2. Gastos por "otros" servicios de publicidad y difusión, los cuales no se desagregan en la información disponible.

3. Servicios de imagen institucional: Gastos por los servicios de promoción, publicidad y difusión en los diversos medios de información, relacionados con la imagen institucional de las entidades públicas.

Año	**Presupuesto General de la República**	**Gasto total en publicidad**	**Porcentaje del gasto anual destinado a publicidad**
2009	72,355,497,884	131,637,223	0.1819%
2010	81,894,838,697	222,888,586	0.2722%
2011	88,460,619,913	262,952,980	0.2973%
2012	95,534,635,146	202,000,433	0.2114%
2013	108,418,909,559	297,726,854	0.2746%
2014	118,934,253,913	335,207,379	0.2818%
2015	130,621,290,973	353,111,163	0.2703%
2016	138,490,511,244	379,409,023	0.2740%
2017	142,471,518,545	279,809,958	0.1964%
2018	157,158,747,651	280,040,586	0.1782%
Total	**1,134,340,823,525**	**2,744,784,185**	**0.2420%**

138. Se aprecia un importante volumen de gasto por parte del Estado, lo que evidencia la necesidad imperiosa de fijar los criterios de fiscalización apuntados, lo que coadyuvaría a reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad, sin impedir el flujo de información dirigido a la ciudadanía.

139. El Tribunal advierte que el uso desmedido del presupuesto público para fines publicitarios puede generar una legítima preocupación por parte de la ciudadanía, más aún si lo que es objeto de disposición es una parte significativa del mismo. Esto es aun más cuestionable si es que la información que brinda el Ministerio de Economía y Finanzas no aparece debidamente desglosada, a fin de permitir identificar cuáles fueron los gastos concretos en cada rubro, lo que ciertamente dificulta las labores de fiscalización que realizan otras entidades. La adopción de esta clase de medidas optimizaría el uso de fondos estatales para difundir publicidad estatal sin que se permita o faculten ciertos actos de proselitismo o de subordinación por parte de las autoridades políticas de turno.

140. En virtud de las alternativas anotadas, este Tribunal considera que la normativa impugnada no supera el subcriterio de necesidad. Si bien la prohibición introducida en la ley impugnada busca reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal, frente a los malos usos que se pueden dar en este ámbito, lo cierto es que tal objetivo puede alcanzarse mediante las alternativas sugeridas, que no restringen el derecho a la libertad de información.

141. En consecuencia, al existir medidas alternativas que permiten garantizar la finalidad perseguida por el legislador -consistente en controlar la regularidad de la contratación por parte del Estado de publicidad-, y que afectan de manera grave el derecho a la información de la población, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley en el extremo impugnado.

142. Ahora bien, conforme a lo ya expuesto, no debe colegirse que el legislador se encuentra impedido de adoptar medidas tendientes a limitar el uso de la publicidad estatal. Como se ha advertido en este apartado, el control del gasto público es un fin que, además de legítimo, ostenta una marcada trascendencia social. De hecho, se trata de una herramienta que, empleada en exceso, puede generar graves consecuencias, ya que no solo podría invitar a que los medios de comunicación mantengan una relación de dependencia respecto de los poderes públicos, sino que, llevado a sus últimas consecuencias, puede subvertir el flujo libre de información y el intercambio de ideas.

143. En tal sentido, las demandas deben declararse fundadas en este extremo, por cuanto la ley impugnada no ha superado el test de proporcionalidad; en consecuencia, son inconstitucionales los artículos 1 y 3 de la Ley 30793.

§ 3. Supuesta vulneración del derecho de acceso a la información pública

144. Se alega que la Ley 30793 vulnera el derecho de acceso a la información pública, toda vez que esta limita el principio de máxima divulgación que se desprende del artículo 13 de la CADH al establecer que las entidades sólo podrán publicitar a través de medios estatales.

145. Al respecto, el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución señala que:

> Toda persona tiene derecho:
>
> (…)
>
> 5. 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. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...).

146. Este Tribunal ha desarrollado en reiterada jurisprudencia que el derecho de acceso a la información garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. Esto también aplica a personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización.

147. Respecto al tipo de información que puede solicitarse, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, TUO de la Ley 27806, señala que esta abarca cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales. La obligación de proveer dicha información es independiente del soporte o formato en que se encuentre, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o control.

148. En base a lo mencionado, el derecho al acceso a la información puede vulnerarse de dos formas:

(i) Por omisión, es decir, cuando la Administración Pública no contesta la solicitud para la obtención de cierta información; y,

(ii) Por acción, cuando se niega arbitraria y expresamente la información solicitada, se condiciona la entrega de esta a un pago desproporcionado o se brinda información desactualizada, parcial o distinta de la solicitada.

149. En el caso de autos, la Ley 30793 limita la publicidad respecto de las tareas de gestión de las entidades del Estado a los medios de comunicación estatales. Sin embargo, este Tribunal no advierte ninguna restricción en el derecho de las personas de acceder a la información que producen, almacenan o sistematizan las entidades públicas o empresas privadas prestadoras de servicios públicos, pues mediante la ley cuestionada no se interfiere en el derecho bajo análisis.

150. Efectivamente, la ley no contiene ningún impedimento para que los ciudadanos soliciten información y la reciban sufragando el costo que pudiera suponer la reproducción. Correlativamente, los organismos públicos mantienen el deber de brindar la información en los términos establecidos en la Constitución y la ley.

151. En todo caso, como se advirtió supra (fundamento 140), todas las entidades del Estado que se encuentren obligadas a brindar información respecto del presupuesto que le ha sido asignado, deben garantizar que los portales de transparencia la puedan brindar en un formato sencillo y accesible, que permita a la ciudadanía fiscalizar el empleo de fondos públicos.

152. Ahora bien, el Tribunal también advierte que los argumentos de los demandantes relacionados con el derecho de acceso a la información pública en realidad se encuentran direccionados a cuestionar la vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la información, cuestión que ya ha sido examinada supra. En efecto, si lo que se cuestiona es que la publicidad solo se hará a través de medios estatales, ello ya ha sido analizado al momento de determinar que era inconstitucional establecer una prohibición respecto de los medios privados, pues ello afectaba el derecho de toda persona a acceder a distintas fuentes informativas. Entendido de esta manera, los argumentos de los demandantes respecto del derecho de acceso a la información ya han sido evaluados en el acápite relacionado con el derecho a la información, por lo que carece de sentido examinarlos de forma separada.

153. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional estima que la Ley 30793 no ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública, por lo que corresponde desestimar las demandas en este extremo.

§ 4. Supuesta vulneración del derecho a la participación política

154. Los demandantes señalan que la ley impugnada contraviene el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución, en cuanto se estaría afectando el derecho a la participación política. Sostienen los recurrentes que los ciudadanos requieren contar con información no solo para conocer cuáles son los servicios que ofrece el Estado sino también para controlar y criticar sus acciones. La omisión de información

veraz reduce la capacidad de la ciudadanía de interpelar a las autoridades, y aumenta la posibilidad de que estas incurran en actos indebidos.

155. También advierten que la información que genera el Estado no se limita a publicitar las obras públicas de sus órganos políticos, sino que permite atender mejor las necesidades de las personas y cumplir con la promoción y garantía de los derechos, que es una obligación constitucional. Asimismo, permite evitar la corrupción y optimizar los niveles de control y participación de la ciudadanía.

156. El inciso 17 del artículo 2 de la Constitución señala lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho:
>
> (...)
>
> 17. 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 (...).

157. El derecho de participación política tiene carácter fundamental y su ámbito de protección se vincula con la libre intervención en los procesos de deliberación y la toma de decisiones en las esferas políticas, económicas, sociales y culturales.

158. Al respecto, este Tribunal, en el fundamento 3 de la Sentencia 05741-2006-PA/TC ha señalado que:

> 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 (...).

159. Asimismo, en el fundamento 119 de la Sentencia 0006-2017-PI/TC sostuvo que el contenido de este derecho es amplio y complejo, porque se vincula y relaciona 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.

160. Al respecto, el artículo 2 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, señala como derechos de participación los siguientes:

(a) iniciativa de reforma constitucional;

(b) iniciativa en la formación de leyes;

(c) referéndum;

(d) iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales; y,

(e) otros mecanismos de participación establecidos en la legislación vigente.

161. El artículo 3 del mismo cuerpo normativo señala que los ciudadanos tienen una serie de derechos de control, que son:

(a) revocatoria de autoridades;

(b) remoción de autoridades;

(c) demanda de rendición de cuentas; y,

(d) otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

162. Ahora bien, como ya se expuso, una deliberación libre y plural, necesaria para una sociedad democrática, solo puede apoyarse sobre la libertad de información. Si bien la valoración de la información recibida y las decisiones de cada persona son cuestiones que corresponden al ámbito de la libertad personal, el Estado debe garantizar que exista una oferta amplia de información sobre los asuntos de interés general antes señalados.

163. En el presente caso, este Tribunal ha señalado supra que la ley cuestionada vulnera el derecho a la libertad de información al establecer que la publicidad estatal solo pueda ser difundida por medios estatales, lo que trae como resultado un bajo nivel de penetración de la información pública en la sociedad.

164. De este modo, se advierte que los argumentos expresados por los demandantes, al hacer referencia a que la expedición de la ley impugnada vulnera el derecho a la participación política por cuanto no se tendría información para conocer el funcionamiento y desempeño de las entidades del Estado, han sido ya examinados en esta sentencia en el apartado concerniente a la libertad de información. En ese sentido, aunque en muchas oportunidades el derecho a la información y a la participación política se activan y complementan conjuntamente, el Tribunal nota que no se ha presentado algún acto o conducta en particular que incida de manera directa y manifiesta en el derecho a la participación política que no sean aquellos ya analizados en el caso del derecho a la información. Por ello, corresponde desestimar las demandas en este extremo.

§ 5. Supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión

165. Los demandantes argumentan que la libertad de expresión se ve afectada cuando por medio de vías indirectas se impide la circulación de información,

por lo que toda norma relacionada con ese derecho debe ser analizada desde esta perspectiva. Así, señalan que la Ley 30793 constituye una restricción indirecta para la libertad de expresión en contravención a lo estipulado en el artículo 13 de la CADH.

166. Como fuera desarrollado supra, el derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, y garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir (Sentencia 0905-2001-AA/TC, fundamento 9).

167. Dicha disposición constitucional señala que toda persona tiene derecho:

> A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.
>
> Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

> Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación (cursiva agregada).

168. Como puede apreciarse, el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución señala que para ejercitar las libertades allí reconocidas, entre las que se incluye la libertad de expresión, no se requiere autorización previa ni puede ser objeto de censura o impedimento. Como ocurre con todos los derechos constitucionales, ello no debe interpretarse en el sentido de que la libertad de expresión sea absoluta, de ahí que el legislador cuente con competencia para determinar cuáles son los mecanismos de responsabilidad ulterior cuando las expresiones o datos que han sido difundidos terminan por vulnerar otros principios o derechos reconocidos en la Constitución.

169. Además, la libertad de expresión no se limita al ámbito privado, sino que resulta esencial para que una persona pueda hacer públicas sus ideas y opiniones, si tal es su deseo. Ello requiere de vehículos que no son otros que los medios de comunicación.

170. Lo dispuesto en la Constitución sobre libertad de expresión se complementa con lo dispuesto en el artículo 13 de la CADH, que señala:

> Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
>
> 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
>
> a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
>
> b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
>
> 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
>
> 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
>
> 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

171. El Tribunal ha indicado supra que los medios de comunicación no son titulares de un derecho fundamental a contar con asignación o financiamiento por parte del Estado. En efecto, la asignación o no asignación de publicidad estatal puede convertirse, en caso que no existan los conductos de fiscalización necesarios, en un mecanismo de premio o castigo a los medios de comunicación en función de si se alinean o no con el discurso del gobierno de turno, lo que potencialmente podría configurar una fuerte alteración de las reglas del fair play democrático, por cuanto permitiría al Estado hacer uso de sus recursos para evitar cualquier clase de control por parte de algunos medios.

172. Ciertamente, la salida contraria, consistente en que se prohíba cualquier clase de publicidad estatal en medios de comunicación privada tiene una finalidad

que, aunque legítima, termina por ser desproporcionada, tal y como se demostró supra. Sin embargo, ello de ninguna manera puede hacer perder de vista los distintos problemas que, en el seno de una sociedad pluralista y democrática, se pueden generar cuando el Estado, por no ser adecuadamente fiscalizado, emplea mecanismos indirectos para incidir en los medios de comunicación. Ahora bien, el Tribunal interpretó que, si bien la medida adoptada por el Congreso de la República tiene un objeto legítimo y constitucional, es innecesaria para cumplirlo, por existir medidas alternativas que no limitan irrazonablemente el derecho a la libertad de información.

173. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha emitido una Nota Técnica analizando los alcances de la Ley 30793, y ha mostrado su preocupación en el sentido que la asignación de publicidad oficial puede depender tanto la posibilidad de los medios de comunicación de expresarse libremente como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la CADH. Estos aspectos han sido ya analizados en el acápite sobre libertad de información.

174. Ahora bien, si se parte de la premisa que no existe un derecho fundamental a obtener un financiamiento por parte del Estado, no se podría afirmar que la decisión de no otorgarlo suponga un mecanismo de censura. De hecho, en la actualidad los medios de comunicación han podido desplegar su rol informativo y crítico sin que se hayan impuesto barreras concretas a dichas actividades. No nota este Tribunal que, con ocasión de la ley cuestionada en este caso, se haya procedido a adoptar medidas para silenciarlos. En efecto, los medios, a la fecha, han podido desempeñar su rol de guardianes públicos de la democracia, o empleando los términos ya conocidos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de public watchdog (entre otros, consultar: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Fressoz y Roire v. Francia. Sentencia del 21 de enero de 1999; Janowski v. Polonia. Sentencia del 21 de enero de 1999, y Scharsach y News Verlagsgesellschaft. Sentencia del 13 de noviembre de 2003). Este Tribunal recuerda que, en un Estado democrático, se debe fomentar la existencia de una prensa libre que actúe sin temor a represalias, no una prensa servil que actúe con temor al Estado y para complacer a los gobernantes de turno.

175. Evidentemente, los riesgos de censura podrán hacerse presentes si es que no se adoptan los mecanismos de fiscalización y control por parte de los órganos responsables de vigilar la forma en que se ejecuta el gasto público. El Tribunal advierte que esta situación de latente inconstitucionalidad se presentará tanto con una ley que impida la difusión de publicidad estatal en medios de comunicación privados como en aquella que la permite.

176. En el primer caso, si es que, en el marco de un conjunto de medidas orientadas a atacar la libertad de prensa, se aprueba una ley que impide el funcionamiento de algunos medios hostiles a los intereses de algunos sectores estatales, ello podría configurarse potencialmente como un mecanismo de censura, que deberá ser analizado en cada caso particular a través de los procesos constitucionales que permitan la valoración de hechos. En el marco de un proceso de inconstitucionalidad, a este Tribunal le corresponde determinar si, en abstracto, la ley impugnada supone una vulneración de los principios y derechos de la Constitución, lo que no se advierte a propósito de la ley aprobada como generadora de una eventual censura a los medios de comunicación. Sí, en cambio, se evidenció que limita injustificadamente el flujo de información a favor de la sociedad, por lo que se le declaró como inconstitucional por tal motivo.

177. En el segundo, este potencial peligro se materializa cuando el Estado emplea una suerte de incentivo, traducido en importantes sumas de dinero para la difusión de publicidad estatal, a fin de contar con el apoyo o al menos la falta de crítica por parte de los medios de comunicación. Evidentemente, es una situación que siempre estará latente con autoridades con vocación autoritaria, y demanda que los órganos responsables de fiscalizar el gasto público actúen con responsabilidad en el uso de sus funciones. Como bien ha expresado la Comisión Interamericana, "la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar, o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. Informe de 7 de marzo de 2011, pág. 2). En efecto, lo que se sanciona y es cuestionable es el privilegio directo y comprobado a favor de unos medios de comunicación en desmedro de otros, pero no el financiamiento en sí.

178. Ahora bien, esta situación de latente inconstitucionalidad puede ser evitada siempre y cuando se activen los mecanismos correspondientes para el control de la gestión y el uso de los fondos públicos en el caso de la publicidad estatal.

179. Por tales razones, este Tribunal declara infundadas las demandas en el extremo referido a la vulneración de la libertad de expresión; en consecuencia, corresponde desestimarlas en este punto.

§ 6. Supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratación

180. Los recurrentes alegan que el artículo 3 de la Ley 30793 establece una prohibición de celebrar contratos entre los medios de comunicación privados y las entidades públicas para la difusión de publicidad estatal, calificando además esta conducta como delito.

181. Sin embargo, sostienen que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de toda persona a recibir información, por lo que los acuerdos contractuales que se celebren persiguiendo este objetivo, no pueden ser calificados como ilícitos.

182. En tal sentido, alegan que se estaría vulnerando el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, el cual señala que toda persona tiene derecho:

> A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

183. En la Sentencia 0011-2013-PI/TC, entre otras, este Tribunal señaló que el derecho a la libre contratación garantiza la facultad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. Tal vínculo debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica, y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga leyes de orden público.

184. Así, el derecho a la libertad de contratación se fundamenta en el principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:

(i) Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y,

(ii) Libertad contractual, que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución, y que también es conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

185. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libertad de contratación está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales:

(i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y,

(ii) Autonomía para decidir, de común acuerdo (por común consentimiento), la materia objeto de regulación contractual.

186. Como cualquier otro derecho fundamental la libre contratación tiene límites, que en su caso consisten, principalmente, en la restricción para perseguir intereses privados cuando estos estén en conflicto con leyes de orden público, es decir, con el bien común.

187. Sin embargo, ello no implica, por supuesto, que toda restricción a la libertad de contratación será siempre legítima por el simple hecho de ser legal, sino que será necesario realizar un análisis de la restricción en atención al bien de orden público que se busca tutelar con la medida, para establecer si esta constituye una restricción justificada del derecho.

188. Ahora bien, el artículo 3 de la norma sometida a control ha establecido lo siguiente:

> Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad. No se considera como tal el trabajo periodístico tales como reportajes, entrevistas, conferencias de prensa y similares, las que se pueden desarrollar libremente sin que suponga pago alguno al medio de comunicación. La infracción a este precepto será considerado delito de malversación.

189. De la lectura del mencionado dispositivo se advierte que, con la prohibición de la publicidad estatal en medios privados, aquellos contratos que busquen celebrarse con el Estado para realizar dicha actividad tienen objeto ilícito.

190. Este Tribunal ha señalado supra que el Estado tiene el deber de brindar información a los ciudadanos sobre las actividades que realiza, en virtud de la relación entre el derecho a la libertad de información y sus deberes fundamentales establecidos en el artículo 44 de la Constitución.

191. Asimismo, señaló que no existe un derecho de los medios de comunicación privados a recibir financiamiento vía contratación de publicidad. Ello implica que los medios de comunicación no pueden exigir u bligar al Estado a contratar publicidad privada, sin perjuicio de lo indicado supra en el sentido de adoptar medidas para informar a la sociedad sobre cuestiones que no necesariamente son atractivas al sector privado por temas de rentabilidad, tales como aspectos culturales o históricos.

192. En efecto, el Estado contrata publicidad no porque ello sea un fin en sí mismo, sino porque es un medio necesario para satisfacer el derecho a la libertad de información y cumplir con sus deberes constitucionales. En este sentido, la ley impugnada prohíbe una acción necesaria e indispensable para el funcionamiento de un Estado constitucional, de manera que el objeto de los contratos celebrados con el Estado sobre publicidad estatal no puede ser considerado ilícito.

193. En relación con ello, este Tribunal considera pertinente destacar la obligación de los medios de comunicación privados de informar a la población de asuntos de interés público, sin que exista, necesariamente, un contrato de publicidad estatal de por medio.

194. En el fundamento 28 de la sentencia 0027-2005-PI/TC, este Tribunal afirmó que el "ejercicio profesional del periodismo, cuando se realiza democráticamente y con responsabilidad, es un elemento esencial que permite el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones democráticas".

195. En esa línea Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, establece, entre otras cosas, lo siguiente:

> Artículo I.- Principios de acceso a los servicios de radiodifusión
>
> El acceso a los servicios de radiodifusión se rige por los siguientes principios: (…)
>
> d) Uso eficiente del espectro.- A fin de garantizar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, la asignación de frecuencias y el otorgamiento de la autorización para la prestación de los servicios de radiodifusión, se efectúa bajo criterios de objetividad, transparencia e imparcialidad, de acuerdo con la disponibilidad de frecuencias (…).
>
> Artículo II.- Principios para la prestación de los servicios de radiodifusión
>
> La prestación de los servicios de radiodifusión se rige por los siguientes principios:
>
> a) La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.
>
> b) La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
>
> c) El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.
>
> d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.
>
> e) La libertad de información veraz e imparcial.
>
> f) El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.
>
> g) La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.
>
> h) La promoción de los valores y la identidad nacional.
>
> i) La responsabilidad social de los medios de comunicación.

j) El respeto al Código de Normas Éticas.

k) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.

l) El respeto al derecho de rectificación.

Artículo 3.- Definición de los servicios de radiodifusión

Los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general.

Artículo 4.- Fines del Servicio de Radiodifusión

Los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

Artículo 11.- Del espectro radioeléctrico

El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (…).

Artículo 14.- Habilitación

Para la prestación de los servicios de radiodifusión, en cualquiera de sus modalidades, se requiere contar previamente, con autorización otorgada por el Ministerio. La autorización es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (…).

196. Algunos medios de comunicación privados hacen uso del espectro radioeléctrico, el cual es un recurso limitado y forma parte del patrimonio de la Nación. Asimismo, los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, por lo que de ahí se deriva el deber de informar sobre todo asunto de dicho carácter, incluyendo sobre todo a las actividades del Estado y sin que ello genere contraprestación alguna.

197. Por otro lado, en concordancia con las obligaciones pertinentes en la referida ley se encuentran el Código de Ética Profesional del Colegio de Periodistas del

Perú y el Código de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, los cuales fijan criterios que deben informar la actividad periodística.

198. Los deberes resultantes de dichas reglas resultan exigibles tanto para los medios que utilizan el espectro electromagnético como para los medios impresos que no dependen de la concesión del Estado y que operan con sus propios recursos.

199. Este Tribunal entiende que contratar publicidad con el Estado no puede ser considerado ilícito, por cuanto tal acción es necesaria para tutelar otros derechos fundamentales, el artículo 3 de la ley impugnada constituye una limitación injustificada al derecho a la libertad de contratación.

200. En consecuencia, este Tribunal declara fundadas las demandas en el extremo referido a la vulneración de la libertad de contratación; en consecuencia, es inconstitucional también por este motivo el artículo 3 de la Ley 30793.

§ 7. Supuesta vulneración al principio de legalidad en materia penal

201. Se alega que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera el principio de legalidad en materia penal reconocido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, y en el artículo 9 de la CADH, al establecer como delito de malversación la contratación de publicidad estatal en medios privados, pese a que esta resulta a la vez indispensable para garantizar el derecho de las personas a recibir información, lo que concretiza una obligación estatal. Es tal sentido, señala que el Estado no puede establecer como delito una conducta que al mismo tiempo ordena o fomenta.

202. Respecto al principio de legalidad en materia penal, la Constitución señala lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho:
>
> (…)
>
> 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
>
> (…)
>
> d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley (…).

203. Al respecto, este Tribunal ha establecido que el principio de legalidad penal es también un derecho subjetivo de todos los ciudadanos. Como principio, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo

al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones.

204. Como derecho subjetivo, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, que prevea la sanción respectiva.

205. Por ello, constituye una exigencia ineludible para un órgano jurisdiccional que sólo pueda procesar y condenar sobre la base de una ley emitida de manera anterior respecto de los hechos imputados. Esta regla tiene como excepción la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al reo, conforme a lo previsto en el artículo 103 de la Constitución.

206. En la Sentencia 0010-2002-AI/TC, este Tribunal señaló que el contenido normativo del principio de legalidad prohíbe lo siguiente:

(i) La aplicación retroactiva de la ley penal (lex praevia);

(ii) La aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta);

(iii) La aplicación de analogía (lex stricta); y,

(iv) Las cláusulas legales indeterminadas (lex certa).

207. En el mismo sentido se encuentra el artículo 9 de la CADH, que señala que:

> Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

208. Al respecto, la Corte IDH ha mencionado que en la elaboración de los tipos penales deben usarse términos estrictos y unívocos, que acoten las conductas punibles, con una clara definición del supuesto de hecho incriminado, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o con conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (Sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, párr. 121).

209. En ese sentido, se vulnerará el principio de legalidad en materia penal cuando se procese o condene a alguien por un acto u omisión que no se encontraba tipificado en la ley de manera previa, o cuando exista una tipificación deficiente, es decir, exista falta de claridad o certeza sobre la conducta punible.

210. En el caso de autos, este Tribunal advierte que el delito de malversación se encuentra tipificado en el artículo 389 del Código Penal de la siguiente manera:

> El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa (cursiva agregada).

211. El artículo impugnado señala lo siguiente:

> Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad. No se considera como tal el trabajo periodístico tales como reportajes, entrevistas, conferencias de prensa y similares, las que se pueden desarrollar libremente sin que suponga pago alguno al medio de comunicación. La infracción a este precepto será considerada delito de malversación (cursiva agregada).

212. Al respecto, la parte demandante alega que es contradictorio que el legislador penalice una conducta que está orientada a concretar la obligación estatal de brindar información a la sociedad sobre los asuntos de relevancia pública. Esto, según menciona, implica prohibir una conducta que, al mismo tiempo, se encuentra ordenada.

213. Ahora bien, el Tribunal advierte que la penalización de conductas que puedan relacionarse con el reconocimiento o el ejercicio de derechos o bienes que se desprenden de la Constitución no implica, per se, una vulneración del principio de legalidad, sino de aquel derecho o bien que la sanción impide que se realice. En efecto, un tipo penal puede ser configurado, en cuanto a su estructura, formalmente de manera válida. Puede, en realidad, identificar de manera clara el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que integran el tipo penal; y, sin embargo, ser lesivo de otros derechos o bienes constitucionales. Desde este punto de vista, el justiciable tiene conocimiento de lo que jurídicamente se encuentra prohibido, por lo que no existiría, al menos en principio, alguna vulneración del principio de legalidad. Ahora bien, esa certeza del diseño del tipo penal no le otorga necesariamente la cualidad de ser compatible con el conjunto de derechos o principios de la Constitución.

214. El Tribunal nota, pese a lo expuesto, que en algunos supuestos se podría configurar una vulneración del principio de legalidad si es que este nivel de contradicción entre las conductas que se derivan del ordenamiento jurídico sea tan manifiesto que coloque a la persona en una disyuntiva respecto de cómo proceder conforme a derecho. Así, una eventual vulneración al principio de legalidad penal se vuelve mucho más evidente si es que ello va acompañado de niveles considerables de indeterminación respecto de los actos que se encuentran considerados como contradictorios.

215. En este caso, el delito de malversación al que se refiere la ley impugnada no puede ser interpretado de manera aislada, pues remite a distintas disposiciones legales cuestiones como el tipo base, la existencia de alguna agravante o la sanción jurídica a imponer. Esta forma de configuración del tipo penal, conocida como ley penal en blanco al revés, contiene no pocos inconvenientes desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la legalidad penal. De hecho, esta clase de fórmulas legislativas colocan al juzgador en una encrucijada, pues no delimitan con certeza la forma en que reaccionará el ordenamiento jurídico frente a los actos considerados como delictivos. Es por ello que, en principio, dicha técnica legislativa no debería ser empleada para la configuración de tipos penales, pues conlleva un elevado grado de indeterminación y ambigüedad debido a que no se detalla, en la ley impugnada, cuestiones tales como el sujeto activo o la sanción jurídica, haciéndose una inconveniente remisión a lo dispuesto en el Código Penal.

216. En este orden de ideas, el Tribunal nota que, además del tipo regulado en el Código Penal, es relevante lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 30793, ya que esta cláusula hace referencia a los alcances del concepto de publicidad. De conformidad con su contenido, "todas las entidades públicas, incluidas las de derecho privado y las que estén en regímenes especiales, así como las empresas del Estado, los gobiernos locales y los regionales podrán publicitar sus tareas de gestión únicamente en los medios de comunicación del Estado a tarifa de costo" (énfasis agregado).

217. El Tribunal advierte que la expresión "tareas de gestión", que en definitiva permite identificar los alcances de la prohibición contenida en la ley, contiene un elevado nivel de indeterminación, que, agregado a la contradicción fundada en la sanción de una conducta jurídicamente permitida, supone una vulneración del principio de legalidad. De hecho, el delito de malversación de fondos tiene como bien jurídico protegido el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, lo cual permite, como consecuencia, que se tutelen los derechos fundamentales de los ciudadanos o se protejan los servicios públicos que se les

brindan. De este modo, si precisamente el suministro de información es, según se ha entendido en esta sentencia, determinante para que las personas puedan decidir mejor respecto de cuestiones políticas y, en definitiva, de sus proyectos de vida, mal haría el legislador en sancionar penalmente a los funcionarios y/o servidores que adopten medidas para garantizar el ejercicio de este derecho a favor de los ciudadanos. Se desnaturaliza, así, el tipo penal de malversación de fondos a propósito de la expedición de la ley aquí cuestionada.

218. Efectivamente, la prohibición de realizar tal actividad vulnera, entre otros, el derecho a la libertad de información de las personas. En tal sentido, este Tribunal considera que si no resulta válido ni constitucional prohibir la contratación de publicidad estatal en medios privados, con mayor razón resultará ilegítimo criminalizar dicha conducta.

219. Por otro lado, se advierte una deficiente técnica legislativa que el Congreso de la República haría bien en evitar, por cuanto regula las excepciones del artículo 3 en negativo y agrega el término "y similares", lo que aparentemente restaría claridad a la disposición.

220. En tal sentido, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 3, pues implica el uso de la sanción penal, que debe ser la ultima ratio de la intervención de la fuerza estatal, para reprimir un acto que ya ha sido considerado supra por este Tribunal como necesario para garantizar los derechos fundamentales de la población.

221. Así, este Tribunal considera que corresponde declarar inconstitucional la penalización de la contratación de publicidad estatal en medios de comunicación privados; en consecuencia, se declara inconstitucional el artículo 3 de la Ley 30793 por vulnerar el principio de legalidad penal.

§ 8. Supuesta vulneración a la normativa constitucional sobre decretos de urgencia

222. Los demandantes alegan que el artículo 4 de la Ley 30793 resulta inconstitucional, toda vez que señala que pueden existir supuestos excepcionales a la prohibición general contenida en la ley, pero indica que algunos de estos supuestos deben ser declarados vía decreto de urgencia, atribuyéndole a dicha norma una finalidad diferente a la prevista en la Constitución:

> Se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto de urgencia, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones.

223. La disposición glosada incorpora tres supuestos de excepción: (i) los desastres nacionales; (ii) emergencias nacionales; y, (iii) las campañas de educación electoral.

224. Dichas excepciones están expresamente sometidas a una particular condición; en los dos primeros casos, se requiere la declaración de la situación de desastre o emergencia vía decreto de urgencia, y en el segundo caso se requiere la convocatoria al proceso electoral.

225. Respecto a la finalidad de los decretos de urgencia, el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución señala lo siguiente:

> Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:
>
> (…)
>
> 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia (...).

226. La Constitución es clara al establecer que las medidas extraordinarias que puede adoptar el Presidente, usando como instrumento normativo el decreto de urgencia, solo pueden versar sobre materia económica y financiera.

227. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 26 de la Sentencia 0047-2004-PI/TC, que la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado.

228. La materia económica y financiera debe ser el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (artículo 74 de la Constitución).

229. Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.

230. Por otro lado, en el fundamento 9 de la Sentencia 0007-2009-PI/TC, este Tribunal señaló que debe tomarse en cuenta no sólo el contenido del decreto de urgencia, sino también las circunstancias fácticas y el objeto de la norma, las que deben responder a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso, que versa sobre el procedimiento de control que realiza este órgano estatal sobre dichas normas.

231. El inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso señala lo siguiente:

> La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del Artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del Artículo 118 de la Constitución Política (…). (Cursivas agregadas).

232. Estando a lo expuesto, resulta claro que los decretos de urgencia tienen un uso determinado por la Constitución que se limita a la materia económica y financiera. Si bien esas materias no son necesariamente un fin en sí mismo, se trata de un elemento indispensable cuya ausencia acarrearía la inconstitucionalidad del decreto de urgencia. Así, no son una fuente del Derecho que pueda utilizarse para declarar estados de emergencia o de desastre como exige la disposición impugnada.

233. Al respecto, este Tribunal considera pertinente señalar que la declaratoria de estado de emergencia en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, conforme ha sido establecido en el artículo 137 de la Constitución, debe realizarla el Poder Ejecutivo vía decreto supremo.

234. Efectivamente, así lo disponen: (i) el Decreto Legislativo 1095, Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, que regula, entre otros, la actuación de las Fuerzas Armadas en situaciones en las que ha sido declarado un estado de emergencia vía decreto supremo; y, (ii) la Ley 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, que regula las labores del Gobierno en materia de prevención y control de desastres, los cuales deben ser declarados vía decreto supremo.

235. En todos los casos la medida se concreta mediante Decreto Supremo, como sucediera en los siguientes casos que se mencionan a modo de ejemplo:

(i) DS 047-2018-PCM: Estado de Emergencia en algunas localidades del distrito de Mórrope, provincia de Lambayeque, del departamento de Lambayeque, por desastre, a consecuencia de contaminación de agua para consumo humano.

(ii) DS 040-2018-PCM: Estado de Emergencia en varios distritos y provincias del departamento de Piura, por desastre a consecuencia de intensas precipitaciones pluviales.

(iii) DS 039-2018-PCM: Estado de Emergencia en varios distritos de las provincias de Angaraes, Tayacaja, Huancavelica y Churcampa, del departamento de Huancavelica, por desastre a consecuencia de intensas precipitaciones pluviales.

(iv) DS 011-2018-PCM: Prórroga de Estado de Emergencia en distritos de las provincias de Huanta y La Mar (Ayacucho), de las provincias de Tayacaja y Churcampa (Huancavelica), de la provincia de La Convención (Cusco) y de las provincias de Satipo, Concepción y Huancayo (Junín).

236. En ese sentido, queda demostrado que los decretos de urgencia no pueden ser utilizados para la declaratoria del estado de emergencia o de desastre, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, pues conforme a la legislación que desarrolla el artículo 137 de la Constitución se infiere que las emergencias y desastres se declaran vía decreto supremo.

237. Por otro lado, este Tribunal considera pertinente señalar que la ocurrencia de emergencias y desastres corresponde ser identificada, y enfrentada, por el Poder Ejecutivo, quien deberá hacerlo conforme a la legislación pertinente sobre la materia. En tal sentido, la regulación de supuestos excepcionales vinculados a situaciones de tales características debe dejar un margen de interpretación y maniobra para que el ente competente en la materia pueda cumplir sus fines constitucionales de proteger a la población de la forma más adecuada.

238. Dado lo expuesto, corresponde estimar la demanda en este extremo, y por lo tanto declarar inconstitucional el artículo 4 de la Ley 30793.

§ 9. EFECTOS DE LA SENTENCIA

239. Como ha quedado demostrado, los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 30793 son inconstitucionales, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico, lo que ocurrirá al día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución.

240. Por otra parte, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional:

> La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

241. En atención a ello, este Tribunal advierte que los artículos 2, 5 y 6 de la referida ley son normas conexas que han perdido su razón de ser con la declaración de inconstitucionalidad decretada. Ello bajo la lógica de que, al no existir un

núcleo central de la ley, dichas disposiciones accesorias carecerían de sentido de forma autónoma. En consecuencia, corresponde declarar inconstitucionales por conexidad estos artículos.

242. Por otro lado, este Tribunal advierte que dicha declaración de inconstitucionalidad tendrá consecuencias importantes en el ordenamiento jurídico, por lo que se pronunciará a continuación sobre los efectos de la presente sentencia.

243. Para ello conviene analizar, en primer lugar, la relación entre la ley impugnada y la Ley 28874, Ley que Regula la Publicidad Estatal, publicada el 15 de agosto de 2008. Tanto en las contestaciones de demanda como en la audiencia pública se ha hecho referencia a que esta se mantendría vigente, puesto que la ley impugnada no contiene una cláusula derogatoria expresa. Este argumento, sin embargo, no da cuenta de los efectos que tienen las derogaciones tácitas en nuestro ordenamiento.

244. Al respecto, este Tribunal advierte que existe una antinomia generada entre la Ley 28874 y la Ley 30793. La primera introdujo una serie de criterios generales para el uso de los recursos estatales destinados al rubro de publicidad, así como para la fiscalización de la transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos en la contratación de servicios de publicidad en prensa escrita, radio y televisión. Estos criterios se aplicaban para la publicidad estatal en medios de comunicación públicos y privados.

245. Por su parte, la Ley 30793 prohíbe toda publicidad en medios de comunicación privados, permitiendo que las tareas de gestión puedan ser publicitadas únicamente en medios de comunicación del Estados a tarifa de costo.

246. Este Tribunal considera que lo que ha sido derogado es el sentido normativo aplicable a la contratación de publicidad estatal en medios privados, en tanto los criterios establecidos en la Ley 28874 no podrán ser aplicados a ese tipo de contratación. Pero ello no significa que no puedan ser aplicados a la publicidad estatal en medios de comunicación públicos, debido a que no han sido derogados en ese sentido. En efecto, estos siguen siendo aplicables a dicha situación jurídica, en lo que fuera pertinente.

247. Por ejemplo, la definición que se hace de la publicidad estatal (artículo 2), los requisitos para la autorización de publicidad estatal (artículo 3), los criterios generales, entre el que cabe destacar que no se realizarán gastos cuya finalidad sea distinta a la promoción de la imagen institucional (artículo 4), prohibiciones, como la que impide que los funcionarios aparezcan en las campañas publicitarias (artículo 5), criterios de información de transparencia (artículo 6) y sobre las san-

ciones a los funcionarios que incumplan las obligaciones establecidas en esta ley, siguen vigentes respecto a la contratación de publicidad estatal.

248. Desde luego, algunos puntos de la Ley 28774 se encuentran completamente derogados. Tal es el caso del último párrafo del artículo 5, en donde se hace referencia específica a la contratación de medios de comunicación social privados, o el primer párrafo del artículo 7, que hace referencia a las condiciones que justificarían la contratación de medios de comunicación privados.

249. Por consiguiente, puesto que la Ley 30793 se centra en la prohibición de la publicidad estatal de este carácter, sus alcances no buscan gobernar el ámbito de la publicidad estatal en medios de comunicación pública. Por ello, esta última sigue estando sujeta a las regulaciones de la Ley 28874. Lo contrario implicaría afirmar que el Estado no estaría limitado ni obligado a cumplir con aspectos mínimos que garanticen una adecuada fiscalización de la publicidad estatal en medios de comunicación públicos.

250. En segundo lugar, debe explorarse qué ocurre con la regulación de la publicidad estatal en medios de comunicación privados al declararse la inconstitucionalidad de la Ley 30793. Y es que al haberse establecido que la prohibición de toda publicidad estatal en medios de comunicación privados es inconstitucional, se encuentra nuevamente permitido a las diversas entidades estatales difundir publicidad institucional en dichos medios.

251. El problema que esta solución conlleva es que formalmente no existiría marco legal aplicable que regule esta actividad. Se estaría generando un vacío legislativo y con ello posibles efectos contraproducentes, consecuencia de la ausencia de requisitos y criterios que permitan la fiscalización. Por ejemplo, los diversos niveles del Estado no estarían obligados a justificar la selección del medio privado o a informar sobre los contratos de publicidad en determinado plazo.

252. Es por ello que, ante este vacío normativo, y a fin de evitar esta situación de incertidumbre jurídica, este Tribunal considera que podrían aplicarse analógicamente las normas que regulan la publicidad estatal en medios de comunicación públicos al ámbito de la publicidad estatal en medios de comunicación privados, hasta que se emita una nueva regulación sobre la materia, conforme a los criterios establecidos en esta sentencia.

253. Ahora bien, los contratos que el Estado celebre con los medios de comunicación deberán ser de conocimiento público, y plenamente accesibles a través de la información contenida en los portales de transparencia de las instituciones respectivas, a fin de facilitar las labores de fiscalización. La publicación deberá

incluir, además de los datos relativos al medio de comunicación respectivo, el detalle de los montos comprometidos.

254. Finalmente, respecto a la nueva legislación que habrá de implementarse, esta deberá tomar en consideración mecanismos que efectivamente reduzcan la arbitrariedad en el ámbito de publicidad institucional en medios de comunicación privados, y que han sido expuestos en esta sentencia.

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** las demandas, en consecuencia:

   Declarar **INCONSTUTICIONAL** la Ley 30793 por vulneración del derecho a la libertad de información, a la legalidad penal, a la libertad de contratar con fines lícitos, y por vulnerar la regulación constitucional de los decretos urgencia.

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SOLO DEBE CONSTREÑIRSE A VERIFICAR SI LA DISPOSICIÓN IMPUTADA DE INCONSTITUCIONALIDAD INFRINGE O NO LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto declara inconstitucional la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado Peruano, por incurrir en infracción constitucional al vulnerar los derechos constitucionales a la libertad de información, a la legalidad penal y a la libertad de contratar con fines lícitos, y por violar la regulación constitucional de los decretos de urgencia, debo hacer las siguientes precisiones:

1. El proceso de inconstitucionalidad.

A manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso 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.

1.1 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.

1.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y sui generis.

1.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso ad hoc y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. Sui generis, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

1.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

1.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad.

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptuación.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.

3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.

Asumido ya un concepto de constitucionalidad, toca hacer referencia al denominado análisis de constitucionalidad, respecto del cual es menester puntualizar lo siguiente:

3.1 Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, desmantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.

3.2 A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

3.3 En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.

3.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en

la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

3.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.

3.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.

3.7 El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.

3.8 En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.

3.9 En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. Mi posición respecto a la normativa constitucional infringida.

4.1 En el presente caso, luego de efectuar el análisis de constitucionalidad de la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado Peruano,

considero que la misma incurre en infracción constitucional por el fondo, al vulnerar los derechos constitucionales a la libertad de información, a la legalidad penal y a la libertad de contratar con fines lícitos, y al violar la regulación constitucional de los decretos de urgencia, por las razones que aparecen ampliamente explicitadas en los fundamentos de la sentencia de mayoría; y, específicamente, en los que desarrollan con detalle dichos derechos y aspectos.

4.2 Ahora bien, en línea con los parámetros del análisis de constitucionalidad a los que hago referencia en el presente fundamento de voto, considero que todas las fundamentaciones atinentes a la temática fáctica y coyuntural que rodea el presente caso y a las que se alude en la sentencia de mayoría devienen en inoficiosas, innecesarias e impertinentes para tal efecto, por lo que, muy respetuosamente, me aparto de las mismas.

4.3 Sin perjuicio de lo señalado, debo enfatizar que el derecho fundamental a la libertad de información es un derecho que hace al núcleo mismo del Estado Constitucional y a la esencia misma de la democracia. Un derecho continente y de carácter multidimensional, que comprende varios titulares y varios derechos, como el derecho de quien produce la información, el derecho de quien transmite la información, el derecho de quien reproduce la información, el derecho de quien administra la información, el derecho quien conserva la información y el derecho de quien recibe la información, entre otros.

4.4 En esta última dimensión, en la recepción de la información este derecho comprende a todos y cada uno de los miembros de nuestra colectividad y juega un papel gravitante para el ejercicio del derecho a la participación ciudadana y para el ejercicio de los derechos políticos, pues solo una sociedad bien informada es capaz de comprometerse con su Estado y ejercer a cabalidad su derecho a la participación y a la fiscalización respecto al manejo de la cosa pública.

4.5 Frente a esta dimensión del derecho a la información el Estado tiene la obligación de informar sobre sus acciones y aquellos aspectos de interés público, debiendo hacerlo procurando que la información que difunde llegue a todos. Ello se logra accediendo a los medios de comunicación que garanticen una adecuada y plena cobertura; y no auto restringiéndose.

S.

BLUME FORTINI

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente proceso de inconstitucionalidad, si bien me encuentro conforme con el fallo de la sentencia, considero pertinente realizar algunas precisiones:

La presente sentencia no impide una nueva regulación sobre el gasto en publicidad estatal

1. El caso traído a este Tribunal Constitucional en el que se cuestiona la Ley N° 30793 nos permite reflexionar sobre el mal uso que se le puede dar a los fondos públicos destinados a la publicidad estatal. La contratación estatal sobre publicidad no pude ser utilizada como mecanismo de presión política para premiar o castigar la línea editorial de algún medio de comunicación. En efecto, una mala asignación de los recursos no solo atenta contra el erario nacional sino contra las libertades informativas.

2. En este sentido, me remito a la nota técnica elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del Comisión Interamericana de Derechos Humanos ingresada a través del Escrito del Procurador Especializado en Materia Constitucional, en la que se señala que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el control y distribución de bienes y recursos públicos que impacta o puede impactar en el libre funcionamiento de los medios de comunicación tiene un efecto claro sobre la libertad de expresión.

3. Ello es coherente con lo señalado anteriormente por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, ha señalado que:

> Principio 13: La utilización del poder del estado, la hacienda pública, la asignación discriminatoria de publicidad estatal con el objetivo de premiar o castigar, en función de sus líneas informativas atenta contra la libertad de expresión y deben estar prohibidos por ley.

4. Ello constituiría un mecanismo indirecto de violación de las libertades informativas. Como dice la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

> 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

5. En este sentido, resulta válido todo intento de disciplinar el gasto estatal en materia de publicidad estatal. De este modo, la presente declaración de institucionalidad no impediría la emisión de nuevas leyes que, sin incurrir en los vicios de inconstitucionalidad detectados en la presente sentencia, puedan regular el uso de los fondos públicos destinados a publicidad estatal.

El derecho a la libre contratación

6. Como se señala en la sentencia, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a la libre contratación garantiza la facultad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. Tal vínculo debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica, y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga leyes de orden público.

7. De este modo, el derecho a la libertad de contratación, conforme se ha señalado en la sentencia, tiene un doble contenido: 1) Libertad de contratar, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, 2) Libertad contractual, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

8. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libertad de contratación está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales: 1) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y; 2) Autonomía para decidir, de común acuerdo (por común consentimiento), la materia objeto de regulación contractual.

9. Como cualquier otro derecho fundamental la libre contratación tiene límites, que en su caso consisten, principalmente, en la restricción para perseguir intereses privados cuando estos estén en conflicto con leyes de orden público, es decir, con el bien común. Ello, desde luego, no implica, por supuesto, que toda restricción a la libertad de contratación será siempre legítima por el simple hecho de ser legal, sino que será necesario realizar un análisis de la restricción en atención al bien de

orden público que se busca tutelar con la medida, para establecer si esta constituye una restricción justificada del derecho, com se ha efectuado en la presente sentencia.

S.

MIRANDA CANALES

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con declarar FUNDADAS las demandas, pero por razones distintas a las expuestas en la sentencia en mayoría.

En mi opinión, la Ley 30793, Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano, es inconstitucional porque establece una prohibición absoluta para contratar publicidad estatal en los medios privados.

Para que se respete el conjunto de normas, principios y valores contenido en la Constitución, esta prohibición debe ser solo relativa. Ciertamente, la sentencia recoge esta idea, pero, a mi juicio, no lo hace con suficiente claridad.

Desde que la racionalidad económica funciona a base de comparaciones marginales, la publicidad estatal no debiera desbordar una proporción máxima de los ingresos de cada medio por venta de publicidad —por ejemplo, 10%.

La sentencia en mayoría señala que una de las dos demandas acumuladas —la de los congresistas— afirma que:

el impacto de esta ley en algunos medios de comunicación significaría su cierre.

Evidentemente, el Estado debe contratar publicidad para alcanzar información relevante a los ciudadanos, no para mantener artificialmente vivos a "algunos medios de comunicación".

A mi juicio, la ley impugnada persigue un fin legítimo: garantizar la limpieza del proceso democrático, buscando evitar que el Estado utilice la contratación de publicidad para manipular a los medios privados y distorsionar la formación libre de la opinión pública.

No puede cerrarse los ojos al hecho humano, demasiado humano, de que esta contratación puede sesgar la labor informativa de los medios privados, si constituye una parte muy importante de su facturación. El quinto párrafo del artículo 31 de la Constitución señala:

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Este principio debe ser observado no solo durante los procesos electorales sino en todo momento, desde que la participación ciudadana que allí se menciona es una característica inherente a la cultura cívica que nutre a la democracia.

La ley impugnada tiene, por tanto, base constitucional. Sin embargo, deviene inconstitucional al ir muy lejos y prohibir de manera absoluta la publicidad estatal en los medios privados. Su artículo 3 señala:

Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad.

Esta norma puede afectar el cumplimiento eficaz de las responsabilidades del Estado establecidas en el artículo 44 de la Constitución. Dicho cumplimiento puede requerir, en efecto, transmitir información a través de anuncios publicitarios.

En mi opinión, la ley es inconstitucional no tanto porque vulnere la libertad de información —un derecho de conceptualización elusiva— sino porque compromete el cumplimiento eficaz de las responsabilidades que la Constitución le asigna al Estado.

Adicionalmente, la ley vulnera también uno de los principios generales del régimen económico, el de la igualdad de trato a la actividad empresarial estatal y privada, protegido por el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución:

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

La ley soslaya que la venta de publicidad constituye actividad empresarial, en tanto se desarrolla en un entorno de competencia y no implica el ejercicio del ius imperium del Estado. No cabe, por ello, favorecer a los medios estatales.

El carácter absoluto de la prohibición contenida en la ley distorsiona supuestos básicos de la Constitución, que no asumen la venalidad ni la integridad de las personas sino solo su libertad para inclinarse en un sentido u otro.

Por tanto, solo un límite relativo —y no una prohibición absoluta— a la contratación de publicidad estatal en medios privados permitiría armonizar el conjunto de normas, principios y valores constitucionales aquí involucrados.

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Las libertades informativas constituyen sin duda un elemento central en la configuración de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Son también parámetros de cabal relevancia tanta para los tratados incluidos dentro del sistema universal como en los sistemas regionales (destacando entre ellos sin duda alguna el sistema interamericano) de protección de Derechos Humanos. Constituyen pues, un aspecto de innegable importancia en la configuración de un Derecho común al cual se tiende ir, objetivo de lo que hoy se conoce como "Convencionalización del Derecho". Y es que sin ejercicio de las libertades informativas, la libertad de pensamiento o la libertad en sentido estricto (libertad individual) son casi meras quimeras sin proyección a ser conocidas o dadas a conocer.

2. No hay pues libre desarrollo de los diferentes proyectos de vida de toda persona ni ejercicio cabal de las diferentes ideas o actividades (acciones u omisiones) de cada uno de nosotros(as) si nos encontramos en un escenario donde no podemos ejercer nuestras libertades informativas y realizar un necesario de intercambio de ideas que apunte a la configuración de una opinión libre. Lo mismo puede decirse si estamos ante limitaciones irrazonables a estos derechos, pues corremos el riesgo de despojarlos de sentido y contenido, con todo lo que aquello involucra.

3. Ahora bien, tampoco se puede estar a favor de un uso abusivo de estos criterios, y, sobre todo, de aquellos que tengan mayor relación con el empleo de los medios de comunicación social existentes. Los derechos a informar, a ser informado o a acceder a información son vitales, pero la cobertura para ejercitarlos no puede ser condicionada para así convertir a algún medio de comunicación en un vocero oficial u oficioso de, por ejemplo, una línea político-partidaria que hipoteque la independencia y el pluralismo con el cual se debe manejar dicho medio. De otro lado, y si del manejo de fondos públicos se trata, tiene que haber sin duda una ca-

bal supervisión de su asignación y gasto. Sin embargo, las limitaciones que deben introducirse al respecto tienen que ser expresión de un análisis de proporcionalidad (con cuyo resultado podemos o no coincidir) y no producto de decisiones a las cuales solamente podemos calificar como arbitrarias.

4. Aquello es justamente un aspecto de innegable importancia en la resolución del presente caso. No estoy en contra de establecer una regulación sobre la asignación del gasto de publicidad del Estado peruano. Desafortunadamente lo que planteaba la Ley n.º 30793 tenía previstas, seguramente buscando alcanzar ese mismo objetivo con las mejores intenciones, una serie de restricciones irrazonables al ejercicio de una serie de derechos fundamentales. Utilizaba además una comprensión a todas luces equivocada de la legalidad en materia penal. Empleaba por último un mecanismo recogido en el ordenamiento jurídico peruano para atender situaciones de emergencia y urgencia económica (decretos de urgencia) para abordar materias que pueden generar situaciones de emergencia social, con una capacidad de revisión en sede parlamentaria muy diferente (decretos supremos).

5. Considero asimismo que, si se quiere establecer un control sobre el gasto público y su asignación para efectos de contratación de publicidad estatal, la prohibición (absoluta o con excepciones sumamente acotadas) no es una alternativa aceptable en clave de una interpretación conforme a la Constitución y respetuosa de los parámetros del constitucionalismo contemporáneo. Existen mecanismos distintos y menos gravosos para asegurar un gasto eficiente, eficaz y honesto de los fondos públicos empleados al respecto (la labor de la misma Contraloría General de la República y sus posibilidades de control preventivo, concurrente y reparador, por ejemplo).

6. Coincido entonces con buena parte del sentido de lo expresado en el proyecto de sentencia, en la medida que se declara fundada en parte la demanda en relación con la Ley n.º 30793, "Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano". No obstante aquello, deseo plantear las siguientes precisiones o discrepancias con la justificación que dicho proyecto contiene, con términos como los que voy a señalar a continuación:

II. REFLEXIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LO RESUELTO POR DÉFICITS EN LA DELIBERACIÓN DE LA LEY 30793

7. Considero que, respecto a lo que en el proyecto de sentencia se denomina "vicios formales", corresponde declarar fundada la demanda. Ahora bien, debo precisar que a mi parecer los déficits de deliberación y reflexión que suceden en el ámbito parlamentario, más aun si partimos de un sistema unicameral como es nuestro

caso, no deben ser considerados tan solo como vicios "de forma". Por el contrario, ellos constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución, lo cual sin duda va bastante más allá de muy respetables alegaciones formales. Por ende, la contravención de estos parámetros debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.

8. Y es que los referidos vicios deliberativos solo podrían ser considerados como meros vicios formales desde concepciones puramente ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, posiblemente siguiendo las formalidades previstas al respecto. Ello sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide, pues para dichas concepciones tan solo bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, la legitimidad de las decisiones públicas se basan en las razones ofrecidas a su favor, y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede hablarse de un giro argumentativo o deliberativo en la concepción de la democracia.

9. Este giro se encuentra directamente relacionado por cierto, y entre otros factores, con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, o con la afirmación de que la persona humana es el fundamento y el límite último para el poder político. En efecto, y de lo anterior, se desprende con claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones, y no puede simplemente imponerlas.

10. En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, a su vez, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de intercambiar razones o argumentos relacionados con la decisión que va a tomar. Estas razones que deben brindarse ciertamente, se encuentran relacionadas con la "legitimidad" de los actos de poder, elemento importante y hoy imprescindible, que va más allá de la aislada "legalidad" o "autoridad formal" antes muchas veces invocada. Es claro así que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, los actos estatales –como lo es la aprobación de una ley– deben ser legales. También legítimos, emanando de una autoridad competente, y a la vez, encontrarse justificados. Deben tener en cuenta tanto las exigencias vinculadas con su vigencia formal como con su validez material.

11. Es más, y en un pronunciamiento muy reciente, este Tribunal ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de decisiones,

y en particular de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. n.º 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada "Ley Antitransfuguismo"), se sostuvo que:

> "3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.
>
> 4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este es un auténtico órgano deliberante. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.
>
> 5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general" (cursivas agregadas).

12. De este modo, es claro pues que la legitimidad y la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.

13. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una deliberación robusta hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de los directamente afectados, así como las de los sujetos y colectivos débiles, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no debe tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publificación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

14. Como se hace evidente, y en relación a lo involucrado con estos vicios referidos a la falta de suficiente deliberación en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente, sin atender a que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.

15. Adicionalmente, debo señalar que la referida inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ya ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que en su configuración no se permitió la participación de quienes se verían afectados por la medida aprobada (v. gr. "caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería", de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las Sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).

16. Señalado todo esto, veamos a continuación entonces los presuntos vicios o infracciones alegados por los demandantes, tanto en la demanda presentada por los congresistas como por el actual Gobierno. Al respecto, ellos sostienen que:

- El proyecto fue exonerado del pase a comisiones (en específico, se le exoneró del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones y no pasó por otras comisiones que pudieran ser pertinentes), y fue remitido directamente a la Comisión Permanente, donde fue aprobado con un texto sustitutorio.

- Se indica que se amplió la agenda del Pleno del Congreso para permitir su inclusión en el debate, sin respetar el trámite regular para ello.

- Luego de que la autógrafa fuera observada por el Ejecutivo, la Comisión de Transportes y comunicaciones elaboró un dictamen de insistencia, el cual fue exonerado del plazo de publicación del portal del Congreso, y finalmente fue debatido y aprobado por el Pleno al día siguiente.

17. Por mi parte, entiendo que en algunas ocasiones, y sobre la base de consideraciones políticas, puedan existir cuestiones urgentísimas que deban ser abordadas o reguladas con prontitud. Sin embargo, las razones que hacen de algo políticamente urgente no pueden justificar el sacrificio absoluto, ni vaciar de contenido a los elementos o mecanismos que aseguran que las decisiones políticas sean realmente respetuosas del principio democrático, el cual contiene al principio de deliberación, y que, en el contexto del sistema unicameral como el recogido en nuestra Constitución, alude asimismo a los subprincipios de reflexión y revisión de las decisiones, en la medida que no contamos con una cámara específicamente reflexiva o revisora.

18. Siendo así, visto en contexto el conjunto de exoneraciones y prisas en el trámite de aprobación del proyecto de ley, tratándose además de un proyecto que tenía una gran repercusión en la difusión de información valiosa, relacionada a la realización de políticas y derechos sociales, lleva a que en el presente caso se constate la existencia de un claro déficit de deliberación, por lo cual la Ley n.º 30793, "Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano" debe ser declarada inconstitucional también en este extremo, y disponerse que se subsane la omisión.

19. Ahora bien, lo señalado no significa desde luego que el Congreso no podría, conforme a sus competencias constitucionales, excepcional y eventualmente eximir de alguna tramitación un proyecto de ley o disponer lo necesario para su pronta aprobación. Lo que está prohibido de hacer es acumular tales permisiones o exoneraciones, dando como resultado de ello la aprobación de una norma legal insuficientemente debatida o revisada. Ahora bien, aquello, y sin perjuicio de algunas pautas generales que debería ir esbozando este Tribunal en el futuro, es algo que desde luego tendría que ser analizado caso por caso.

III. SOBRE LA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ADEMÁS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

20. Además de lo indicado, deseo precisar que, en mi opinión, la regulación cuestionada también implica una lesión a la libertad de expresión, y no solo al derecho o libertad de comunicación.

21. Como he señalado en otras ocasiones, dentro de las libertades informativas puede distinguirse, por una parte, al derecho o libertad de información, y de otra a la libertad de expresión. La libertad de información permite el crear contenidos noticiosos, darlos a conocer, conocer dichos hechos y estar en capacidad de crear medios o instancias a través de los cuales puedan ejercerse los derechos antes mencionados (medios de comunicación social).

22. En la sentencia el Tribunal ha encontrado que este derecho ha sido transgredido, cuando menos en lo que se refiere a la publicidad institucional que puede realizar el Estado. Dicho con otra palabras, respecto a aquella encaminada a comunicar cuestiones relativas al interés público (y que es distinta a la publicidad comercial que puede hacer el Estado en algún caso). Este ámbito ciertamente se vincula con el derecho de las personas a acceder a información relevante, que esté relacionada al bien común, y que permite enterase, por ejemplo, sobre programas sociales y políticas públicas.

23. Sin embargo, considero que en el presente caso también se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión, la cual se entiende como aquella facultad de dar a conocer, de manera general, nuestros puntos de vista o incluso otro tipo de mensajes o comunicaciones que no tengan carácter informativo (es decir, noticiables). Al respecto, tenemos que, en el marco del deber del Estado de informar asuntos relacionado con el interés general (que es correlativo al derecho de las personas a recibir información), este puede realizar campañas de sensibilización, de promoción, de incentivo, de posicionamiento institucional, etc., las cuales en puridad no tienen relación con el derecho o la libertad de información, sino más bien, en atención al contenido del mensaje y la estrategia comunicacional, con la libertad de expresión.

24. Siendo así, estimo que la regulación que se cuestiona entonces, no solo incide de manera negativa, directa, concreta e irrazonable en la libertad de comunicación, sino que también, conforme a lo indicado, es lesiva de la libertad de expresión.

IV. OTRAS PREVISIONES A TOMAR EN CUENTA PARA EVITAR EXCESOS EN LA CONTRATACIÓN DE PUBLICIDAD ESTATAL

25. Finalmente, y como bien se señala en el proyecto se sentencia, una futura regulación sobre la publicidad estatal debe prever medidas parta evitar su posible abuso, en especial, que esta sea usada un mecanismo que evite las críticas a las

autoridades o que se atenúe el rol fiscalizador que le corresponde a la prensa en una sociedad democrática.

26. Ahora bien, además de los recaudos más conocidos, algunos de los cuales ya han sido mencionados en la sentencia, considero necesario agregar que resulta imprescindible regular debidamente lo referido al sistema de contratación de la publicidad; y en especial, lo relacionado con las excepciones o exoneraciones al sistema ordinario de contratación.

27. En efecto, debo advertir que, con base en cuestiones de urgencia, o a la especialidad del servicio, pueden encubrirse modos de contratación irregular o reñidos con los valores que deberían inspirar a un sistema de contratación pública moderno, eficiente y transparente. Por ello, y siempre con la previsión de criterios razonables, deberá atenderse también a este espacio, evitando toda forma de elusión o de evasión de los sistemas de control. No podemos aquí pasar a, por ejemplo, a contratación de medios sin concurso. No debe dejarse margen a prácticas como las de comisiones, o las referidas a la invención de causales de excepción que no tengan que ver con la naturaleza de lo contratado o del requerimiento de la Administración.

28. No se puede ni debe desconocerse aquí, como ya lo dice la sentencia, las diferencias entre la publicidad institucional y la publicidad de carácter comercial (o, puesto en otros términos, publicidad y mera información). Estos son, pues, temas en donde resulta indispensable tomar previsiones a la brevedad, las cuales rebasan por cierto previsiones de una sentencia como esta.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues concuerdo con la ponencia en declarar FUNDADAS las demandas de autos, por las razones siguientes.

La Ley 30793, en su artículo 1, establece la prohibición absoluta de que las entidades públicas, incluidas las de derecho privado, los gobiernos locales y regionales, contraten publicidad en medios de comunicación privados. Sólo permite tal contratación en "los medios de comunicación del Estado a tarifa de costo".

El artículo 44 de la Constitución prescribe:

> "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

La ponencia pone los siguientes ejemplos de publicidad estatal: campañas sobre ahorro de energía eléctrica, preservación del ambiente, pago de tributos, educación vial, peligros del consumo excesivo de alcohol (fundamento 91); difusión de derechos de usuarios de servicios públicos y del funcionamiento de entidades reguladoras (fundamento 93); publicidad de universidad nacionales, cajas de ahorros o del Banco de la Nación (fundamento 94).

Estos ejemplos bien pueden enmarcarse dentro de los deberes primordiales del Estado señalados por el citado artículo 44 constitucional, como son el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, la protección a la población de las amenazas a su seguridad o la promoción de su bienestar general y su desarrollo integral.

Vedar totalmente, como hace la ley impugnada, que el Estado pueda contratar a medios de comunicación privados para difundir temas como los mencionados, es

inconstitucional, pues puede impedirle ser lo suficientemente eficaz en el cabal cumplimiento de los deberes que le impone el artículo 44 de la Constitución, ya que no podrá recurrir a una mayor difusión de dichos contenidos más allá de la que le ofrecen los medios de comunicación estatales.

De otro lado, el último párrafo del artículo 60 de la Constitución señala que la "actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo tratamiento legal".

En tanto el Estado no actúa aquí con ius imperium, la venta de publicidad por parte de los medios de comunicación estatales es una actividad empresarial, por lo que no puede recibir tratamiento legal distinto que el de la actividad empresarial privada.

Por consiguiente, la norma impugnada vulnera dicho artículo 60 constitucional, pues realiza un tratamiento diferenciado entre actividad empresarial privada y pública, ya que sólo esta última puede contratar servicios de publicidad con el Estado.

No podemos dejar de expresar nuestra preocupación frente al riesgo de que el Estado use sus recursos para contratar publicidad con medios privados no con el fin de servir al bien común, sino por mero clientelismo político.

Sin embargo, pensamos que la forma de enfrentar ese problema no es con la prohibición absoluta de toda publicidad estatal en medios de comunicación privados. Más bien, quizá la ley podría, por ejemplo, establecer que el monto de publicidad contratado por el Estado no sea superior a un determinado y razonable porcentaje del total de la facturación del medio de comunicación privado.

Por último, coincidimos con la ponencia en que la ley impugnada es inconstitucional cuando, en su artículo 4, prescribe que se exceptúa la prohibición del Estado de contratar publicidad en medios privados en casos de desastres o emergencias nacionales declarados "por decreto de urgencia". La Constitución (cfr. artículo 118, inciso 19) señala claramente las materias propias de los decretos de urgencia, donde no están las mencionadas por la ley objeto de control en autos .

Por estas consideraciones voto por declarar FUNDADAS las demandas; en consecuencia, inconstitucional la Ley 30793 por vulnerar los artículos 44, 60 y 118 (inciso 19) de la Constitución.

S.

FERRERO COSTA

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTES 0012-2018-PI/TC Y 0013-2018-PI/TC
(ACUMULADOS)

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La publicidad estatal "a dedo" constituye una clara violación a la libertad de expresión.

Con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 30793 y la consecuente inexistencia de alguna regulación en materia de publicidad estatal en medios privados, la mayoría del Tribunal Constitucional ha dejado "carta libre" para que las entidades estatales contraten publicidad, generando que con ello se ponga en peligro la libertad de expresión.

I. Notas preliminares

Estimo que no cabe declarar la inconstitucionalidad de toda la Ley 30793, que "regula el gasto de publicidad del Estado peruano", pues algunas de sus disposiciones eran plenamente compatibles con la Constitución y además porque, respecto otras de sus disposiciones, se pudo expedir una sentencia interpretativa.

Lo que ha hecho la mayoría del Tribunal Constitucional, al declarar inconstitucional toda la Ley 30793 del año 2018, al declarar que para los medios de comunicación privados existe una derogación tácita de la Ley 28874 del año 2006, que también regulaba la publicidad estatal y, además, al no establecer en su sentencia ninguna regla vinculante en materia de regulación de la publicidad estatal en medios privados, es poner en grave riesgo la libertad de expresión puesto que ahora en el Perú no existe ninguna regulación o límite para que las entidades estatales (municipalidades, ministerios, órganos autónomos, etc.) anuncien en los medios de comunicación privados, dejando al libre albedrío que tales entidades estatales publiquen sin límites ni controles. Tal proceder, sin lugar a dudas, deja abierta la posibilidad de que algunos funcionarios públicos ejerzan presión sobre medios de comunicación a cambio de evitar las investigaciones sobre corrupción o la crítica sobre el deficiente cumplimiento de sus funciones.

Los ciudadanos y la opinión pública no deben enfocar su atención sólo en aquel problema vinculado a la información que deben recibir -que existe y sobre el cual me voy a pronunciar más adelante-, sino que también deben enfocar su atención en la importancia de que en el Perú se regule legalmente la publicidad estatal para proteger la libertad de expresión. Sin la libertad de expresión se perjudica el mercado de las ideas y opiniones, el control sobre quienes administran el poder, la defensa de las libertades, así como un requisito indispensable para la existencia de una sociedad democrática. Ese también es uno de los principales problemas.

La Ley 30793 tiene deficiencias, claro que sí, pero éstas no justificaban anular toda la ley. Es más, el problema vinculado al derecho a recibir información pudo haber sido objeto de una sentencia interpretativa (distinguiendo "publicidad" de lo que es "información" e interpretando que la prohibición de la Ley 30793 se refiere solo a la publicidad -aquella que está vinculada a la captación de usuarios y consumidores-, pero no a la información -promover conductas de relevancia social y tendientes al bien común), como tantas veces lo ha hecho el Tribunal Constitucional. Pero lo que no debió hacer la mayoría del Tribunal Constitucional es desaparecer toda regulación de la publicidad estatal. Mientras que en el Perú no exista regulación legal de la publicidad estatal en medios privados se constituye un estado de cosas inconstitucional. Hace falta ver tan sólo los montos invertidos en publicidad estatal en los últimos años, como lo voy a resaltar más adelante, para ver que es indispensable el control y supervisión de cómo se gasta ese dinero.

Si revisamos la parte resolutiva de la sentencia de dicha mayoría no vamos a encontrar ninguna regla que por lo menos posibilite que hoy en el Perú exista alguna regulación de la publicidad estatal en medios privados. No existe una vacatio sententiae que prevea un plazo límite para que el legislador expida la respectiva regulación, no existe alguna remisión que haga vinculantes algunos fundamentos. Es más, en el ítem "efectos de la sentencia" se usa alguna expresión condicional ("podrían aplicarse", fundamento 252) y se deja en claro que en una futura regulación legislativa se deberán tomar algunos criterios allí mencionados ("respecto a la nueva legislación que habrá de implementarse", fundamento 254), pero en el mencionado ítem no aparece ningún criterio vinculante que se vaya a poder aplicar luego de publicada la sentencia.

El mensaje que queda es: municipalidades, ministerios, órganos autónomos, etc., publiquen lo que estimen pertinente en los medios privados, sin límites, sin controles, sin que nadie los incomode, e incluso si quieren pueden hacer el denominado "autobombo" (publicitar su imagen), pues, como ya lo he mencionado, tal mayoría del Tribunal Constitucional no sólo ha dejado sin efecto la impugnada Ley 30793, sino que además en los fundamentos 243 y 246 ha declarado que en el caso de los medios

de comunicación privados se ha derogado tácitamente la Ley 28874, que también regulaba la publicidad estatal. En suma: cero regulación.

Es sorprendente ver cómo ha crecido la campaña mediática para hacernos creer que lo más importante de este caso es el derecho a la información de los ciudadanos. Sí lo es pero no únicamente. Como ya lo he mencionado antes, también es de la máxima importancia verificar si en el Perú existe o no la indispensable regulación de la publicidad estatal en medios privados para así proteger la libertad de expresión.

Así lo ha hecho ver también la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el documento denominado "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" del año 2011:[1]

> 10. La distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de necesidades que los medios de comunicación tienen para funcionar e intereses que pueden afectarlos. Es una forma de presión que actúa como premio o castigo que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión.
>
> 11. (...) En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa.
>
> 20. (...) Un régimen legal adecuado en materia de distribución de la pauta estatal debe necesariamente disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos para efectuar esa distribución, de forma tal que estos fondos públicos no sean utilizados de un modo que restrinja la libertad de expresión.

En dicho documento también se menciona, en cuanto a la falta de regulación de la publicidad estatal, que[2]

> 13. (...) el problema persiste en muchos países de la región. Si bien se ha avanzado con algunas reformas legales y buenas prácticas, en la mayoría de los países de las Américas subsiste una falta de regulación que favorece la discrecionalidad en la distribución de presupuestos publicitarios estatales

1 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", párrafos 10, 11 y 20.

2 *Ibíd*. párrafos 13 y 2i

> que en algunos casos se miden en millones de dólares. Ello fue señalado por diversas organizaciones de la sociedad civil de la región en una audiencia llevada a cabo ante la CIDH el 29 de octubre de 2010 en Washington D.C.19. Allí se indicó que la falta de regulación adecuada es la principal causa de que los presupuestos publicitarios puedan ser utilizados para influir en los contenidos de los medios de comunicación.
>
> 21. (...) esa falta de normativa puede "crear riesgos de una facultad discrecional excesiva en los órganos que toman las decisiones, [lo] que pueda dar lugar a asignaciones discriminatorias de la publicidad oficial

Es más, en el referido documento se da cuenta de diferentes casos producidos en la región:

País	Problema detectado
- Argentina	- En el caso Editorial Rio Negro S.A. c. Provincia de Neuquén, la Corte Suprema de Justicia de Argentina sostuvo que la Provincia de Neuquén violó "la libertad de expresión de un diario al eliminar la publicidad oficial que allí tenía contratada como consecuencia de una cobertura crítica" y además que "la Provincia de Neuquén debería establecer un marco legal adecuado que limite la discrecionalidad de los funcionarios públicos e impida este tipo de arbitrariedades"[3]
- Chile	- En el caso de la Revista Punto Final, la Corte Suprema resolvió un reclamo presentado por tal revista contra la distribución de publicidad oficial realizada por algunos ministerios y consideró que "el orden jurídico chileno otorga a los funcionarios 'un amplio margen de discrecionalidad' y recomendó que la inversión de publicidad estatal se haga 'bajo criterios transparentes y no discriminatorios' ".
- México	- En el caso de la Revista Contralínea, la Comisión Nacional de Derechos Humanos sostuvo que la empresa estatal Petróleos Mexicanos había suspendido la publicidad oficial a dicha revista como consecuencia de una investigación que hizo sobre posibles casos de corrupción en esta empresa.

Lo expuesto nos lleva a la convicción de que en el Perú urge una ley que regule la publicidad estatal en medios de comunicación privados y de ese modo se impida la violación de la libertad de expresión de tales medios de comunicación y también de los ciudadanos. La impugnada Ley 30793 pudo no haber sido la mejor opción del legislador pero no debía ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Asimismo, la mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado, sin mayor fundamento, que "todos" los artículos de la Ley 30793 son inconstitucionales. Así, por

3 *Op.cit.* párrafo 14.

ejemplo, declara inconstitucional el artículo 2, que establece que las "entidades públicas deberán igualmente suscribir cuentas en las principales aplicaciones de redes sociales, en especial, aquellas que tengan mayor difusión y número de usuarios y consignar en ellas sus comunicados, avisos y demás temas de difusión social". Pero, ¿por qué es inconstitucional que se exija a las entidades públicas que tengan cuentas en redes sociales? Es absurdo e injustificado haber declarado inconstitucional este artículo. La mayoría del TC asume que, al haberse declarado la inconstitucionalidad de otros artículos de la Ley 30793, el artículo 2 "ha perdido su razón de ser". No sé si las normas tengan una "razón de ser", pero sí tengo claro que dicho artículo 2 no vulnera ninguna norma constitucional y que, por el contrario, debería ser del más extensivo cumplimiento.

II. Desarrollo del voto singular

- En esta oportunidad, como en muchas otras, a través de los votos singulares que emito, pretendo expresar las razones que sustenté durante la discusión del presente caso, pero que no lograron persuadir a la mayoría de mis colegas. Sin embargo, estoy convencida de que la defensa de la Constitución y los principios constitucionales que realizo en esta oportunidad puede ser compartida por los ciudadanos que consideran, como lo hago yo, que se debe hacer frente a la confusión reinante en la actualidad entre la esfera de los asuntos públicos y la de los asuntos privados, y que corresponde defender que el Estado no puede ni debe renunciar a cumplir, por sí mismo, las funciones que le son ínsitas, como la garantía y plena efectividad de los derechos fundamentales.

- Siendo plenamente respetuosa y consciente de que mi postura como jueza constitucional no es la que ha prevalecido en el marco de este debate de ideas y razones jurídico-constitucionales, considero importante presentar a la ciudadanía una alternativa de solución del presente caso, si bien desde otra perspectiva e interpretación de la Constitución, pero igualmente válida, y más aún si parte de la premisa del principio-derecho de dignidad humana como pauta de ruta del quehacer del Estado, de forma tal que se resguarde el proyecto en común de la ciudadanía antes que los intereses de los poderes fácticos.

III. Análisis jurídico del caso

1. Lo que prohíbe el artículo 13.3 de la CADH es la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial

- Quisiera resaltar que, pese a los argumentos de la parte demandante, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, instancia especializada en lo que respecta a la libertad de expresión e información, *reconoce la posibilidad de*

que el Estado niegue a todos los medios de comunicación la asignación de recursos[4] . Y es que lo que se considera como mecanismo de censura indirecta prohibido por el artículo 13.3 de la CADH es la *distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial*[5], esto es, el hecho de que luego de haber decidido el Estado asignar recursos públicos a los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, algo por lo que el Estado puede optar o no, en el caso de hacerlo, ello sea ejecutado por los funcionarios de forma arbitraria, como represalia a las críticas de las que puedan ser objeto los gobiernos de turno[6].

- Es en ese sentido que deben ser comprendidas las pautas desarrolladas en el referido informe "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" (2011). De esta manera,en el caso de que el Estado opte por contratar a los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, ello debe realizarse, según el citado informe, a través del establecimiento de leyes especiales, claras y precisas, de objetivos legítimos de la publicidad estatal, de criterios de distribución que "reduzcan la discrecionalidad y eviten sospechas de favoritismos políticos en el reparto", de planificación adecuada, de mecanismos de contratación que impidan arbitrariedades, de transparencia y acceso a la información, de control externo de la asignación publicitaria y de pluralismo informativo[7].

- Reitero con ello que, propiamente, de dicho informe[8] como tampoco del Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2003), Capítulo V (Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial) se desprende que constituye un mecanismo prohibido por el artículo 13.3 de la CADH la opción por el Estado de no asignar recursos públicos a ningún medio de comunicación privado con fines de publicidad estatal. En efecto, de acuerdo a dicho Informe Anual:

> (…) *no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad.* Sólo cuando el Estado asigna estos recursos en forma discriminatoria se

4 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). "Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión", Capítulo V, párr. 12.

5 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", párr. 9.

6 Ibíd., párr. 10

7 Ibíd., párr. 33-82.

8 Como reafirmación de esto último, se hallan, por citar algunos ejemplos, las propias experiencias citadas por la CIDH relatadas en el referido informe "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" (párr. 30), como la de India, donde a nivel jurisprudencial, en el "caso Ushodaya Publications Private Ltd. Vs. Goverment of Andhra Pradesh and Others, la Alta Corte del Estado de Andhra Pradesh entendió que, si bien no es obligatorio para el Estado otorgar publicidad oficial, si el Estado decide hacerlo no puede distribuir ese presupuesto en forma discriminatoria" (cursiva agregada).

viola el derecho fundamental a la libre expresión. *Un Estado podría negarle a todos los medios de comunicación,* pero no puede negarle ese ingreso sólo a algunos medios con base en criterios discriminatorios[9]. (Cursivas agregadas).

- Es más, la mayoría de los casos citados en el Informe "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" (2011) tienen como denominador común la falta de regulación y control respecto a la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, o en los términos de dicho informe, la ausencia de "marcos legales claros y transparentes que impidan la arbitrariedad en las decisiones"[10], que es lo que justamente ha ocurrido en el caso peruano, en la medida que la Ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal, no ha sido reglamentada, situación más que preocupante que ha sido reconocida por la sentencia de la mayoría como característica de la realidad de nuestro país con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30793, ley sometida a control de constitucionalidad en esta oportunidad.

- A propósito de lo anterior, quisiera en esta oportunidad referirme a los argumentos principales de la "Nota técnica en relación con la Ley 30793, que regula el gasto en publicidad oficial en el Estado de la República del Perú", de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, de fecha 4 de agosto de 2018, como indico a continuación:

  - En la referencia a los mecanismos de censura indirecta y a lo que debe estar prohibido según el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, la única mención a la publicidad oficial se hace en términos de la proscripción de su asignación arbitraria y discriminatoria, lo que es distinto, como se explicó con anterioridad, de la decisión del Estado, como regla general con sus correspondientes excepciones, de no contratar medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal.

  - En la Nota se advierte una manifiesta contradicción que es medular a la argumentación ahí desarrollada por cuanto relaciona estrechamente la viabilidad y desarrollo de los medios de comunicación privados en el país así como "su sustentabilidad"ante "el riesgo de cierre a una cantidad de medios de comunicación" con la aprobación de la Ley 30793, con referencias incluso a los "recursos públicos necesarios para el funcionamiento de medios de comunicación", pese a reconocerse que "no existe un derecho intrínseco a recibir

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). "Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión", Capítulo V, párr. 12

10 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", párr. 33.

recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación", según los "Principios sobre la Regulación de la Publicidad Oficial (…)" de la CIDH en el 2011.

- En la Nota de la CIDH se aduce que lo que está en juego es "el derecho a expresarse en condiciones de libertad e igualdad y el derecho de la comunidad a recibir información plural de toda índole" y que "los medios estatales per se no garantizan el acceso a una información plural (…)". Ante esa insistencia en el valor de la pluralidad, quisiera que se tenga en cuenta que la realidad de los medios de comunicación privados en el Perú evidencia algunos cuestionamientos respecto de la "pluralidad" de la información que debe existir en toda sociedad democrática. Debe recordarse que hace algunos años un grupo de ocho periodistas interpuso una demanda de amparo contra empresas del sector comunicaciones alegando una presunta concentración de medios en el país. En todo caso, así como la Relatoría sostiene que "los medios estatales per se no garantizan el acceso a una información plural", también se podría sostener que lo mismo puede predicarse de los medios de comunicación privados, por cuanto su existencia, per se, no garantiza el acceso a una información plural.

- En la Nota se da cuenta de que los Relatores Especiales sobre la materia de diversos sistemas de protección de derechos humanos han establecido en la Declaración Conjunta sobre "Diversidad y Pluralismo en la Radiodifusión" (2007) que "se deben implementar medidas para asegurar que la publicidad oficial no sea utilizada como un medio para la interferencia política en los medios de comunicación", es decir, la propia nota invoca una declaración donde se reconoce que la publicidad oficial, potencialmente, puede ser utilizada como mecanismo de interferencia política en desmedro de la independencia que debe caracterizar al ejercicio de las funciones que cumplen los medios de comunicación social en sistemas democráticos.

- La Nota sostiene, sin más, esto es, sin dar referencias sobre cuáles son sus fuentes de sustento, que con la Ley 30793 se generará un impacto diferenciado en los "medios de menor acceso a la pauta privada" (de alcance regional, pequeños medios locales, comunitarios sin fines de lucro, o a los que denomina "la voz de los pueblos indígenas del Perú"), pese a que, como se indicará más adelante, de la propia información del Estado en materia de publicidad estatal se pueden extraer datos que muestran que, por lo menos, en los últimos años, han sido determinadas empresas de comunicaciones las favorecidas con la asignación de recursos públicos para difundir publicidad estatal.

- Por si todo ello no bastare, en la propia nota se indica que, pese a sostener que la publicidad no se asigna con discrecionalidad (entendiendo que se ha pretendido aludir a la arbitrariedad y no la discrecionalidad, ya que no significan lo mismo), el Gobierno peruano ha reconocido que "la normativa vigente no contiene criterios objetivos para la distribución de publicidad oficial". Al respecto, si se parte de la premisa de que la Administración pública se rige por el principio de legalidad, llama poderosamente la atención el hecho de que pese a reconocer que la normativa vigente no contiene criterios objetivos para la distribución de publicidad oficial, el gobierno esté en la capacidad de afirmar que en la actualidad (es decir que en todos los casos hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 30793) en la contratación de los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal no se incurre en arbitrariedades.

- Explicado lo anterior, quisiera una vez más insistir en que lo que hace la sentencia de la mayoría, de lo cual discrepo, es partir indebidamente de la consideración de que uno de los objetos protegidos de la libertad de información de los ciudadanos, que se vincula directamente con el acceso a la publicidad estatal, comporta necesariamente la celebración de contratos de publicidad con medios de comunicación privados, por cuanto el acceso a internet de la población, sobre todo en zonas rurales aún es muy limitado, por las preferencias de la mayoría de la población por medios privados, entre otras razones.

- Precisamente esto último conlleva la misma consecuencia que se desprende del sostener que los medios de comunicación privados tienen derecho (aun cuando lo niegue la mayoría) a obtener financiamiento por parte del Estado: esto es, que existiría sustento constitucional para que el Estado destine parte de su presupuesto a entidades privadas, en detrimento de otros fines sociales que deja de cumplir con tal asignación, lo que en términos redistributivos resulta altamente cuestionable por el estado de cosas que rodea a nuestro país, en el que aún existen brechas injustificables entre ciudadanos en términos de igualdad y justicia en lo que respecta al acceso a servicios básicos, como la salud, la educación, el trabajo y la cultura.

- Pero lo más importante es que resulta inaceptable en términos cualitativos que se pretenda convalidar el hecho de que aspectos contingentes como la brecha aún existente en acceso a internet en el país, las labores pendientes en cuanto a la cobertura o las preferencias televisivas y radiales de la población en la actualidad sustenten, como lo hace la mayoría, que la Constitución ordena que el Estado renuncie a cumplir por sí mismo la realización de un derecho, vinculado a un fin que le es consustancial por su carácter democrático, como lo es el derecho a ser

informado, y que se materializa en las obligaciones de respetar, proteger, asegurar y promover que la población reciba información relacionada con el pleno ejercicio de otros derechos de los que son titulares, o con la posibilidad de controlar y fiscalizar la actuación de las entidades públicas.

- Lo que hace la mayoría, en mi opinión, y a partir de lo anterior, es reforzar una vez más la confusión entre la lógica de los asuntos públicos y la de los asuntos privados, dejando en manos de los privados, según se desprende de sus argumentos, por un pretendido y aparente "mandato constitucional", el derecho a recibir información, como derecho social, y, como tal, de naturaleza iusfundamental. Ello se enmarca en el actual contexto en el que, como explica Capella, las dos grandes esferas teorizadas por el relato político-jurídico moderno, a saber, la esfera pública y privada, se desdibujan a partir de tenues límites que suelen ser rebasados[11]. En esa línea, y como también sostiene Ferrajoli:

  > El conflicto de intereses -que bien podríamos llamar confusión de intereses y de poderes, o mejor aún, un indiscutible dominio de los intereses privados sobre los intereses públicos- está convirtiéndose en una dimensión general y global de las democracias actuales, que puede llevar a la banalidad tanto al carácter liberal como a la forma representativa: al disminuir la información libre y, al mismo tiempo, debilitar la separación entre política y negocios, entre esfera pública e intereses privados, que es el presupuesto elemental de la representación política que representa a la generalidad de los ciudadanos y a los intereses generales[12].

- En suma, se advierte, por un lado, una mengua de los recursos públicos ante la falta de regulación indispensable sobre la materia, situación que la ley cuestionada pretende revertir. En efecto, la mayoría ha aceptado la existencia de dicha situación en el fundamento 139 cuando se sostiene que "se aprecia un importante volumen de gasto por parte del Estado, lo que evidencia la necesidad imperiosa de fijar los criterios de fiscalización apuntados, lo que coadyuvaría a reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad (…)".
- Arbitrariedad, insisto, que no solo ha sido reconocida por la mayoría en el citado fundamento, sino por la Defensoría del Pueblo, que como se ha citado en el fundamento 129, ha detectado que "la necesidad de establecer un marco normativo idóneo respecto de la publicidad estatal resulta plenamente exigible por cuanto

11 CAPELLA, Juan Ramón (2008) Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado. Madrid: Trotta, p. 319.

12 FERRAJOLI, Luigi (2004). "Libertad de información y propiedad privada: Una propuesta no utópica". En Nexos. Disponible en el sitio web: https://www.nexos.com.mx/?p=11115

la Ley 28874, que regula la publicidad estatal, no se encuentra reglamentada. Asimismo, resulta imperiosa la regulación de la publicidad para evitar excesos, tanto en los gastos de contratación como en la manipulación para promover la propaganda".

- De ello da cuenta la información económica extraída del portal ("consulta amigable") del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), citada y sistematizada por la sentencia de la mayoría, en cuyo fundamento 137 se indica que el gasto total en publicidad entre los años 2009 y 2018 asciende a S/. 2, 744, 784, 185.00 (más de dos mil millones de soles según la escala numérica larga o más de dos billones en la escala numérica corta) lo que equivale a un 0,2420 % del total del Presupuesto General de la República (presupuesto que ha ido aumentando con el transcurrir del tiempo) en 10 años, lo que puede apreciarse a continuación:

Año	**Presupuesto General de la República**	**Gasto total en publicidad anual (según PIA)**	**Porcentaje del gasto anual destinado a publicidad estatal**
2009	72,355,497,884	131,637,223	0.18
2010	81,894,838,697	222,888,586	0.27
2011	88,460,619,913	262,952,980	0.29
2012	95,534,635,146	202,000,433	0.21
2013	108,418,909,559	297,726,854	0.27
2014	118,934,253,913	335,207,379	0.28
2015	130,621,290,973	353,111,163	0.27
2016	138,490,511,244	379,409,023	0.27
2017	142,471,518,545	279,809,958	0.19
2018	157,158,747,651	280,040,586	0.17
Total	**1,134,340,823,525**	**2,744,784,185**	**0.242**

Elaboración: TC

Fuente: MEF

Elaboración propia

Fuente: MEF

- Así por ejemplo, según los datos consignados por la sentencia de la mayoría antes descritos, el gasto en publicidad estatal presupuestado inicialmente para el año 2017, y ascendente a S/. 279, 809, 958 es considerablemente mayor al destinado, según la información obtenida de la distribución del gasto del presupuesto del sector público por programas presupuestales y pliegos para el año fiscal 2017 (Ley 30518): (i) para la atención de enfermedades diarreicas agudas con complicaciones (S/. 56,178,572); para la atención de otras enfermedades prevalentes (S/. 36,162,053);para proveer a las gestantes de suplementos de hierro y ácido fólico (S/. 53,376,745) o para atender a niños y niñas con parasitosis intestinal (S/. 29,722, 632).

Equivalencia de lo destinado en un año a gastos de publicidad (2017) en términos de algunos programas destinados a atender a niñas, niños y gestantes

Programa presupuestal	A: Monto en S/.	B: Gasto total en publicidad anual (2017) en S/.	Equivalencia de B en relación con A	Monto de la diferencia en S/.
Atención de enfermedades diarreicas agudas con complicaciones	56,178,572.00	279,809,958.00	4.98	223,631,386.00
Atención de otras Enfermedades Prevalentes	36,162,053.00	279,809,958.00	7.73	243,647,905.00

Provisión para las gestantes de suplementos de hierro y ácido fólico	53,376,745.00	279,809,958.00	5.24	226,433,213.00
Atención de niñas y niños con parasitosis intestinal	29,722,632.00	279,809,958.00	9.41	250,087,326.00

Elaboración propia

Fuente: MEF. Disponible en el sitio web https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/anexos/anexo8_ley30518.pdf.(pág. 1356) Consulta 12 de octubre de 2018

- Como puede advertirse del cuadro anterior, durante el año 2017, los gastos presupuestados para publicidad estatal (que incluyen evidentemente el monto de los contratos con los medios de comunicación privados) superaron en casi cinco veces al presupuesto para la atención de enfermedades diarreicas agudas con complicaciones en niños y niñas; en casi ocho veces, la atención de otras enfermedades prevalentes; en más de cinco veces, la provisión para las gestantes de suplementos de hierro y ácido fólico; y, en más de nueve veces, la atención de niñas y niños con parasitosis intestinal.

- De esta forma, puede aseverarse que, aun cuando el porcentaje del presupuesto público destinado al gasto en publicidad estatal en los últimos diez años no supere el 0,3 % en cada año, en términos reales significa desatender, a otros sectores con necesidades apremiantes e, incluso, de sobrevivencia, en los que se encuentra la población más vulnerable de nuestro país. Siendo ello así, ¿acaso resulta razonable permitir que dicha situación se prolongue en el tiempo en un contexto de falta de reglas claras y mecanismos efectivos de control de la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal?

- Por otro lado, con esta sentencia de la mayoría se pretende dotar de contenido constitucional y raigambre iusfundamental a una práctica, que en los términos en los que se viene dando, antes que desprenderse del núcleo duro de las "libertades informativas" o, en concreto, del derecho a recibir información, como exigencia dimanante para el Estado, constituye una desnaturalización de los fines que le son propios, por cuanto a este último le corresponde hacer llegar toda la información posible, de manera oportuna a los ciudadanos, principalmente a través de sus propios medios, y de forma excepcional y estrictamente justificada en cada caso, a través de alternativas privadas, en aras de la realización de los derechos fundamentales de la población, en el marco de lo dispuesto por el artículo 44 de

la Constitución, y, específicamente, con miras a la plena efectividad del derecho de los ciudadanos a recibir información y no proveer con recursos públicos a los medios de comunicación privados a través de contratos cuya excesiva onerosidad en un contexto de desregulación ha quedado suficientemente evidenciada en el presente caso.

- Vale decir, lo que debe constituir la excepción, ha sido contemplado como regla en el presente caso, a tal punto de incluirlo en el contenido constitucionalmente protegido de la "libertad de información", según la mayoría, sin mayores consideraciones que razones de tipo contingente, que, salvo el caso de las preferencias de la población, pueden y deber ser revertidas, como ocurre con la brecha de acceso a internet a nivel rural, los problemas de cobertura y la mejora en la calidad de los medios de comunicación del Estado.

- Por consiguiente, el que el Estado pueda, como excepción, celebrar contratos con medios de comunicación privados, en un marco de reglas claras y no de desregulación como ocurre en el presente caso, no tiene sustento constitucional directo, sino que se trata de una posibilidad de fuente legal, en la medida que constituye una de las opciones o alternativas que el legislador puede establecer para la realización de este tipo de publicidad siempre y cuando ello se encuentre estrictamente justificado, lo que de llevarse a cabo, exige la realización de medidas de control, seguimiento y evaluación de impacto y resultados, por tratarse de recursos públicos, y en ese sentido, por encontrarse en juego los intereses de la ciudadanía en general.

- Ello sin perjuicio de no perder de vista, como lo ha sostenido la mayoría en el fundamento 196, y en lo que coincido plenamente, en el sentido de que:

> Algunos medios de comunicación privados hacen uso del espectro radioeléctrico que es un recurso limitado y forma parte del patrimonio de la Nación. Asimismo, los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, de ahí [que] se derive el deber de informar sobre todo asunto de interés público, incluyendo sobre [todo] las actividades del Estado, sin que medie contraprestación alguna (FJ 196).

- Asimismo, considero que, en todo caso, las excepciones establecidas en el artículo 4 de la Ley 30793, tal y como están redactadas, no deben ser comprendidas de manera taxativa sino que, en todo caso, se les debe entender a modo enunciativo, dejando abierta la posibilidad de eventuales excepciones adicionales justificadas en estricto por el interés público declarado por ley, en los términos en que ha sido definido en la jurisprudencia de este Tribunal, en atención al principio de interdicción de la arbitrariedad.

- Para tal efecto, resulta indispensable la determinación previa del público objetivo al que se dirige la información así como el desarrollo de indicadores que den cuenta de su impacto y de sus resultados, como asevera la mayoría, lo que ha sido mencionado en el artículo 6 in fine de la Ley 28874 pero que no ha sido reglamentado, dificultando así la plena aplicación de la referida ley. Pero, además de esto último, y como se plantea en la sentencia, también es fundamental la permanente y efectiva fiscalización por parte de las entidades correspondientes, como la Contraloría General de la República, y la sociedad en su conjunto.
- A tales excepciones les corresponde pues ser objeto de controles, previos, simultáneos y posteriores (aspecto en el que también ha insistido la mayoría desde su perspectiva) en el marco de la lucha contra la corrupción, que constituye un mandato irrenunciable para los poderes públicos y privados, en la medida que se trata de un bien constitucional cuyo sustento se halla en los artículos 39, 41 y 43 de la Norma Fundamental. En efecto, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 00017-2011-PI/TC, FJ 16:

  > (…) el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39º y 41º de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. Nº 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento Nº 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que "la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio" (…) (STC 00017-2011-PI/TC, FJ 16).

- Por consiguiente, considero que debe desestimarse la demanda de inconstitucionalidad en el extremo relativo a la vulneración del derecho a la libertad de información, debiendo distinguirse "publicidad" de lo que es "información" e interpretando que la prohibición de la Ley 30793 se refiere solo a la publicidad (aquella que está vinculada a la captación de usuarios y consumidores), pero no a la información (promover conductas de relevancia social y tendientes al bien común).

2. La Ley 30793 como medida que enfrenta la "distorsión de mercado" generada por la forma en la que se ha realizado la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal

- Además de todo lo dicho, si quisiera utilizar los propios argumentos de mercado que algunos detractores de la ley objeto de control constitucional sostienen, en-

contramos que la situación previa a su expedición, ante la falta de reglamentación de la Ley 28874, que preveía, en tanto una de las posibles opciones del legislador, la posibilidad de contratar medios privados para la difusión de publicidad estatal, estaba caracterizada por una distorsión del mercado en la medida que se advierte claras diferencias entre el monto de lo contratado en ciertos medios en detrimento de otros, por decisión de funcionarios públicos.

- Así por ejemplo, durante el período enero a setiembre de 2017, los medios de comunicación con los que más se contrató con fines de publicidad estatal son los siguientes:

Montos expresados en millones de soles (S/.)

	RPP Noticias	10.7
	América	7.0
	Latina	6.0
	CRP Medios	4.2
	La República	3.3
	Karibeña	3.2
	ATV	3.1
	Havas Group	2.8
	El Comercio	2.8
	Prensmart	1.9
	TOTAL	45

Fuente: Carlos Anderson[13] y Z&Z Perú Consulting

- Es decir, tales contrataciones fueron realizadas sin que fuentes estatales hayan difundido de manera clara y accesible para la ciudadanía en general la información sobre las razones por las cuales tales distinciones se encontraban objetivamente justificadas. Si las fuentes estatales difundiesen adecuadamente sus contratos, se excluiría toda posibilidad de encubrimiento de prácticas discriminatorias, prácti-

13 Dicha información, que tiene como fuente a Z&Z Perú Consulting, fue difundida en un artículo virtual de Carlos Anderson, disponible en el sitio web: https://carlosandersonblog.lamula.pe/2018/01/15/la-inversion-publicitaria-del-estado/carlosander/ Consulta: 12 de octubre de 2018

cas estas últimas que son consideradas como un mecanismo de censura indirecta prohibido por el artículo 13.3 de la CADH.

3. La contratación por el Estado de medios de comunicación privados con fines de publicidad: ¿mantienen dichos medios la independencia que posibilita una auténtica sociedad democrática?

- Una situación como la descrita previamente, donde se advierte la asignación de recursos públicos, con fines de publicidad estatal, a ciertos medios de comunicación privados, en un contexto de falta de reglas claras y ausencia de mecanismos de control efectivos, nos debe llevar a preguntar si la independencia de tales medios se encuentra, en tales condiciones, efectivamente garantizada.
- En la Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre la colegiación obligatoria de periodistas, se sostuvo que:

> Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, *y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas*[14](subrayado agregado).

- Asimismo, el Tribunal Constitucional en la STC 00015-2010-AI/TC, FJ 19 ha establecido que:

> (…) los medios de comunicación social, son instrumentos necesarios y óptimos para segurar la difusión de la expresión y de la información, contribuyendo significativamente a asegurarla plena vigencia de estas libertades fundamentales. En esa medida, los medios de comunicación son personas jurídicas que, en sí mismas, ostentan los derechos fundamentales cuyo contenido procure garantizar el cumplimiento eficiente del esencial rol que cumplen en el Estado Constitucional, singularmente, en lo referido a la optimización de las libertades informativas que, como se dijo, constituyen garantías institucionales de la democracia (STC 00015-2010-AI/TC, FJ 19).

- Entonces, queda claro que la independencia de los periodistas y de los medios de comunicación es fundamental para la plena vigencia de la difusión de la expre-

14 CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, párr. 34.

sión y de la información. Sin embargo, dicha independencia puede verse mellada ante presiones políticas o de repercusión económica, lo que es altamente probable en situaciones en las que se permite la contratación de medios de comunicación por parte del Estado con fines publicitarios, aunque en la práctica ello suela convertirse en regla general, en un contexto de ausencia de reglas claras y mecanismos efectivos de control y fiscalización.

- Considero, al respecto, como sostiene Colino para el caso español, que "ésta no es la vía para garantizar medios de comunicación saneados e independientes"[15], toda vez que con ello se sitúan en una relación de dependencia de la asignación de recursos públicos, "-detraídas de los ciudadanos a través de impuestos- y esto les impide ser críticos con el poder que los financia"[16]. Siendo ello así, debe evitarse que los medios de comunicación degeneren en una posición servil (algo que también preocupa a la mayoría según se desprende del FJ 129) frente a gobiernos de turno, lo cual mellaría profundamente la función constitucional que cumplen en el sistema democrático, que no puede preciarse de ser tal sin pluralismo ni capacidad crítica y vigilante del poder.

4. La Ley 30793 no ha vulnerado la libertad de contratación de los medios de comunicación privados

- La mayoría también ha enfocado el análisis respecto a si la Ley 307903 ha vulnerado el derecho a la libertad de contratación de los medios de comunicación privados, bajo el argumento de que contratar con el Estado no puede ser considerado ilícito en la medida que ello es necesario para tutelar otros derechos fundamentales, en clara alusión a la libertad de información.

- Al respecto, cabe mencionar que el artículo 3 de la Ley 30793 no vulnera el derecho a la libertad de contratación de los medios de comunicación privados en la medida que su grado de incidencia o limitación es sobre las competencias del Estado, siendo precisamente las entidades estatales las destinatarias de su contenido normativo y de ninguna forma los medios de comunicación privados. Por tanto, este extremo de la demanda también debe ser desestimado.

5. La Ley 30793 no ha vulnerado el principio de legalidad en materia penal

- En este extremo, la mayoría fundamenta principalmente la consideración del artículo 3 de la ley objeto de control como inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad en materia penal en la medida que se advierte "el uso de la

15 COLINO, Alberto (2013). "Evolución de la financiación de los medios de comunicación en España. ¿Hacia un modelo más sostenible? En Papeles de Europa, Vol. 26, Nº 1, pág. 68.

16 *Ibíd.*

sanción penal, que debe ser ultima ratio de la intervención de la fuerza estatal, para reprimir un acto que ya ha sido considerado supra por este Tribunal como necesario para garantizar los derechos fundamentales de la población" (FJ 220).

- Sin embargo, como ya se ha establecido previamente, el supuesto carácter necesario de lo que prohíbe la norma, si bien con excepciones, esto es, la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, carece de sustento constitucional por las razones ya desarrolladas en el presente voto.
- A ello debe añadirse que la mayoría sostiene que la expresión "tareas de gestión" contiene un elevado nivel de indeterminación, pero también reconoce contradictoriamente que "en definitiva permite identificar los alcances de la prohibición contenida en la ley", sin ahondar o justificar en qué radica la indeterminación, con lo cual se incurre en un vicio de motivación aparente; y que lo sostenido en el fundamento 219 tiene la connotación de recomendaciones para mejorar la técnica legislativa correspondiente, sin ser concluyente en términos de la configuración de un vicio de inconstitucionalidad a este respecto.
- Asimismo, resulta cuando menos cuestionable que se califique como ley penal en blanco al revés a lo dispuesto en el artículo 3 in fine de la ley cuestionada, por no corresponder con la definición de este tipo de precepto penal en la medida que en realidad no se está describiendo una conducta distinta a la prohibida en el delito de malversación de fondos ni se trata de una agravante.
- Antes bien, lo que dicha norma realiza es una precisión (remisión) sobre el delito que correspondería imputar a quien contravenga las disposiciones de la ley objeto de control constitucional, por cuanto el delito de malversación consiste en darle un fin al patrimonio del Estado distinto al que estaba previsto, tal como se indica en el artículo 389 del Código Penal.
- En este caso, el artículo 3 in fine de la Ley 30793 indica precisamente que, al estar prohibido usar parte del presupuesto del Estado para realizar contrataciones de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, se sancionará a aquel que desvíe dinero que tenga un determinado destino justamente para realizar dicha contratación; por lo que, en conclusión, no se trata de una conducta distinta a la proscrita por el citado tipo penal.
- Por todo lo expuesto, considero que este extremo de la demanda debe desestimarse.
- No obstante ello, quisiera desarrollar algunas consideraciones en torno a las implicancias del referido artículo 3 de la ley objeto de control constitucional en términos de la autonomía del Ministerio Público, cuya relevancia merece una

especial reflexión por parte del juez constitucional, aunque no ha sido objeto de pronunciamiento por la mayoría de mis colegas Magistrados.

6. La Ley 30793 y la autonomía del Ministerio Público

- Conforme al artículo 158 de la Constitución Política del Perú, el Ministerio Público es autónomo, y tiene entre sus atribuciones ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, tal como establece el inciso 5 del artículo 159 de nuestra Norma Fundamental.
- Ello es precisado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N.° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece que: "Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de la institución (…)".
- Asimismo, en el inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, se indica que: "El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (…)".
- Con base a las normas anteriormente citadas, el Ministerio Público es el encargado de decidir cuándo un hecho tiene relevancia penal, por lo que a su vez es el competente para determinar el delito que corresponde imputar y quienes serían los responsables de ese hecho. No se le puede obligar al Representante del Ministerio Público a denunciar cuando éste considere que no se trata de un hecho de connotación penal, ni a imputar un delito distinto al que este considere que se ha cometido.

- Tomando en cuenta ello, al establecer la parte final del artículo 3 de la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano, que la contravención de la prohibición establecida en dicha ley será considerado delito de malversación, se está afectando la independencia del Ministerio Público, ya que se le obliga a considerar que se trata de un hecho delictivo que debe denunciar, y además le impone el delito que debe imputar.
- En consecuencia, el representante del Ministerio Público ya no puede decidir si un acto que contravenga lo dispuesto en dicha ley consiste en una infracción administrativa o penal, puesto que ya tiene que considerar que se trata de un delito, por lo que está obligado a ejercer la acción penal. Además, no puede determinar cuál sería el delito que debería imputar, sino que necesariamente debe considerar que se trata de una malversación de fondos.
- Lo segundo es lo más controversial, puesto que si se obliga a imputar el delito de malversación de fondos, pero no se cumplen todos los elementos que configuran

el delito en un determinado caso, por ejemplo, porque no se verifique que por usar dinero de una Municipalidad se haya afectado el servicio o función para el que estaba destinado, el hecho quedaría impune, pese a que puede haberse configurado eventualmente otro delito.

- Efectivamente, al señalar la ley objeto de control constitucional que la contravención de las prohibiciones establecidas en dicha ley será considerada un delito de malversación de fondos, se impide que el representante del Ministerio Público pueda considerar que se habría podido cometer, de ser el caso, otro delito, como por ejemplo un delito de colusión agravada, si se acredita que el funcionario competente y el medio de comunicación privado han concertado para que este último sea el que contrate con el Estado para difundir publicidad y que ello generó un perjuicio económico porque se cobró una tarifa muy por encima del precio de mercado.
- También se podría considerar la eventual comisión del delito de cohecho, si un medio de comunicación privado otorga una suma de dinero al funcionario competente para que lo contrate para realizar publicidad estatal pese a que se encuentra en las mismas condiciones que otros medios de comunicación. Pero como según lo dispuesto en el artículo 3 de la ley cuestionada, el representante del Ministerio Público ya se encuentra obligado a imputar el delito de malversación de fondos, los delitos previamente aludidos ya no pueden ser considerados en una eventual acusación.
- Por lo tanto, dicho extremo del artículo 3 de la ley genera una afectación a la independencia del Ministerio Público, dado que se configura una intromisión en sus atribuciones al imponerle la obligación de considerar que la contravención de la ley es un hecho delictivo, y que además ese delito no puede ser otro que el de malversación de fondos.
- También quiero señalar que por mandato constitucional, el llamado a calificar la ilicitud penal en las conductas de los ciudadanos es el Ministerio Público, situación que debe llevar a que este articulo merezca una interpretación conforme a la Constitución en el sentido que las calificaciones jurídicas de las conductas ilícitas que se pudieren generar por contravenir las normas de contratación estatal sean dilucidadas por el Ministerio Público, bajo el procedimiento establecido por ley, en el que se imputará la calificación jurídica que resulte del caso en concreto, en la medida que constreñirla exclusivamente al tipo penal de malversación sería insuficiente e inclusive podría generar impunidad sobre otros ilícitos que pudieren concurrir.

- Esto significa que la redacción de la disposición del artículo terceroin finedebe leerse en concordancia con el art 158 de la Constitución del Estado, en el sentido según el cual "(…) La infracción a este precepto será consideradailícito penal según determine el Ministerio Público en el ejercicio de sus atribuciones".
- Por lo tanto, en relación a este extremo del artículo 3 de la Ley 30793, deberá INTERPRETARSE, a partir de la sustitución del texto correspondiente,que "La infracción a este precepto será considerada ilícito penal según determine el Ministerio Público en el ejercicio de sus atribuciones".

7. Sobre la supuesta vulneración a la normativa constitucional sobre decretos de urgencia

- En el presente caso, la mayoría sostiene que el artículo 4 de la ley objeto de control constitucional es inconstitucional por contravenir la legislación pertinente; sin embargo, si se revisa la argumentación de la sentencia a este respecto, se advierte inmediatamente que lo razonado se centra en la frase "declarados por decreto de urgencia".
- Al respecto, si bien concuerdo con que conforme a la legislación que desarrolla el artículo 137 de la Constitución las emergencias, en principio, y los desastres deben declararse por decreto supremo, en aplicación de los principios de conservación de la ley y de interpretación desde la constitución, en el afán de «"salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada» (STC 0004-2004-CC/TC, FJ 4), considero que debe sustituirse o que debe incorporarse el término "decreto supremo" en vez de "decreto de urgencia".

- Por lo tanto, en relación a este extremo del artículo 4 de la Ley 30793, deberá INTERPRETARSE, a través de la sustitución del texto correspondiente, que "se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo (…)".

8. Sobre los alcances de la Ley 30793 respecto de la publicidad estatal de las cajas municipales

- Todo lo indicado anteriormente no significa que la publicidad estatal de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito esté desprovista de toda cobertura constitucional, por cuanto si bien no halla fundamento en la libertad de información, sí se vincula directamente con una de las facultades protegidas por la libertad de empresa de personas jurídicas como las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, tal y como se ha razonado en el Expediente 00556-2018-6-0401-JR-DC-01 con ocasión del incidente cautelar recaído en la resolución 2 de fecha de fecha 28 de setiembre de 2018.

- Al respecto, en la línea de lo desarrollado en dicho incidente cautelar, considero que la publicidad estatal de personas jurídicas del Estado, que no reciban presupuesto público y estén desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto, por interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30793, debe ser considerada como excluida del ámbito de aplicación de la referida norma.
- Por lo tanto, la prohibición de la Ley 30793 en el sentido de no contratar a medios de comunicación privada con fines publicitarios no alcanza a la publicidad estatal de personas jurídicas que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto.
- Siendo ello así, el artículo 4 de la citada Ley 30793 debe incluir como supuesto de excepción, "sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal", además de "casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley", a "la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto".
- Pero incluso, situándonos en tales escenarios de excepción, no puede renunciarse bajo ningún supuesto a la realización de un escrutinio estricto de las contrataciones con medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal que, por lo demás, deben ser de conocimiento público y totalmente accesibles a la ciudadanía a través de las instituciones involucradas, con miras a determinar si es que efectivamente dicha publicidad responde a los objetivos trazados, en el marco de la Constitución y la ley.

- Ello debe ser así por cuanto todo lo que concierna al Estado debe regirse por principios de transparencia y fiscalización permanente. De esta manera, el quehacer de quienes desempeñan funciones en el Estado, en cualquiera de sus modalidades, está al servicio de la Nación y no de intereses privados. Al respecto, reitero mi firme convicción en el sentido de que en el Estado no deben existir sectores privilegiados respecto del cumplimiento de obligaciones, exigencias y controles dispuestos por la Norma Fundamental.
- Por lo tanto, en relación al artículo 4 de la Ley 30793, debe INTERPRETARSE,através de las adiciones al texto correspondientes,que "se exceptúan de la prohibición, sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal, los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones, casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley y la publicidad de personas jurídicas del Estado

que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto".

9. Una tarea pendiente del Estado peruano

- En relación con el gasto en publicidad, de acuerdo con el portal de transparencia del Ministerio de Economía y Finanzas, podría decirse que éste ha experimentado una constante evolución en los últimos 10 años. No obstante, existe un claro contraste de las mismas con el presupuesto que el Estado destina al Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú (IRTP), ente estatal encargado de la televisión y emisoras de radio públicas en el país, con fines básicamente informativos, educativos, culturales, entre otros de similar índole. En efecto, la afirmación anterior queda reflejada en el siguiente cuadro:

Año	Total gasto en publicidad anual en S/.	Presupuesto Institucional de Apertura- IRTP en S/.
2009	131,637,223	47,403,000[17]
2010	222,888,586	53,683,12[18]
2011	262,952,980	42,392,680[19]
2012	202,000,433	46,731,032[20]
2013	297,726,854	77,803,753[21]
2014	335,207,379	56,808,000[22]
2015	353,111,163	74,403,000[23]

17 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS/INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN DEL PERÚ. Plan Operativo Institucional 2009, p. 51. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2009.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

18 Ibíd. Plan Operativo Institucional 2010, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 015-02-2010-SCD/IRTP, p. 18. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2010-modificatoria.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

19 Ibíd. Plan Operativo Institucional 2011, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo Nº 004-2011– SCD/IRTP, Proveído de Presidencia Ejecutiva Nº 332, p. 17. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2011.pdf. Consulta 12 de octubre de 2018.

20 Ibíd. Plan Operativo Institucional 2011, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo Nº 004-2011– SCD/IRTP, Proveído de Presidencia Ejecutiva Nº 332, p. 17. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2011.pdf. Consulta 12 de octubre de 2018.

21 Ibíd. Plan Operativo Institucional 2013, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo Nº 003-01-2013– SCD/IRTP, p. 25. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2013.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

22 Ibíd. Presupuesto Institucional de Apertura. Año fiscal 2014, p.1. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2014.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

23 Ibíd., Resolución de la Presidencia Ejecutiva N° 162-2014-IRTP, de fecha 31 de diciembre de 2014, p. 12. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2015.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

2016	379,409,023	63,594,179[24]
2017	279,809,958	68,374,600[25]
2018	280,040,586	89,425,676[26]
Total	**2,744,784,185**	**620,619,041**

- Así pues, de los datos mostrados, se aprecia un gran volumen de gasto por parte del Estado en cuanto a gastos de publicidad; sin embargo, también puede advertirse que estos gastos cuadruplican los recursos económicos destinados al IRTP, los cuales son entregados a través del pliego presupuestal aprobado en cada año fiscal y que constituyen gran parte de los ingresos anuales de dicha institución.
- Como he señalado, el Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú constituye uno de los principales medios de difusión del Estado, el que además, de acuerdo al Plan Estratégico Institucional 2017-2019 , tiene como finalidad informar de manera oportuna y veraz a la población, así como crear espacios para que la sociedad participe emitiendo libremente opiniones y propuestas con el objeto de fortalecer la democracia.
- Por consiguiente, hacer efectiva esta misión implica considerar la aprobación de un considerable presupuesto. Y si bien, la mayoría de los recursos provienen del presupuesto público y el resto de los recursos directamente recaudados, aun así, el presupuesto delegado continúa siendo insuficiente para impulsar medios de difusión del Estado que alcancen a toda la población.
- Además de lo anterior, es necesario considerar que si bien el porcentaje de gasto anual destinado a la publicidad es mínimo respecto del Presupuesto General de la República, según datos del MEF, esta conclusión merece algunas precisiones, dado que el porcentaje del gasto anual de publicidad está destinado tanto para los canales de comunicación privados, como para los oficiales. Esto, en consecuencia, denota que si ya el gasto en publicidad estatal "es mínimo", la asignación de recursos públicos por este concepto en los medios de comunicación estatales resultará "ínfima".

24 30Ibíd. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 130-2016-IRTP, de fecha 19 de diciembre de 2016, p. 8. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2017.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

25 Ibíd. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 125-2017-IRTP, de fecha 27 de diciembre de 2017, p. 4. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/resolucion125-2017-irtp_1.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018. Ver también, la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 001-2018-IRTP, de fecha 8 de enero de 2018, p. 4. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pim-ENERO2018.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

26 32MINISTERIO DE CULTURA/INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN DEL PERÚ. Plan estratégico institucional 2017-2019. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pei2017-2019.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018.

- Bajo estas consideraciones, se hace imperioso no solo regular y fijar criterios de fiscalización para evitar la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal cuando se contrata a medios de comunicación privados, algo que especialmente debería hacerse por excepción y no como regla, sino también resulta indispensable reimpulsar y fortalecer el IRTP, a fin de que se torne más accesible y confiable para los ciudadanos (evitando instaurarse como un canal partidista), a través de una asignación de recursos públicos que permita el mayor nivel cobertura y difusión de contenidos posibles a escala nacional.

10. Palabras finales

- Por todo lo expuesto, quiero reafirmar que en el Perú no existe un derecho fundamental de los medios de comunicación privada a contar con la publicidad del Estado, como tampoco una obligación constitucional o legal para que el Estado contrate publicidad en medios de comunicación privados.
- Asimismo, quiero resaltar la urgencia de que se regule la publicidad estatal en medios de comunicación privados como un mecanismo para preservar la libertad de expresión. Esta deficiencia normativa es un reclamo de larga data. Hay que recordar que el cambio del modelo económico en nuestro país permitió que el Estado, usando las reglas del mercado pueda contratar publicidad. Saber cuál es el monto que se debe destinar a la publicidad es una vieja pregunta hasta hoy vigente. El Decreto Supremo 005-99-PCM se muestra como el antecedente para la contratación privada de publicidad estatal, en el que se establecía la exoneración de licitación pública o concurso para contratar los servicios de publicidad por parte de las entidades del Estado. Este decreto fue dejado sin efecto por el Decreto Supremo 013-2001-PCM, para luego, en agosto del 2006, se promulgue la Ley 28874, que tenía por objeto regular la publicidad estatal en nuestro país. Esta Ley fue apreciada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012) como un avance positivo para la Región; sin embargo, no se incentivó la redacción del reglamento que permitiera un real cumplimiento de dicha ley.

- Los efectos de esa omisión, han generado una serie de comportamientos por parte de la Administración estatal que hoy el legislador ha buscado corregir con la fórmula de asumir una prohibición con excepciones a la publicidad estatal, fórmula que los magistrados que suscriben la posición en mayoría han expulsado del ordenamiento jurídico, generando hoy un vacío legal en lo que a la regulación de la publicidad estatal se refiere.
- Esta problemática no se agota en el presente caso, todo lo contrario, plantea el reto de cómo el Estado debe interactuar con los medios privados de comunicación en la difusión de la publicidad estatal.

- No debe confundirse la difusión de la información con la contratación para la difusión de la publicidad estatal. Si un medio privado quiere informar de determinadas actividades que hará el Estado, como una campaña vinculada a una política social, no hay nada que lo impida. El problema surge cuando la publicidad es promovida a consecuencia de la contratación que hace el Estado con los medios privados disponiendo los recursos del Estado. No se trata exclusivamente de un tema de gasto presupuestal, sino de advertir la vinculación de la inversión del gasto con la independencia que debe preservarse en la calidad de la información que se trasmite a través de los medios masivos.
- Los medios de comunicación contribuyen a crear la opinión pública en determinados aspectos vinculados a la vida social. Si esto es así, hay que crear mecanismos que permitan preservar la independencia de los medios de comunicación, del Gobierno de turno, de tal manera que estos puedan informar sin el menor resquemor o preocupaciones que puedan influir en su labor informativa, o limitar el periodismo de investigación o las denuncias que tengan que ver de manera directa con la actuación de la Administración estatal; por ello es necesaria la regulación en la publicidad estatal.
- Hay mecanismos que conducen al objetivo de trasmitir información, y ello se podría hacer propiciando que el Estado utilice su propia plataforma de comunicación radial y televisa para difundir sus actividades o campañas; sin embargo, la plataforma estatal no tiene la cobertura deseada y la audiencia masiva que se espera; por ello, frente a esta deficiencia, la opción que queda es la de recurrir a la contratación con los medios de comunicación privada y para ello es vital el desarrollo de una regulación para la contratación y distribución de la publicidad del Estado, a fin de reducir la discrecionalidad y la sospecha de favoritismos políticos en el reparto del gasto.
- Como refiere la CIDH[27], los recursos publicitarios deben asignarse según criterios preestablecidos, claros, transparentes y objetivos. La pauta estatal nunca debe ser asignada por los Estados para premiar o castigar los contenidos editoriales e informativos de los medios. La regulación debe incidir en el desarrollo de una planificación adecuada, pues, hay que justificar cómo los 280 millones de soles -en promedio- que gasta anualmente el Estado en publicidad contribuye positivamente con los fines que se ha querido alcanzar.
- En una democracia real necesitamos tener ciudadanos objetivamente informados, crear corriente de opinión para generar una participación cívica de ellos en la

27 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", párrafo 22.

vida social del país. La democracia se afirma con la acción, y no con la pasividad y tolerancia, ni con el silencio o la complacencia para acallar o minimizar situaciones nocivas para una sana vida social. Lamentablemente la historia política de nuestro país, en las últimas décadas, es un gran ejemplo de cómo los medios de comunicación terminaron siendo influenciados, por no decir otra cosa, por el poder político de turno.

- Si bien el gasto que invierte el Estado en publicidad en los medios privados representa en promedio el 0.24 % no deja de ser significativa esa cifra si tomamos en cuenta que el porcentaje que se presenta se asume sobre el valor del Presupuesto General de la República, lo que nos indica que la Administración estatal, en lo que va del período 2009 al 2018, ha desembolsado la suma de dos billones, 744 millones, 784 mil 185 soles.
- Es un volumen significativo de gasto en el que no hay mayor detalle ni justificación sobre si se ha logrado alcanzar el objetivo deseado. No se muestran indicadores empíricos para justificar el beneficio que los ciudadanos han obtenido para esa publicidad, pese a que se sigue destinando ingentes sumas del presupuesto del Estado. Con todo lo expuesto termino afirmando que no existe la obligación de la administración pública de contratar la publicidad en medios privados, pero, si se opta por ello, debería ser regulada legalmente dicha opción; como tampoco existe el derecho de los medios de comunicación privados a exigir del Estado se destine voluminosas sumas de dinero para la publicidad estatal; pero si se opta por tal publicidad ello también debe ser una opción regulada legalmente, por las consideraciones que ya he expuesto. Lamentablemente la posición en mayoría ha desaparecido la regulación con su decisión.

IV. Parte resolutiva

- Por tales fundamentos, voto a favor de que se declare INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 30793, que regula el gasto de publicidad del Estado peruano.
- En consecuencia, con relación a los artículos 1 y 3 de la Ley 30793, debe INTERPRETARSE que las expresiones "publicitar" y "publicidad" están vinculadas a la captación de usuarios y consumidores, pero no a la información relacionada con la promoción de conductas de relevancia social y tendientes al bien común.
- Con relación al artículo 3 de la Ley 30793, debe INTERPRETARSE, a través de la sustitución del texto correspondiente, que “la infracción a este precepto será considerado ilícito penal, cuya calificación es una atribución que le corresponde al Ministerio Público”.

- Con relación al artículo 4 de la Ley 30793, debe INTERPRETARSE, a través de las adiciones al texto correspondientes: que "se exceptúan de la prohibición, sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal, los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones, casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley y la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto".
- **INFUNDADA** en lo demás que contiene.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

Sentencia 00889-2017-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por María Antonia Días Cáceres de Tinoco. El Tribunal declaró fundada la demanda por vulnerarse los derechos fundamentales a la igualdad, al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, al uso oficial por parte del Estado de la lengua predominante, y a la libertad de trabajo, al vivir la demandante en una localidad en la que predomina un idioma distinto al castellano.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 24 de mayo del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por la recurrente contra Municipalidad Provincial de Carhuaz, por vulnerarse sus derechos a la igualdad, al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, al uso oficial por parte del Estado de la lengua predominante, y a la libertad de trabajo, al vivir la demandante en una localidad en la que predomina un idioma distinto al castellano.

El Tribunal precisó en cuanto a la protección constitucional de la diversidad lingüística que se desprende que el Estado tiene una obligación de especial protección de las lenguas originarias en una dimensión individual (de cada sujeto que emplea una lengua originaria) y colectiva (de cada pueblo o comunidad que usa una lengua originaria); por lo que los peruanos, al emplear una lengua distinta al castellano ante una autoridad, no pueden ser discriminados.

Asimismo, indicó que el derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, pero esta no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. De esta manera, a nivel jurisprudencial, se ha reconocido que "la igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es".

Por lo que el Tribunal explicó que la demandante tiene derecho a utilizar el quechua, su lengua originaria en su vida diaria, así como ante cualquier autoridad

o que supone que los procedimientos administrativos tomen en consideración tal situación, más aún si la persona es iletrada en el idioma castellano. No hacerlo es un acto discriminatorio por constituir un típico supuesto de discriminación por indiferenciación, debido a que, en ningún caso, el desconocimiento del castellano puede perjudicar a los quechua-hablante en sus relaciones con la Administración Pública, o ponerlos en una situación de desventaja frente a quienes son competentes en el castellano.

En ese sentido, todo acto u omisión que constituya una discriminación por el uso de un idioma propio distinto al castellano en el ámbito público, en las zonas donde aquel predomina, no resulta consistente con la Constitución, pues es un obstáculo para que todos los peruanos tengan acceso a los servicios del Estado.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró nula la carta de compromiso del 16 de abril de 2014, así como el horario de venta comunicado de forma oral a la actora. Asimismo, ordenó a la Municipalidad Provincial de Carhuaz la realización de las actuaciones necesarias para que doña María Antonia Díaz Cáceres conozca las actuaciones y/o decisiones municipales en idioma quechua.

A ello declaró un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde ellas son predominantes, tal como lo exige el artículo 48 de la Constitución, la ley de lenguas, su respectivo reglamento, y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad. Condenando a la demandada al pago de los costos del proceso.

Además, dispuso que el Ministerio de Educación, en un plazo no mayor a 6 meses contado a partir de la fecha de publicación de esta sentencia y en cumplimiento del mandato notoriamente vencido, contenido en el artículo 5.1 y la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 29735 (Ley de Lenguas, vigente desde el 6 de julio de 2011), en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo exige el artículo 5.1 de la ley de lenguas, a efectos de que se determine qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales.

En ese sentido se dispuso que todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos que circunscriben su ámbito funcional de acción a la provincia de Carhuaz, departamento de Ancash, oficialicen también el uso de la lengua quechua

–con todos los alcances que ello implica de acuerdo a la normativa vigente– a más tardar en un plazo de 2 años contados a partir de la publicación de esta sentencia. La Municipalidad Provincial de Carhuaz tiene el deber de informar cada cuatro meses a este Tribunal Constitucional hasta su pronta implementación acerca de los avances que en su jurisdicción se vienen dando en relación con esta orden.

A ello, exhortó a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos a que realicen sus máximos esfuerzos para que antes del Bicentenario de la Independencia, oficialicen el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo.

Por último, ordenó a la Municipalidad Provincial de Carhuaz la realización de las actuaciones necesarias para que doña María Antonia Díaz Cáceres conozca las actuaciones y/o decisiones municipales en idioma quechua.

Temas Claves: Derecho a la igualdad — derecho a la libertad de trabajo — derecho al uso propio del idioma.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de abril de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados, Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de Pleno del 31 de octubre de 2017, y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada que se agrega. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco contra la sentencia de fojas 120, de fecha 10 de noviembre de 2016, expedida por Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 24 de noviembre de 2014, la actora interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz. Solicita que se le permita continuar comercializando sus productos de manera ambulatoria en el mismo espacio y horario que, según alega, viene ocupando desde 1986. Por consiguiente, requiere que no se le exija lo "acordado" en la carta de compromiso del 16 de abril de 2014, cuyo contenido desconoce, puesto que es quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano.

Denuncia haber sido discriminada en lo concerniente a los turnos de venta, pues otra comerciante –de nombre Betty– sí puede comercializar sus productos en esa parte de la vía pública y sin restricción de horario. Sin embargo, la demandante solo puede hacerlo desde las 13 hasta las 16 horas; es decir, luego de que dicha persona deje ese lugar. Asimismo, cuestiona la asignación del referido horario por resultar inconveniente para la comercialización de sus productos (frutas y helados).

Auto de primera instancia o grado

El Juzgado Mixto de Carhuaz declaró la improcedencia liminar de la demanda por haber sido planteada de manera extemporánea. El cómputo del plazo para su inter-

posición, según dicho juzgado, se contabiliza desde el día siguiente de la celebración del citado acuerdo.

Auto de segunda instancia o grado

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash dejó sin efecto la recurrida al estimar que la denuncia planteada tiene la característica de constituir un agravio de tracto sucesivo y ordenó la admisión a trámite de la demanda.

Contestaciones de la demanda

El procurador público de la municipalidad emplazada se apersonó al proceso, pero no contestó la demanda.

Doña Beatriz Nancy Atusparia Pajuelo se apersonó al proceso como litisconsorte pasiva —dado que aduce estar autorizada para expender comida en el puesto que la demandante reclama—, y niega la discriminación invocada por la peticionante, quien, a su entender, solamente tiene permiso para, en un determinado horario, vender helados, no frutas.

Auto de primera instancia o grado

El Juzgado Mixto de Carhuaz declaró la improcedencia de la demanda, debido a que la actora no agotó la vía previa porque "no obra en autos resolución ni acto posterior que acredite tal situación" (cfr. sexto fundamento).

Auto de segunda instancia o grado

La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Áncash confirmó la apelada por considerar que lo reclamado no incide en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme se aprecia de autos, la peticionante solicita que se repongan las cosas al estado anterior a su supuesta adhesión a la carta de compromiso de fecha 16 de abril de 2014 redactada en castellano por personal de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, mediante la cual se variaron los lineamientos para el ejercicio del comercio ambulatorio, cambios que a su entender lesionan sus derechos al trabajo y a la igualdad.
2. Si bien la demandante considera que su supuesta adhesión a la mencionada carta de compromiso vulnera sus derechos al trabajo y a la igualdad, este Tribunal estima, en aplicación del principio iura novit curia (artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que los derechos que en realidad

sustentan su pretensión no solo son el derecho a la igualdad previsto en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, y el derecho a la libertad de trabajo, consagrado en el artículo 2, inciso 15, de la Norma Fundamental, sino también el derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad reconocido en el artículo 2, inciso 19, y el derecho a que en las zonas donde predominen las lenguas originarias, éstas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano, reconocido en el artículo 48 de la Constitución.

3. En tal sentido, este Tribunal Constitucional considera que el asunto litigioso radica en determinar si, desde una perspectiva constitucional, la precitada carta de compromiso, sin traducción alguna al quechua, puede resultar vinculante o no a la demandante en su condición alegada de quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano, y si la restricción de horas para expender productos en un área pública lesiona su derecho a la libertad de trabajo.

Materias constitucionales relevantes

4. En el presente caso, debe determinarse: i) si la supuesta adhesión a la carta de compromiso del 16 de abril del 2014, redactada en el idioma castellano, resulta vulneratoria de los derechos al uso del propio idioma ante cualquier autoridad y a la igualdad, y ii) si la restricción horaria para expender productos en la vía pública impuesta por la emplazada a la demandante vulnera su derecho a la libertad de trabajo. A tal fin, este Colegiado advierte la necesidad de previamente pronunciarse sobre determinadas cuestiones imprescindibles, a saber:

- La protección constitucional de la diversidad lingüística.
- El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas que usen un idioma propio distinto al castellano ante cualquier autoridad.
- La potestad edil de regular el comercio ambulatorio y el derecho a la libertad de trabajo.

La protección constitucional de la diversidad lingüística

5. La protección de nuestra diversidad cultural, étnica y lingüística se encuentra consagrada en la actual Constitución en sus artículo 2, inciso 19, artículos 17, 48, 88, 89, 149 y 191, entre otros; lo que nos compele a respetarla y promoverla, toda vez que somos un país multilingüe, en el cual, según cifras dadas por el Ministerio de Cultura, se hablan 47 lenguas (www.cultura.gob.pe, página institucional consultada el 17 de octubre de 2017).

6. Un aspecto importante de la diversidad lingüística es que en el caso peruano existen diversas denominaciones en torno a ella. Así la Constitución hace referencia

al idioma (artículo 2, inciso 19) y a la lengua aborigen (artículo 48); y, por otro lado, la Ley 29735 que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú (en adelante, ley de lenguas), se refiere a lenguas originarias. Por ello, a efectos de la tutela constitucional, este Colegiado precisa que tales términos resultan equivalentes.

7. En esa perspectiva, a juicio de este Tribunal, las denominaciones de "propio idioma" y "lenguas aborígenes" mencionadas en la Constitución vigente hacen referencia a una lengua anterior a la difusión del idioma castellano, que se preserva y emplea en el territorio nacional, concepto que también alcanza a lo que el legislador ha denominado "lengua originaria", tal como se lee en el artículo 3 de la ley de lenguas.

8. Los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, cuando menos, desde una doble perspectiva. De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente, sea a través de un intérprete proporcionado por el propio Estado. Este derecho deriva del artículo 2, inciso 19, de la Constitución, en cuanto dispone que toda persona de nacionalidad peruana "tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete".

9. De otro lado, la virtualidad máxima de la dimensión colectiva del derecho al uso de la propia lengua originaria, se alcanza cuando ella es predominante en una determinada zona geográfica del país (entendiéndose como zona de predomino el distrito, como unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la ley de lenguas), pues en ese caso, dicha lengua, además del castellano, debe ser oficial en la referida zona. Ello se encuentra reconocido en el artículo 48 de la Constitución.

10. En consecuencia, no solo resulta que cada persona tiene derecho a comunicarse en su propia lengua ante la autoridad, sino que si dicha lengua es predominante en una zona (una jurisdicción municipal provincial, por ejemplo), el Estado tiene la obligación de institucionalizar el uso de ese idioma en dicha zona, con los mismos alcances con los que ha institucionalizado el uso del idioma castellano.

11. A pesar de que el mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución de 1993 es bastante específico y determinado, también es preciso señalar que la delimitación del derecho en él contenido debe concretarse "según la ley". Hubo que esperar hasta el año 2011 para que se expida la Ley de Lenguas cuyo objeto es, justamente, "precisar el alcance de los derechos y garantías individuales y colectivas que, en materia lingüística, se establecen en el artículo 48 de la Constitución"

(artículo 1). Su Disposición Final Única estableció que el reglamento de la ley debía expedirse en un plazo no mayor de 60 días calendario contados desde la entrada en vigencia de la ley. Empero, el reglamento fue finalmente aprobado a través del Decreto Supremo 004-2016-MC, publicado el 22 de julio de 2016 (en adelante, el reglamento).

12. De acuerdo al artículo 12 del reglamento, la oficialidad de una lengua originaria implica que las entidades públicas o privadas que brindan servicios públicos, desarrollen las siguientes acciones:

1. Disponer de personal que pueda comunicarse de manera oral y escrita con suficiencia en la lengua indígena u originaria para la prestación de servicios públicos.

2. Brindar servicios de atención al público en las lenguas indígenas u originarias, además del castellano.

3. Contar con los servicios de intérpretes y/o traductores/as de lenguas indígenas u originarias predominantes cuando sean requeridos.

4. Implementar políticas lingüísticas para el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de lenguas indígenas u originarias, de acuerdo a la Política Nacional, planes y programas aprobados, en coordinación con los pueblos indígenas u originarios.

5. Transmitir en la lengua o lenguas indígenas u originarias de predominio de su ámbito, las ceremonias oficiales y otros actos públicos de las autoridades, los funcionarios y servidores públicos en los distritos, provincias y regiones que integran este ámbito, tales como rendición de cuentas, presupuesto participativo, presentación de proyectos o iniciativas de desarrollo local y regional, difusión de las entrevistas a las autoridades y aquellas actuaciones que por ser acto público involucren la participación de la población hablante de la lengua indígena u originaria.

6. Emitir ordenanzas regionales y municipales para el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias en el ámbito de su competencia, de acuerdo con la Ley y el Reglamento.

7. Publicar las normas, documentos y comunicados oficiales, así como toda información vinculada con la población indígena u originaria, en la lengua indígena u originaria predominante del distrito, provincia, departamento o región utilizando los alfabetos oficializados por el Ministerio de Educación, además de asegurar su difusión por medios escritos y orales.

8. Promover el uso oficial de las lenguas indígenas u originarias a través de medios audiovisuales, digitales, radiales, spots publicitarios, entre otros.

9. Realizar otras acciones relacionadas con los derechos previstos en el artículo 4 de la Ley, así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Constitución Política del Perú, en lo que corresponda, y aquellas que se fundamenten en la igualdad y dignidad de la persona humana.

13. Es cierto que el mismo artículo 12 del reglamento dispone que dichas acciones deben implementarse de manera progresiva. Sin embargo, también lo es que a pesar de que la Constitución entró en vigencia hace 25 años, y que más recientemente se ha expedido normativa sobre la materia, no existen aún progresos significativos para dotar de efectiva vigencia al derecho a que el Estado haga oficiales las lenguas originarias allí donde resultan predominantes, y este caso es muestra de ello.

14. Los criterios cualitativos y cuantitativos para determinar el carácter predominante de una lengua originaria se encuentran regulados en el artículo 6 de la Ley de Lenguas. Sobre la base de ello, desde hace 7 años el Ministerio de Educación –en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios– tiene el mandato de elaborar y publicar el Mapa Etnolingüístico del Perú (artículo 5.1 de la ley de lenguas), pero aún no lo ha hecho.

Este instrumento resulta de extraordinaria importancia para garantizar los derechos lingüísticos de cada peruano, pues constituye la "herramienta de planificación que permite identificar y determinar la predominancia de una lengua indígena u originaria conforme a los criterios establecidos en el artículo 6 de la Ley, así como la adecuada toma de decisiones en materia de uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias" (artículo 8.2 del reglamento).

Es con base en dicho Mapa que debe elaborarse el Registro Nacional de Lenguas Originarias, en el que se registran las lenguas originarias oficiales, especificando en qué ámbitos –distrital, provincial o regional– son predominantes (artículo 8 de la ley de lenguas).

15. Así, el reconocimiento de la oficialidad de esas lenguas distintas al castellano conlleva adoptarlas, en los lugares donde predominen, como instrumentos de comunicación de los poderes del Estado y reconocerlas, además, como las herramientas de relación de la ciudadanía con dichos poderes, lo que incluye de contar con reglas de escritura, utilizarlas en la redacción de documentos oficiales.

16. A tenor de lo expuesto, de una lectura armónica de las disposiciones constitucionales se desprende que el Estado tiene una obligación de especial protección de las lenguas originarias en una dimensión individual (de cada sujeto que emplea una lengua originaria) y colectiva (de cada pueblo o comunidad que usa una lengua originaria); por lo que los peruanos, al emplear una lengua distinta al castellano ante una autoridad, no pueden ser discriminados, como a continuación explicaremos.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas que usen idioma distinto al castellano ante cualquier autoridad en las zonas donde no predomine este último

17. Este Tribunal recuerda que la igualdad, consagrada en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional:

> En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes. En consecuencia, está proscrita la discriminación por razón de tener un idioma originario distinto al castellano [cfr. STC 0045-2004-AI/TC, FJ. 20, resaltado nuestro].

18. Igualmente, se ha precisado que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. De esta manera, a nivel jurisprudencial se ha reconocido que “la igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es”. (STC 2437-2013-PA/TC FJ. 6).

19. Así pues este Tribunal considera que se afecta a la igualdad no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).

20. En ese marco, este Tribunal comprende que el artículo 2, inciso 19, de la Constitución tutela dos situaciones distintas. Por un lado, reconoce a los peruanos la po-

testad de usar su propio idioma (distinto al castellano) ante cualquier autoridad mediante un intérprete; por otro, reconoce a los extranjeros citados por una autoridad la prerrogativa de usar su propio idioma, como lo ha establecido este Tribunal en la STC 04719-2007-HC/TC, FJ. 17. Ambas situaciones tienen como objetivo preservar la identidad cultural de las personas. Una tercera situación está regulada en el artículo 48 de la Constitución por el cual todos los peruanos que hablen una lengua distinta al castellano (quechua, aimara u otra lengua aborigen) y que vivan en un lugar donde ésta predomina, tienen la potestad de utilizarla y los órganos estatales respectivos el deber de institucionalizarla en atención a que resulta oficial en dicha zona.

21. Hablar una lengua indígena u originaria es motivo de discriminación en el Perú (cfr. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, Mapa de la Población en Proceso de Desarrollo e Inclusión Social, Lima, 2013, p. 14). Con base en prejuicios y estereotipos, existe una asociación entre su uso y una minusvaloración de la persona que busca comunicarse a través de ella.

22. Cuando el uso de la propia lengua es un medio indispensable para el ejercicio de otros muchos derechos fundamentales, esta discriminación estructural impide superar una serie de brechas sociales relacionadas con el acceso a salud, educación, trabajo, etc.

23. Así las cosas, se está produciendo una violación del derecho a la igualdad en su dimensión sustancial. Se está produciendo una discriminación por indiferenciación, puesto que el Estado viene tratando de la misma forma a quien tiene como lengua materna el castellano y quien no, cuando tiene el deber de adoptar medidas afirmativas o positivas para que este último no solo no se vea afectado en su derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad a nivel nacional, sino también en su derecho a que la lengua predominante en una zona sea, junto al castellano, el idioma oficial de comunicación por parte del Estado. Tales medidas son las especificadas en la ley de lenguas y su reglamento, las cuales hasta la fecha no han sido suficientemente implementadas.

24. En ese sentido, todo acto u omisión que constituya una discriminación por el uso de un idioma propio distinto al castellano en el ámbito público, en las zonas donde aquel predomina, no resulta consistente con la Constitución, pues es un obstáculo para que todos los peruanos tengan acceso a los servicios del Estado.

La potestad edil de regular el comercio ambulatorio y el derecho a la libertad de trabajo

25. En sus artículos 194 y 195, la Constitución reconoce a los gobiernos locales autonomía política, económica y administrativa. La Ley Orgánica de Munici-

palidades (Ley 27972), en su artículo 83, prescribe como una de las funciones específicas de las Municipalidades provinciales establecer las normas respecto del comercio ambulatorio.

26. En ese sentido, resulta pertinente recordar que la potestad edil de regular el comercio ambulatorio en las vías públicas no puede ser ejercida lesionando derechos fundamentales como el de libertad de trabajo reconocido en el artículo 2, inciso 15, de la Constitución, prerrogativa por la cual una persona tiene la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad su sustento vital.

27. Este Tribunal ha referido en relación al derecho a la libertad de trabajo que:

"(...) en cuanto derecho fundamental, detenta una doble faz. Por un lado, constituye derecho de defensa y, por otro, derecho de protección. En cuanto derecho de defensa, proyecta su vinculatoriedad típica, clásica, oponible al Estado y particulares, como esfera de actuación libre. En cuanto derecho de protección, la libertad de trabajo reconoce a la persona el derecho a una acción positiva, que vincula al Estado a la protección activa del bien jusfundamental protegido - libre trabajo- a través del establecimiento de normas, procedimientos e instituciones orientadas a hacer posible el ejercicio de tal derecho fundamental. En virtud de ello se constituye para el Estado y el poder público en general lo que el Tribunal Constitucional alemán ha denominado en su jurisprudencia como deber de protección. Tal deber de protección ha sido acogido por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal. Ahora bien, dado que la libertad de trabajo constituye también un derecho de protección, se configura un deber de protección de tal derecho, conforme al cual, el Estado y las municipalidades deben desarrollar o adoptar normas, procedimientos e instituciones, orientadas a la posibilidad de su real, efectivo y pleno ejercicio. Esta faz de la libertad de trabajo es de suma relevancia para el comercio ambulatorio. En efecto, por imperativo de este deber de protección, las Municipalidades, en cuanto entes titulares de competencias normativas en materia de comercio ambulatorio, deben adoptar normas que lo regulen de manera completa y exhaustiva y, en especial, que garanticen a las personas la facultad de ejercer dicha actividad en condiciones dignas, por imperativo del principio de dignidad (artículos 10 y 30 de la Constitución)".

28. En ese marco, el ejercicio de la libertad de trabajo queda sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos por la entidad edil correspondiente.

Análisis del caso en concreto

29. Aunque la demandante no ha acreditado ser quechuahablante, debe tenerse presente que conforme se indica en el Plan de Desarrollo Concertado 2011-2021

del gobierno local, provincial de Carhuaz (Cfr. municarhuaz.gob.pe/PDC%20CARHUAZ.pdf) el 73.27% de su población aprendió a hablar en quechua, lo cual hace que, conforme al artículo 48 de la Constitución, dicho idioma sea oficial en tal provincia.

30. Empero, de autos se constata que la actora sí es analfabeta en el idioma castellano porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, su documento nacional de identidad (DNI) no incluye firma.

31. Se aprecia también que la demandada, en el Informe 270-2014-MPC/GSP/EEFC, del 9 de julio de 2014 (cfr. fojas 7), alega que la recurrente suscribió, aunque más concretamente podría concluirse que se adhirió, la carta de compromiso del 16 de abril del 2014 redactada en castellano por su personal. Esto no es exacto, pues en dicho documento no se consigna la firma de la actora, sino su huella dactilar, ya que es analfabeta (cfr. fojas 5).

32. Este Tribunal aprecia que luego de la adhesión a la carta del 16 de abril de 2014, la demandante no ha podido expender sus productos en su puesto en el horario habitual, sino que solo se le permite ejercer el comercio ambulatorio por un lapso de tres horas; decisión que cuestionó ante la emplazada mediante documentos de fechas 22 de abril de 2014 (cfr. fojas 6), reiterados el 19 de junio de 2014 y el 3 de octubre de 2014. Sin embargo, su reclamo fue desestimado mediante la carta 025-2014-MPC/SG, del 31 de octubre de 2014 (cfr. fojas 13), a través de la cual se le notificó el Informe 377-2014-MPC/GSP/EEFC, de fecha 8 de octubre de 2014 (cfr. fojas 14), cuyo contenido repite textualmente el Informe 270-2014-MPC/GSP/EEFC, con lo cual agotó la vía administrativa.

33. Este Colegiado estima que las disposiciones para el comercio ambulatorio establecidas en la carta de compromiso cuestionada pudieron haber sido fijadas unilateralmente a través de un acto normativo, en cuyo caso no era necesario el consentimiento de la administrada. Además recuerda que no puede alegarse derechos posesorios sobre un bien de dominio público como las vías peatonales (Cfr. STC 04870-2007-PA/TC).

34. En ese sentido, la demandante alega que la emplazada lesiona su derecho a la libertad de trabajo por no permitirle acceder en igualdad de condiciones a comercializar sus productos en la vía pública en comparación con doña Beatriz Nancy Atusparia Pajuelo, quien según refiere, expende productos en el puesto que venía ocupando desde hace décadas.

35. A criterio de este Tribunal, en autos se encuentra acreditado que la peticionante y doña Nancy Atusparia Pajuelo están autorizadas a utilizar el mismo espa-

cio público en horarios distintos para expender sus productos (Cfr. Informe 121-2015-MPC-GSP que corre a fojas 51).

36. Por cierto, el horario asignado a la demandante, luego del 16 de abril de 2014, como se lee de los Informes 121-2015-MPC-GSP y 377-2014-MPC/GSP/EEFC, no resulta claro, lo que a juicio de este Tribunal evidencia que si bien en teoría se le permite ejercer el comercio ambulatorio en la práctica no, lo que lesiona su derecho a la libertad de trabajo.

37. Cabe añadir a lo expresado, que la comuna emplazada, al ejercer su potestad de fijar pautas para el desarrollo del comercio ambulatorio, no ha considerado que la peticionante vive en una zona en la cual el quechua es idioma oficial y que no estaba en condiciones de comprender sus lineamientos, toda vez que estos fueron redactados en castellano.

38. A juicio de este Tribunal, la demandante tiene derecho a utilizar el quechua –su lengua originaria– en su vida diaria, así como ante cualquier autoridad (cfr. artículo 2, inciso 19, de la Constitución), lo que supone que los procedimientos administrativos tomen en consideración tal situación, más aún si la persona es iletrada en el idioma castellano. No hacerlo es un acto discriminatorio por constituir un típico supuesto de discriminación por indiferenciación, pues, en ningún caso, el desconocimiento del castellano puede perjudicar a los quechuahablantes en sus relaciones con la Administración Pública, o ponerlos en una situación de desventaja frente a quienes, por el contrario, son competentes en el castellano.

39. Adicionalmente, habiendo quedado acreditado que el quechua es una lengua originaria predominante en la provincia de Carhuaz, en este caso también ha resultado violado lo establecido en el artículo 48 de la Constitución, pues ha quedado acreditado que la municipalidad provincial de esta zona no se comunica oficialmente en esa lengua.

40. Este Tribunal considera que la discriminación, en este caso, no estriba en que se haya dado un trato desigual a quien es igual, sino a que se haya brindado un trato igual a quien es desigual (cfr. STC 02437-2013-PA/TC).

41. En ese orden de ideas, no dispensar un tratamiento diferenciado en aquellos supuestos en los que corresponda hacerlo, como ocurre en el caso de autos, al "compeler" a una ciudadana que alega hablar quechua y que vive en una zona en la que dicho idioma tiene la calidad de oficial a cumplir una carta de compromiso –redactada en castellano por personal de la municipalidad emplazada– que no está en aptitud de entender, es un acto discriminatorio.

42. En ese marco, resulta claro, entonces, que la Municipalidad Provincial de Carhuaz no hizo lo que estaba a su alcance para evitar que el desconocimiento del

idioma castellano por parte de la demandante repercutiera negativamente en ella. El quechua es predominante en la provincia de Carhuaz y. por tanto un idioma oficial allí, por lo que debe ser objeto de protección constitucional.

43. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda, a fin de que la Municipalidad Provincial de Carhuaz comunique adecuadamente los lineamientos que exige a la demandante, teniendo en consideración las particularidades de la receptora –quien es quechuahablante e iletrada en castellano–, lo que supone la realización de acciones que resulten necesarias para que comprenda el contenido de aquello que se pretende comunicarle –esto es, un tratamiento diferenciado– y conozca las consecuencias de aquello a lo que se obliga.

44. Adicionalmente a ello, corresponde condenar a la demandada, al pago de costos procesales, conforme a lo previsto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, dado que la demanda ha sido estimada.

45. Dada la relevancia así como la condición de quechuahablante y analfabeta de la demandante, el Pleno Jurisdiccional de este Tribunal acordó traducir al quechua un extracto de la presente sentencia, darle lectura mediante intérprete en acto público y su respectiva publicación en el diario oficial El Peruano.

Declaración de estado de cosas inconstitucional

46. Este Tribunal en el Caso Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura (STC 02579-2003-HD/TC), utilizó por primera vez la técnica del "estado de cosas inconstitucional", a fin de otorgar tutela masiva a todos los jueces que venían siendo lesionados en su derecho de acceso a su información personal por parte del CNM. En dicha oportunidad, se estableció lo siguiente:

> "Ésta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el 'estado de cosas inconstitucionales', se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.
>
> Se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.
>
> Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, inte-

> rrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisible de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público" (STC 02579-2003-HD/TC, FJ. 19).

47. El citado caso, no ha sido el único en el que el Tribunal Constitucional ha utilizado este técnica para dar solución a la afectación de derechos de carácter masivo. Así, ha tenido oportunidad de emitir pronunciamientos en los siguientes casos:

a) Sentencia 02445-2003-AA/TC (Caso Azanca Alhelí Meza García contra el Estado-Ministerio de Salud), sobre la cobertura del tratamiento integral para pacientes con VIH/SIDA.

b) Sentencia 03426-2008-PHC/TC (Caso Pedro Gonzalo Marroquin Soto contra el Director del Instituto Nacional Penitenciario), sobre el derecho a la salud mental y la integridad personal de las personas sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental.

c) Sentencia 05561-2007-PA/TC (Caso ONP contra la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima), sobre la presentación temeraria de amparos contra resoluciones judiciales que en su oportunidad otorgaron tutela para el derecho a la pensión.

d) Sentencia 00017-2008-PI/TC, sobre el estado de cosas inconstitucional en el sistema educativo universitario.

e) Auto 01722-2011-AA/TC (Caso Sindicato de obreros municipales de la Municipalidad de Lima contra la Municipalidad Metropolitana de Lima), sobre el incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Acevedo Jaramillo.

f) Sentencia 04539-2012-PA/TC (Caso Sindicato de Trabajadores Tributarios y aduaneros contra la SUNAT), sobre la interpretación inconstitucional y omisión de pago de la sobretasa en días feriados nacionales.

g) Sentencia 02744-2015-PA/TC (Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros contra la Superintendencia Nacional de Migraciones), sobre la omisión reglamentaria sobre las garantías formales y materiales a favor de migrantes.

h) Sentencia 00853-2015-PA/TC (Caso Marleni Cieza Fernández y otra contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Uctubamba), sobre el derecho a la educación secundaria gratuita.

48. Como es de verse, el Tribunal Constitucional ha venido utilizando la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela a los derechos fundamentales cuando el caso evidencie efectos lesivos respecto de un grupo importante de personas o sector poblacional, esto con la finalidad de fijar una respuesta inmediata a dicha problemática a fin de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas con dicha situación, se involucren de manera efectiva con su solución.

49. En tal sentido, a la luz de lo desarrollado en esta sentencia, corresponde la declaración de un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde ellas son predominantes, tal como exige el artículo 48 de la Constitución, la ley de lenguas, su respectivo reglamento, y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad.

50. En virtud de dicha declaración, corresponde disponer al Ministerio de Educación para que en un plazo no mayor a seis meses contados a partir de la fecha de publicación de esta sentencia –en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios– elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo exige el artículo 5.1 de la ley de lenguas, a efectos de que se precise qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, oficiales.

51. Dado que en este proceso ha resultado acreditado que el quechua es idioma predominante y, por lo tanto, oficial en la provincia de Carhuaz, departamento de Ancash, todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios al público que circunscriben su ámbito funcional de acción a dicha jurisdicción provincial, tienen la obligación de oficializar el uso de la lengua quechua –con todos los alcances que ello implica de acuerdo a la normativa vigente– a más tardar en un plazo de 2 años contados a partir de la publicación de esta sentencia. La Municipalidad Provincial de Carhuaz tiene el deber de informar cada cuatro meses a este Tribunal Constitucional acerca de los avances que en su jurisdicción se vienen dando en relación con esta orden.

52. En un plazo no mayor a cinco años contados a partir de la publicación del Mapa Etnolingüístico del Perú por parte del Ministerio de Educación, en cada distrito, provincia o región del Perú, según sea el caso, las entidades públicas o privadas que presten servicio al público y que circunscriben su ámbito funcional de acción a la respectiva jurisdicción territorial, tienen la obligación de oficializar el uso de la lengua originaria predominante, con todos los alcances que ello implica de acuerdo a la normativa vigente.

53. Finalmente, el Tribunal Constitucional a partir de este pronunciamiento considera de vital trascendencia revalorar nuestras lenguas originarias (quechua, aymara, ashaninka, etc), pues son parte fundamental de nuestra historia y cultura ancestral que hasta la fecha coexisten a través de numerosos grupos de ciudadanos en toda la República. En tal sentido, teniendo presente que nos encontramos próximos a la celebración del Bicentenario de la independencia del Perú, es imprescindible que todas las instituciones públicas, en particular, y que la ciudadanía, en general, busquemos consolidarnos como un país unido de cara a los desafíos que presenta el siglo XXI. Por ello, es necesario superar las barreras del lenguaje haciendo efectivo el mandato del artículo 48 de nuestra Norma Fundamental a través de todas y cada una de las instituciones públicas permitiendo de esta manera el acercamiento de la ciudadanía con el Estado. Como país, no podemos continuar con esta deuda pendiente con nuestra identidad, pues es momento que como sociedad caminemos hacia un mismo norte, por el bienestar general de todos y cada uno de los peruanos.

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 autos, ya que se ha vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, al uso oficial por parte del Estado de la lengua predominante, y a la libertad de trabajo, al vivir la demandante en una localidad en la que predomina un idioma distinto al castellano.

2. Declarar la **NULIDAD** de la carta de compromiso del 16 de abril de 2014, así como el horario de venta comunicado de forma oral a la actora.

3. ORDENAR a la Municipalidad Provincial de Carhuaz la realización de las actuaciones necesarias para que doña María Antonia Díaz Cáceres conozca las actuaciones y/o decisiones municipales en idioma quechua.

4. CONDENAR a la demandada al pago de los costos del proceso.

5. DECLARAR un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde ellas son predominantes, tal como lo exige el artículo 48 de la Constitución, la ley de lenguas, su respectivo reglamento, y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad.

6. **DISPONER** que el Ministerio de Educación que en un plazo no mayor a 6 meses contado a partir de la fecha de publicación de esta sentencia y en cumplimiento del mandato notoriamente vencido, contenido en el artículo 5.1 y la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 29735 (Ley de Lenguas, vigente desde el 6 de julio de 2011) –en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios– elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo exige el artículo 5.1 de la ley de lenguas, a efectos de que se determine qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales.
7. **DISPONER** que todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos que circunscriben su ámbito funcional de acción a la provincia de Carhuaz, departamento de Ancash, oficialicen también el uso de la lengua quechua –con todos los alcances que ello implica de acuerdo a la normativa vigente– a más tardar en un plazo de 2 años contados a partir de la publicación de esta sentencia. La Municipalidad Provincial de Carhuaz tiene el deber de informar cada cuatro meses a este Tribunal Constitucional hasta su pronta implementación acerca de los avances que en su jurisdicción se vienen dando en relación con esta orden.
8. **EXHORTAR**

Publíquese y notifíquese

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No estoy de acuerdo con los puntos resolutivos 5, 6, 7 y 8 de la sentencia en mayoría.

Límites al poder del Tribunal Constitucional

De conformidad con el artículo 201 de la Constitución, este Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. A su vez, de acuerdo al artículo 202 de dicho texto normativo, éste ejerce las siguientes competencias:

> 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
>
> 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.
>
> 3. Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución, conforme a ley.

Estas normas asignan al Tribunal Constitucional altas responsabilidades dirigidas a defender la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales.

Sin embargo, dichas responsabilidades deben ejercerse conforme a la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional no está exonerado de cumplir con el Derecho, especialmente cuando se trata de normas jurídicas referidas a sus propios poderes y facultades.

El sétimo párrafo del artículo 200 de la Constitución señala lo siguiente con relación a los procesos constitucionales:

> Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas

De esa forma, por delegación constitucional expresa, es el legislador, a través de ley orgánica —no el propio Tribunal Constitucional— el llamado a regular el desarrollo de los procesos constitucionales.

En la actualidad, dicho mandato constitucional es cumplido por el Código Procesal Constitucional, aprobado con carácter de ley orgánica, y publicado en el diario oficial el Peruano el 31 de mayo de 2004.

Las disposiciones contenidas en este Código no pueden ser soslayadas o desnaturalizadas por este Tribunal Constitucional. Éstas no sólo constituyen la voluntad del legislador sino que responden a un mandato expreso de la Constitución.

Por tanto, sin perjuicio de sus facultades para ejercer control difuso o establecer precedentes vinculantes, este Tribunal Constitucional está obligado a respetar las reglas, parámetros y límites establecidos en el Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en esencia, es un órgano de control del poder, y el primer poder que debe limitar es el suyo propio, ateniéndose a realizar solo aquello que la Constitución le autoriza. El Tribunal Constitucional debe predicar con el ejemplo.

Excesos de la sentencia en mayoría

A mi criterio, la sentencia en mayoría desnaturaliza el proceso de amparo. El artículo 1 de dicho Código Procesal Constitucional señala lo siguiente respecto a los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento:

> Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. (…)

A su vez, su artículo 55 señala lo siguiente con relación al proceso de amparo:

> La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:
>
> 1. Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado:
>
> 2. Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos:
>
> 3. Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación:
>
> 4. Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.
>
> En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto [énfasis agregado].

Así, se advierte que este proceso tiene por finalidad restablecer el ejercicio de derechos fundamentales, dejando sin efecto los actos— u ordenando que se eliminen las omisiones— que los vulneran o amenazan en un caso concreto.

Sin embargo, la sentencia en mayoría desnaturaliza dicha finalidad como evidencian sus puntos resolutivos 5, 6, 7 y 8:

5. DECLARAR un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde ellas son predominantes tal como lo exige el artículo 48 de la Constitución, la ley de lenguas, su respectivo reglamento, y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad.

6. DISPONER que el Ministerio de Educación que (sic) en un plazo no mayor a 6 meses contado a partir de la fecha de publicación de esta sentencia y en cumplimiento del mandato notoriamente vencido, contenido en el artículo 5.1 y la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 29735 (Ley de Lenguas, vigente desde el 6 de julio de 2011) –en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios– elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo exige el artículo 5.1 de la ley de lenguas, a efectos de que se determine qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales.

7. DISPONER que todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos que circunscriben su ámbito funcional de acción a la provincia de Carhuaz, departamento de Ancash, oficialicen también el uso de la lengua quechua –con todos los alcances que ello implica de acuerdo a la normativa vigente– a más tardar en un plazo de 2 años contados a partir de la publicación de esta sentencia. La Municipalidad Provincial de Carhuaz tiene el deber de informar cada cuatro meses a este Tribunal Constitucional hasta su pronta implementación acerca de los avances que en su jurisdicción se vienen dando en relación con esta orden.

8. EXHORTAR a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos a que realicen sus máximos esfuerzos para que antes del Bicentenario de la independencia, oficialicen el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo.

Aparentemente, la sentencia pretende convertir el proceso de amparo en un mecanismo para promover la integración social o resolver problemas estructurales.

Sea lo que fuere que ello signifique, no corresponde a la naturaleza eminentemente restitutoria del proceso de amparo establecida por los artículos 1 y 55 del Código Procesal Constitucional.

En su punto resolutivo 6, la sentencia establece un mandato dirigido al Ministerio de Educación, que no ha participado en el proceso de amparo ni ha tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

A su vez, en su punto resolutivo 7, establece un mandato dirigido a "todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos que circunscriben su ámbito funcional de acción a la provincia de Carhuaz, (…)".

El proceso de amparo, sin embargo, no es un mecanismo para dar órdenes dirigidas a un conjunto indeterminado de personas, máxime cuando éstas tampoco han participado en el mismo ni han tenido oportunidad de defenderse.

Por demás, estas órdenes no tienen por objeto retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente. Más bien, innovan el ordenamiento jurídico creando, ex nihilo, plazos para ejecutar ciertas actuaciones administrativas y rendirle cuenta de ello a este Tribunal Constitucional.

No existe base legal o constitucional para hacer esto. Por el contrario, dichos extremos de la sentencia vulneran el principio de corrección funcional en virtud del cual este Tribunal Constitucional no debe desvirtuar:

> (…) 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 (fundamento 12 de la sentencia emitida en el Expediente 05854-2005-PA/TC).

Posibles consecuencias de la sentencia en mayoría

Para poder ejecutarse, los mandatos contenidos en los puntos resolutivos 5, 6, 7 y 8 de la sentencia en mayoría requieren un seguimiento constante por parte de este Tribunal Constitucional a lo largo de varios años.

El año pasado, el Pleno de este Tribunal Constitucional aprobó — con mi voto en contra — la creación de una Comisión de seguimiento y supervisión de sentencias para realizar ese tipo de labores.

Independientemente de mis objeciones respecto a la falta de fundamento constitucional y legal para emitir sentencias estructurales, considero que éstas contribuirán a distraer al Tribunal Constitucional de las funciones que realmente le corresponden.

Al 15 de mayo de 2018, las causas pendientes de ser resueltas por este Tribunal Constitucional son 10352. Estas incluyen seis ingresadas el año 2012 y 187 ingresadas el año 2013.

Esta situación dramática requiere realizar redoblados esfuerzos a fin de reducir el tiempo que tarda este Tribunal Constitucional en resolver los expedientes sujetos a su consideración. La emisión de sentencias estructurales, evidentemente, no contribuirá a ello.

En lugar de arrogarse competencias, este Tribunal Constitucional debiera encontrar la manera de ejercer con eficiencia las funciones que sí le corresponden, recordando que nada dificulta más la integración social que los excesos en el ejercicio del poder.

Por tanto, mi voto es por declarar FUNDADA la demanda de autos. En consecuencia, declarar la NULIDAD de la carta de compromiso de 16 de abril de 2014, así como el horario de venta comunicado en forma oral a la actora, y ORDENAR a la Municipalidad Provincial de Carhuaz la realización de las actuaciones necesarias para que doña María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco conozca las actuaciones y/o decisiones municipales en idioma quechua. Además, CONDENAR a la emplazada al pago de los costos del proceso.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lima, catorce de mayo de 2018.

VOTO DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Si bien en términos generales estoy de acuerdo con esta sentencia y con las importantes implicancias de lo allí dispuesto, deseo hacer algunas precisiones dirigidas a complementar esta decisión:

Sobre el derecho a usar el propio idioma ante las autoridades

1. El derecho al propio idioma tiene una evidente relación con los derechos a la identidad personal y colectiva, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Entre estos derechos, y tal como se indica adecuadamente en la sentencia, el derecho al propio idioma tiene una estrecha relación con el derecho a la identidad cultural, el cual a su vez se encuentra vinculado con la protección de la diversidad lingüística y el deber de oficialidad en aquellos lugares donde un idioma sea mayoritario. Por nuestra parte, precisamente he resaltado esta dimensión cultural del derecho a usar el propio idioma en mi fundamento de voto contenido en la STC Exp. n.º 05656-2015-PHC.

2. Ahora bien, además de lo anterior, vale la pena precisar que el derecho a usar el "propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete" contenido en el artículo 2, inciso 19, si bien comprende al lenguaje hablado, puede referirse también a otras formas de comunicación consideradas constitucionalmente valiosas. Ello en la medida que estas permiten aquello que la citada norma iusfundamental persigue. Eso, a saber, implica lograr que la persona que se enfrenta a una autoridad pueda conocer y ser informada del procedimiento o proceso en el que está incurso, y que pueda dar a entender de la manera más fiel posible su verdadera intención o sus intereses.

3. En este sentido, bien visto, el "propio idioma" puede aludir igualmente al lenguaje de señas (cfr. STC Exp. n.º 03861-2012-HC), o a la posibilidad de que, en determinados supuestos, intervengan personas de confianza que faciliten conocer la voluntad de aquellas personas que pudieran tener una limitada capacidad de discernimiento. Es más, incluso podría implicar eventualmente hacer uso de tecnologías de asistencia que permitan acceder, de la manera más directa posible, a la voluntad de la persona o del administrado que acude a la autoridad (evitando,

con esto, normalizar que sean otras personas –como por ejemplo tutores o curadores– quienes decidan por personas que, aunque con dificultades, se encuentran en la posibilidad de discernir, reconocer sus intereses y tomar sus propias decisiones).

Alcances de la declaración del "estado de cosas inconstitucional"

4. Estoy completamente de acuerdo con que en este caso se declare la existencia de una vulneración de derechos fundamentales que, lamentablemente, tiene un arraigo estructural, social e histórico que mantiene en un estado de postergación o subordinación a un conjunto amplio de compatriotas. Efectivamente, como he sostenido en diversas oportunidades (v. gr. en mis votos en las SSTC Exp. n.º 0025-2013-PI (acumulados), 03376-2016-PA y 00019-2013-PI), los Tribunales constitucionales cumplen, entre otras, funciones de "integración social", lo cual implica, a su vez, entre otros elementos, que los jueces y juezas constitucionales realicen tareas vinculadas a la inclusión social, dirigidas a asegurar la participación de toda persona en la sociedad en que vive, para que encuentre allí condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida. En dicho contexto, considero que queda plenamente justificado que este Tribunal Constitucional tutele los derechos fundamentales no solo desde una perspectiva individual, sino también coadyuvando a que sean desmontadas estructuras sociales injustas, muchas veces avaladas o consentidas por el Estado (por acción o por omisión).

5. Ahora bien, como también he tenido oportunidad de indicar antes, existe un problema referido a la ejecución de este tipo de sentencias y a la concreción de lo que ordenan. Preciso ahora que estos problemas, entre otros que pudieran presentarse, se encuentran relacionados con la falta de mecanismos de seguimiento y supervisión de este tipo de decisiones, como lo sería por ejemplo una "Comisión de seguimiento y supervisión del cumplimiento de sentencias" (como lo señalamos en nuestro voto en la STC Exp. n.º 0853-2015-PA), algo que este Tribunal con acierto aprobó poner en marcha, pero que en la práctica aun se encuentra pendiente de materializar. El presente caso, qué duda cabe, hubiera podido ser objeto de un seguimiento específico y atento por parte de dicha Comisión, en aras de garantizar la real concreción de lo resuelto.

6. Por otra parte, también pueden presentarse problemas debido a problemas en la formulación de los mandatos. Cuando estos se hacen de manera genérica o imprecisa, o sin atender a las posibilidades reales de materialización, o de espaldas a los actores sociales y políticos involucrados, hay altas probabilidades de que lo decidido no pueda ser ejecutado en los términos previstos por la sentencia estructural o por la sentencia que declara el "estado de cosas inconstitucional".

7. Así, por ejemplo, en esta sentencia se ha dispuesto distintas órdenes y plazos dirigidos a las entendidas públicas que cumplen funciones en la provincia de Carhuaz (que comprende, por ejemplo, a dependencias del Gobierno, la judicatura ordinaria, el Ministerio Público, etc.), pero se está requiriendo tan solo a la municipalidad provincial de Carhuaz que informe cada cuatro meses sobre los avances alcanzados.

8. En similar sentido se exhorta a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos a que realicen sus máximos esfuerzos para que, antes del Bicentenario de la independencia, oficialicen el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo. Al respecto, quizá hubiera sido de mayor y mejor ayuda hacer referencia a parámetros o indicadores adicionales que permitan reconocer el grado de cumplimento de este tipo de mandatos que surgen de la Constitución, de los que, por cierto, ha dado cuenta el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre las pautas para realizar el control constitucional de políticas públicas (o de su ausencia inclusive).

9. Con lo anotado, solo me queda mencionar que, con la finalidad de arribar a decisiones más correctas o precisas en relación con lo que debe ser ordenado, o con una mayor legitimidad que favorezca a su concreción, existen algunas alternativas. Al respecto, una posibilidad es echar mano, por ejemplo, de ciertos mecanismos vinculados a la justicia dialógica (como sostengo en mi voto del caso STC Exp N.° 00016-2013-PI), de tal forma que la decisión del Tribunal Constitucional pudiera haberse nutrido de diversos puntos de vista, a la vez que adquirido una mayor legitimación frente a los actores constreñidos por sus mandatos. Asimismo, se puede también echar mano a las pautas o criterios jurisprudenciales que este Tribunal ha señalado sobre el control constitucional de políticas públicas. A esto me referiré a continuación.

Las pautas jurisprudenciales referidas al control constitucional de las políticas públicas

10. Un consenso actual en el marco del Estado Constitucional es que no hay ámbitos exonerados de control constitucional. Uno de dichos ámbitos es, desde luego, el referido a los deberes de la Administración pública para tutelar y promover los derechos fundamentales.

11. Al respecto, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de esclarecer que, en su condición de organismo llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, se encuentra habilitado para controlar las políticas públicas adoptadas por las entidades competentes, de ma-

nera más clara cuando estás responden (o debieran responder) a la satisfacción de derechos sociales (entre varias otras: STC Exp. n.° 0014-2014-PI y otros (acumulados), y STC Exp. n.° 03228-2012-AA).

12. Ahora bien, es pertinente mencionar que en muchas ocasiones algunas entidades tienden a no aceptar diversas formas de control, y entre estas, a no aceptar inclusive la interpretación vinculante y el control jurisdiccional que realiza este órgano colegiado. Frente a ello, este Tribunal ha venido consolidando, a través del tiempo y de diferentes composiciones, algunas pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas (cfr. STC Exp. n.° 0033-2010-PI, f. j. 29; STC Exp. n.° 03228-2012-PA/TC, f. j. 39). Como he mencionado (por ejemplo, en mis votos en las SSID Exp n.º 04086-2016-AA y 03376-2016-AA), por mi parte considero que estas pautas o criterios constituyen un interesante y útil "test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas".

13. Así, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la judicatura constitucional es competente para evaluar cuando menos lo siguiente, al momento de hacer el control de constitucionalidad de las políticas públicas:

Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a al derecho fundamental que se alega afectado.

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

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

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

Déficits de confrontación de problemas estructurales: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en el derecho eventualmente

afectado. Estos, entre otros, pueden ser déficits de participación política, si se ha adoptado una política pública referida al derecho sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; déficits de transparencia, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; déficits de control, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; déficits de evaluación de impacto, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho analizado.

14. Como también he señalado antes, se trata de un "test mínimo" o "formal", en la medida que circunscribe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que quepa a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Es, asimismo, un test de "déficits", en función a que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares planteados, mas no, en principio, determinar los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen. Finalmente, es un test "deferente" con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, pues es respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y, a la vez, no claudica en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los diferentes derechos involucrados.

15. Ahora bien, y con base a las pautas arriba indicadas, me parece claro que hubiera sido conveniente y posible establecer, con mayor precisión y legitimidad, el grado de incumplimiento (o el nulo cumplimiento) por parte del Estado de las políticas públicas relacionadas con el "estado de cosas inconstitucional" que ha sido adoptado en esta sentencia.

16. De esta forma, hubiera sido necesario esclarecer si la ley de lenguas (Ley n.º 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú), así como su reglamento, ha desarrollado los contenidos mínimamente exigibles vinculados con la tutela del derecho a propio idioma y con garantizar su oficialidad (déficit de consideración suficiente); si lo contenido en dichas disposiciones ha sido insuficientemente ejecutado (cuestión que sí aparece en la sentencia, aunque de manera general) especificando cuáles son los contenidos normativos pendientes de cumplimiento y cuál es la urgencia de su atención (déficit de ejecución). Asimismo, pudiera haberse preci-

sado con algún detalle los mecanismos de control y de evaluación de impacto que permitan, por ejemplo, supervisar el avance progresivo de las políticas públicas existentes, contando con indicadores relevantes que deben ser alcanzados, etc. (déficits de confrontación de problemas estructurales, y más específicamente: déficit de control y déficit de evaluación de impacto), por hacer referencia expresa a algunas pautas o criterios útiles, relacionados con el "test mínimo para el control constitucional de las políticas públicas".

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 02018-2015-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Erik Armando Lecca Vigil, en representación de su menor hijo. El Tribunal declaró fundada la demanda por haberse lesionado el derecho fundamental a la educación y el interés superior del niño de J. A. L. A.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 3 de diciembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra la I. E. Cristo Rey y la Unidad de Gestión Educativa Local de Cajamarca, por considerar una decisión desproporcionada al suspender la matrícula del niño de iniciales J. A. L. A., lo cual resultaba contrario a su derecho a la educación y al respeto del interés superior del niño.

En virtud de ello el Tribunal precisó que el derecho a la educación es un derecho fundamental, así como un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, en la medida que permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades. Asimismo, indicó que la niñez constituye un grupo de interés y de protección especial y prioritaria 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.

Por lo que la presunta comisión del delito por parte del padre al presentar un certificado domiciliario falso emitido por un notario, no puede recaer en el niño con la suspensión de la matrícula, sino que debe dirigirse contra quien ha infringido las normas imperativas, o de no ser posible esto, la Administración debe ofrecer una solución constitucionalmente adecuada para el caso, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la educación de J. A. L. A. y el interés superior que le favorece.

En consecuencia, el Tribunal estableció que se debe otorgar al recurrente la posibilidad de elegir si el menor continúe o no con sus estudios en la I. E. Cristo Rey y, para ello, se disponga que la emplazada I. E. Cristo Rey mantenga su

matrícula abierta, siempre y cuando se cumplan con los demás requisitos para tal fin.

Por último, ordenó que ambas demandadas asuman el pago de los costos procesales y a la emplazada I. E. Cristo Rey el pago de costas a favor del recurrente, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Temas Claves: Derecho a la educación — interés superior del niño.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de octubre 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. Asimismo se agrega el abocamiento del magistrado Espinosa Saldaña Barrera, aprobado en la sesión del pleno de fecha 11 de octubre de 2016 y el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, Miranda Canales, Ledesma Narváez y Blume Fortini.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Erik Armando Lecca Vigil, en representación de su menor hijo de iniciales J. A. L. A. contra la resolución de fojas 198, de fecha 23 de mayo de 2014, expedida por la Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 13 de febrero de 2013, don Erik Armando Lecca Vigil y otros, en representación de sus menores hijos, presentan demanda de amparo contra la I. E. Cristo Rey y contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Cajamarca (UGEL Cajamarca), a fin de que se reponga el derecho a la educación de sus hijos y que, en consecuencia, se les permita matricularse en la referida institución educativa en el primer grado de educación primaria.

Sustentan su demanda en que se ha vulnerado el derecho a la educación de sus hijos y el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos, ya que, pese a haber escogido la referida institución educativa como lugar en el que pretenden que sus hijos estudien, debido a normas de zonificación de la UGEL Cajamarca, no se les permite matricularles, por lo que se les suspendió.

Contestaciones de la demanda

Con fecha 5 de marzo de 2013, el procurador público del Gobierno Regional de Cajamarca se apersona y contesta la demanda. Solicita que sea declarada improce-

dente pues, conforme a la Resolución Ministerial 516-2007-ED, se establecieron lineamientos para la materialización del proceso de zonificación educativa dirigido a las instituciones educativas y uno de los requisitos es acreditar mediante certificado domiciliario vivir dentro de la jurisdicción de la referida institución educativa; sin embargo, los padres no acreditaron ello, razón por la que se suspendió la matrícula de sus menores hijos.

Con fecha 6 de marzo de 2013, la Unidad de Gestión Educativa Local de Cajamarca se apersona y contesta la demanda. Solicita que sea desestimada debido a que no se ha afectado algún derecho constitucional, toda vez que lo realizado es un acto preventivo conforme a la Resolución Ministerial 431-2012-ED y a la Ley 28044, Ley General de Educación.

Sentencia de primera instancia o grado

El Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante Resolución 4, de fecha 15 de octubre de 2013 (folio 158), declaró fundada la demanda. Señaló que si bien existen límites al derecho a la educación, como el número de vacantes del que dispone la institución educativa y la prioridad de quienes por razones de ubicación geográfica tengan su domicilio dentro de la zona de influencia de la referida institución, aquello no se advierte del acta de fecha 24 de enero de 2013, mediante el cual se dispone la suspensión de las matrículas de los menores, por lo que se les ha violado el derecho a la educación.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala Especializada Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante Resolución 8, de fecha 23 de mayo de 2014 (folio 198), declaró infundada la demanda, pues los demandantes han vulnerado normas educativas al tratar de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución Ministerial 516-2007-ED, además, dichas normas son razonables y justificadas si se considera la oferta y demanda educativa de la I. E. Cristo Rey. De otro lado, y debido a que los menores fueron matriculados y han continuado sus estudios al estimarse la medida cautelar solicitada, dicha situación debe mantenerse hasta la conclusión del año académico escolar a fin de no perjudicar su desarrollo educativo (segundo año de educación primaria).

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. Pese a que de autos no se acredita que el recurrente haya hecho uso de las vías previas pertinentes a fin de salvaguardar los derechos constitucionales invocados, se advierte que el uso de aquellas pudiera hacer que la probable afectación se tor-

ne en irreparable, tanto más si están involucrados derechos como la educación e interés superior del niño y adolescente, por lo que el presente caso es susceptible de dilucidarse a través del proceso de amparo.

Delimitación del asunto litigioso

2. En principio, se debe precisar que, si bien la demanda fue interpuesta por Erik Armando Lecca Vigil, Ruth Janeth Castañeda Salavarria, Alicia Ayay Chilon y Nancy Leonor Mendoza Peralta, por propio derecho y en representación de sus hijos, el recurso de agravio constitucional fue interpuesto por el primero de ellos, por lo que este Tribunal únicamente emitirá pronunciamiento respecto de Erik Armando Lecca Vigil y su menor hijo, de iniciales J. A. L. A.

3. De otro lado, y conforme se aprecia de autos, la parte recurrente solicitó en su demanda que se reponga el derecho a la educación de su menor hijo y que, en consecuencia, se le permita matricularse en la I. E. Cristo Rey en el primer grado de educación primaria, en tanto que su matrícula fue suspendida por presunta falsificación del certificado domiciliario presentado a fin de cumplir con el requisito de encontrarse dentro de la jurisdicción de la referida institución educativa. Además, se debe considerar que los efectos de la medida cautelar estimada en ambas instancias o grados, y el paso del tiempo, han hecho que el menor se matriculara y continuara sus estudios de educación primaria.

4. En tal sentido, se debe analizar, primero, si las razones que sustentan la suspensión de la matrícula son conformes a la Constitución y si corresponde que el menor continúe con sus estudios en la I. E. Cristo Rey. A estos efectos, se analizará los contenidos del derecho a la educación y del criterio del interés superior del niño, los alcances del derecho de los padres a elegir un centro educativo para sus hijos, así como los deberes y el rol rector del Estado en materia educativa, para finalmente atender a si, en el caso concreto de autos, existió una lesión iusfundamental así como sus eventuales repercusiones.

El derecho a la educación y el libre desarrollo de la persona humana

5. 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 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 (cfr. STC Exp. n.º 00091-2005-PA, fundamento 6, segundo párrafo).

6. El derecho a la educación es un derecho fundamental, así como un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, en la medida que permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades (cfr. STC Exp. n.º 00091-2005-PA, fundamento 6, primer párrafo). En similar sentido, puede afirmarse, además, que el derecho a la educación tiene, más que en otros derechos, un carácter binario, ya que no solo es un derecho fundamental subjetivo, sino también contiene mandatos de carácter objetivo.

7. En relación con la finalidad constitucional de la educación la Carta Fundamental señala expresamente que su propósito último debe ser "el desarrollo integral de la persona humana" (artículo 13). A partir de esta finalidad de desarrollo integral de la persona, la Constitución prevé distintas disposiciones dirigidas a darle contenido y a precisar los deberes estatales vinculados con ella. Señala, en este sentido, que a través de la educación se "promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte", precisa que la educación "[p]repara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad" (artículo 14). Dispone, asimismo, que forma parte de su contenido indisponible la "formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos" (artículo 14), y que los educandos tienen derecho "a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico" (artículo 15). En suma, se prevé una educación orientada al desarrollo integral de los educandos, el cual no se basa solo en saberes académicos, sino en la formación plena y multidimensional de las personas, en los diversos ámbitos de su vida personal y comunitaria, con base en el respeto a los derechos y los bienes constitucionales, formación integral que vincula de manera fuerte al Estado. Este Tribunal ha señalado, en este sentido, que el derecho a la educación "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" (STC Exp. n.º 04232-2004-PA, fundamento 10, párrafo 7).

8. En igual orden de ideas, tenemos que el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual el Perú es parte, establece asimismo que:

> 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.

9. 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 partes 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.

10. Por otra parte, la educación, además de ser un derecho fundamental, y tal como lo ha dicho reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, se configura asimismo como un servicio público, pues se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, la cual puede ser ejecutada por el propio poder público o por terceros bajo fiscalización estatal. En tanto servicio público, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, y de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, teniendo siempre, como premisa básica, 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 (cfr. STC Exp. n.º 04232-2004-PA, fundamento 11).

11. Con base en lo anterior, este Tribunal ha precisado sobre los deberes estatales vinculados con el derecho a la educación y el servicio público educativo que:

> Del reconocimiento constitucional de la educación, ya sea en su condición de derecho fundamental o como servicio público, se infieren obligaciones estatales de protección especial. Éstas pueden ser de regulación, fiscalización, promoción o resguardo del servicio que se brinda, y forman parte de un conjunto de obligaciones (…) que el Estado está llamado a ejecutar, porque la educación es el

basamento de la formación del proyecto de vida de las personas y de la conformación de una sociedad democrática, solidaria y justa, que impulse el desarrollo sostenible del país, como enuncia el artículo 9° de la Ley N° 28044 (STC Exp. n.º 00011-2013-AI, fundamento 73)

12. Sobre la base de lo anotado, es claro que el proceso educativo no se restringe a la sola actuación de las instituciones educativas o al involucramiento del entorno familiar, sino que es necesario que el Estado, a través de su aparato administrativo, asuma un rol rector y tutelar dentro de dicho proceso, que va más allá de su contenido prestacional. En cuanto a este 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 (…)

13. De lo anterior se desprende, pues, que el Estado se encuentra obligado a adoptar todas aquellas medidas necesarias para que el ejercicio adecuado y efectivo del derecho a la educación, orientado al fin constitucionalmente establecido. Incluso más, el carácter progresivo del derecho a la educación (cfr. Undécimo disposición final y Transitoria de la Constitución), como derecho fundamental de carácter social que es, debe ser necesariamente entendido en el marco del mandato constitucional que dispone explícitamente que "Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República".

14. Ahora bien, dos de las principales manifestaciones del derecho a la educación lo constituyen el acceso y la permanencia en instituciones educativas. La primera de ellas contiene dos aristas: la cobertura de la educación y el acceso en sentido estricto. Esta última, que es la que interesa para el caso de autos, está vinculada con los criterios de admisibilidad requeridos por los centros educativos. Al respecto, en la STC Exp. n.º 4646-2007-PA se señaló:

> 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 [art. 13, 1er párrafo, de la Constitución] (STC Exp. n.º 4646-2007-PA, fundamento 18)

15. Con respecto a la permanencia, esta supone lo siguiente:

> [E]ste no pueda ser separado de la escuela por motivos desprovistos o reñidos con el principio de proporcionalidad. Esta situación implica tomar en cuenta una serie de elementos relacionados con la educación básica, tales como el interés superior del niño. De otro lado, ello no exime a que el estudiante esté obligado a cumplir con el régimen disciplinario de la escuela, ya que de lo contrario se podrán aplicar las sanciones preestablecidas por dicho reglamento, las que dependiendo de la gravedad del caso, podrán incluir la separación del alumno durante el periodo escolar. Caso contrario, la separación del menor del centro educativo en pleno periodo escolar, sin que medie una infracción extremadamente grave, implicaría una afectación desproporcionada, ya que el menor se vería seriamente perjudicado (STC Exp. n.º 4646-2007-PA, fundamento 19).

El derecho a la educación y el interés superior del niño y del adolescente

16. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial y prioritaria 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.

17. 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 las 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.

18. En similar sentido, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que:

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

19. En suma, tanto la Constitución, las normas internacionales, como la norma legal de desarrollo, imponen al Estado la obligación de garantizar, en todo momento y a todo nivel, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes frente a cualquier otro tipo de interés (Cfr. STC Exp. n.º 02132-2008-AA, fundamento 10; STC Exp. n.º 2079-2009-HC, fundamento 13; STC Exp. n.º 02132-2008-AA, fundamento 10). En este sentido, los niños deben ser considerados en un lugar privilegiado, reconociendo su situación inicial de vulnerabilidad e indefensión.

20. Sin embargo, cabe precisar que la protección especial brindada a niños, niñas y adolescentes no significa, de alguna forma, que les pueda considerar como un mero objeto de protección, sino más bien como auténticos sujetos de derechos. En este sentido, la protección que se les brinda no debe basarse únicamente en su situación de debilidad o vulnerabilidad, y menos aun tenérseles por incapaces o "menores en situación irregular" (como lo sugiere la doctrina de la "minoridad" o de la "situación irregular"). Por el contrario, su protección parte de reconocerlas como personas y está encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (doctrina de la "protección integral"). De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes está encaminada a fortalecer y permitir el despliegue de sus capacidades, así como a promover su bienestar, y jamás a su anulación o subordinación.

21. Con respecto al interés superior de los niños en el ámbito educativo, el Tribunal Constitucional estableció en la STC Exp. n.º 0052-2004-AA, en un caso en el que la madre de un menor de edad presentó una demanda de amparo contra el director de un Centro Educativo que se negaba a ratificar la matrícula del menor, que

> El deber de educar a los hijos que se ha impuesto a los padres de familia conforme al artículo 13 de la Constitución, está en correlación con el derecho de los hijos de ser educados. No solo se trata de un deber de los padres para con sus hijos, sino también de un derecho –el de educación– que cabe

> oponer y exigir al Estado: "El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico" (segundo párrafo del artículo 15 de la Constitución). Si la Constitución ha establecido que los padres tienen el deber de brindar educación a sus hijos, respecto del Estado ha declarado que este está en la obligación de proteger especialmente al niño y al adolescente (Art. 4). Naturalmente esta protección especial implica primeramente la obligación de permitirle ingresar a un centro educativo, así como que se adopten todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a impedir que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas (Art. 16). Evidentemente, se incumple ese deber especial, por ejemplo, cuando el Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, niega a un menor la posibilidad de continuar sus estudios, sin existir motivos razonables para ello (STC Exp. n.º 0052-2004-AA, fundamento 3).

22. Asimismo, se estableció que la proyección del derecho a la educación que se realiza sobre cada persona que la recibe "no puede quedar subordinada a eventuales conflictos o incidencias entre los participantes del proceso educativo (…), sino que debe estar por encima de ellos, a menos de que estos se encuentren indisolublemente ligados al comportamiento del educando y no sea posible otra fórmula distinta a la negativa del acceso a la matrícula, la sanción o, en su defecto, la separación. En tales circunstancias, es obvio que el Estado prioriza la defensa del educando por encima de cualquier otra situación" (cfr. STC Exp. n.º 4646-2007-PA, fundamento 51).

Derecho de los padres de elegir el centro educativo para sus hijos

23. Conforme al artículo 13 de la Constitución, "los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo". Dicha disposición constitucional reconoce el derecho-libertad de los padres de elegir el centro educativo para sus hijos así como el principio de participación en el proceso educativo.

24. Con respecto al derecho a escoger el centro de educación de los hijos, el artículo 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone, asimismo, que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos". En el mismo sentido, el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispone :

> Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus

hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

25. Siendo así, el referido derecho-libertad de los padres implica la posibilidad de que estos puedan escoger el tipo de educación que consideren más conveniente para sus hijos, entre las distintas opciones que se ofrecen, públicas o privadas, y dentro del marco de "las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza" tal como lo dispone el PIDESC. Al respecto, concurren pues a favor de los niños y niñas tanto el derecho de los padres a elegir el centro educativo y a participar del proceso educativo, como el deber del Estado de brindar una educación que asegure su formación integral, prestando satisfactoriamente el servicio público y ejerciendo su rol rector y tuitivo (conforme a lo señalado supra, en los fundamentos 11 a 13)

26. Por otra parte, con respecto a la participación de los padres en el proceso educativo, el Tribunal Constitucional en anterior oportunidad se ha referido "a la atribución de los padres de familia de intervenir activamente en el desarrollo del proceso educativo de su prole. Ello equivale a fomentar la cooperación, opinión y cierto grado de injerencia en la relación escuela–educando, entre otras cuestiones" (STC Exp. n.º 4232-2004-PA, fundamento 12.d).

27. Ahora bien, la participación de los padres en el proceso educativo de sus hijos no implica que los padres puedan reemplazar al Estado en sus funciones y competencias constitucionales, sino más bien que aquellos coadyuvan a este, desde su posición privilegiada y propia de la esfera familiar, a alcanzar el objetivo constitucionalmente valioso que ambos tienen en común, y que se refiere al desarrollo integral de los educandos.

Análisis del caso concreto

28. Ahora bien, el recurrente manifiesta que eligió a la I. E. Cristo Rey para que su hijo estudie en ella, por ser la que más garantizaba su desarrollo integral. Sin embargo, señala que, debido a normas emitidas por la UGEL Cajamarca sobre zonificación, se afectó no solo el derecho a la educación de su hijo, sino también su derecho de elegir el centro educativo que más le convenga para el desarrollo integral de su prole. Por el lado de las emplazadas, estas han señalado que algunos padres presentaron certificados domiciliarios falsos emitidos por notarios y detectados por la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo con la finalidad de poder

matricular a sus hijos en un ámbito territorial que no les corresponde, conforme a directivas del Ministerio de Educación que proponen criterios para acceder a instituciones educativas, razón por la cual procedió a la suspensión de las matrículas.

29. En autos consta que, en efecto, mediante el Acta de fecha 24 de enero de 2013 (folio 15), se acredita que, tanto el director de la UGEL Cajamarca como el de la I. E. Cristo Rey, entre otros, acordaron la suspensión de la matrícula de los menores cuyos padres estén involucrados en denuncias sobre adulteración de certificados domiciliarios. Entre dichos menores se encuentra el de iniciales J. A. L. A.

30. Al respecto, y como ya ha sido señalado, este Tribunal debe reiterar que al Estado, y más específicamente al Gobierno a través de la cartera y los órganos correspondientes, le corresponde desempeñar un rol rector en materia educativa. Este órgano colegiado incluso ha señalado, al respecto, que dicha la regulación establecida por el Estado en dicho marco, no puede ser trasgredida por los padres "so pretexto de sus preferencias, intereses o expectativas personales" (cfr. STC Exp. n.º 03067-2013-AA, f. j. 4). En el sentido expuesto, el alegado derecho-libertad de los padres de elegir el centro educativo para sus hijos no puede entenderse como un derecho irrestricto, sino que este debe ejercerse atendiendo al marco de las funciones y el rol que constitucionalmente le toca desempeñar al Estado (cfr. artículo 13.1 del PIDESC y supra, fundamentos 24 y 25). Siendo así, es claro que la demanda no puede ser amparada cuando menos en el extremo relacionado con este derecho de los padres.

31. Ahora bien, no obstante lo indicado, este Tribunal Constitucional considera que, a efectos del caso concreto, las emplazadas tomaron una decisión desproporcionada al suspender la matrícula del niño de iniciales J. A. L. A., lo cual resulta claramente contrario a su derecho a la educación y al respeto del interés superior del niño. En efecto, como fue señalado supra (fundamento 22), el ejercicio del derecho a la educación de J. A. L. A. no puede quedar subordinado a eventuales conflictos o incidencias entre los otros participantes del proceso educativo (en el caso de autos, el actor en su calidad de padre de familia y los emplazados), ni sujetos a la comisión de faltas o de presuntos delitos por parte de los padres, que sean ajenas al educando.

32. En el caso concreto, debe tenerse en cuenta que la presunta comisión de algún delito o falta por parte de los padres recién se encontraba en fase de investigación. Asimismo, que la posible necesidad de sancionar actos irregulares de los padres no puede recaer sin más en el niño, sino que debe dirigirse contra quienes han infringido las normas imperativas, o de no ser posible esto, la Administración debe ofrecer una solución constitucionalmente adecuada para el caso, teniendo

en cuenta el derecho fundamental a la educación de J. A. L. A. y el interés superior que le favorece.

33. La drástica determinación por parte de la institución educativa emplazada incluso contó con el aval de la UGEL, quien no respondió a su rol como representante del Estado en la defensa de los derechos fundamentales del niño afectado. En este sentido, queda claro que las emplazadas no cumplieron con el especial deber de protección del interés del niño, así como su derecho a la educación, por lo cual debe declararse fundada la demanda en este extremo.

34. Sin perjuicio de lo expuesto, y al existir la posible comisión de una falta o delito por parte del recurrente, en tanto que este no ha negado lo expresado por las emplazadas, su eventual responsabilidad deberá ser determinada a través de los procedimientos y procesos correspondientes, así como establecerse las sanciones a que hubiera lugar, de ser el caso.

35. Adicionalmente, cabe añadir que, debido a que la medida cautelar solicitada en el presente expediente fue estimada en ambas instancias o grados, se permitió la matrícula del menor en el primer grado de educación primaria el año 2013. De otro lado, y estando a que continuó sus estudios en la referida institución educativa, se debe disponer en el presente caso, que se le otorgue al recurrente la posibilidad de elegir si el menor continúe o no con sus estudios en la I. E. Cristo Rey y, para ello, se disponga que la emplazada I. E. Cristo Rey mantenga su matrícula abierta, siempre y cuando se cumplan con los demás requisitos para tal fin.

36. Finalmente, y en atención a que se encuentra acreditada la vulneración de los citados derechos constitucionales, corresponde ordenar que ambas emplazadas asuman el pago de los costos procesales y la I. E. Cristo Rey asuma el pago de las costas, en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

37. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal considera que lo resuelto en el presente caso no habilita a nadie a desacatar las normas imperativas que pudieran haberse incumplido. Tampoco exime de las responsabilidades a que hubiere lugar.

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 afectado el derecho fundamental a la educación y el interés superior del niño de J. A. L. A.

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

3. Ordenar que la emplazada I. E. Cristo Rey mantenga la matrícula abierta del menor de iniciales J. A. L. A., conforme a lo señalado en el fundamento 35 supra.

4. Ordenar que ambas demandadas asuman el pago de los costos procesales y a la emplazada I. E. Cristo Rey el pago de costas a favor del recurrente, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la educación y al interés superior del menor de iniciales J. A. L. A., discrepo de los fundamentos 10, 11 y 25 de la sentencia, en cuanto, entre otros aspectos, se afirma que la educación es un "servicio público".

En tal aserto hay una confusión conceptual, por cuanto dicha visión de la educación no es compatible con el tercer párrafo del artículo 15 de la Constitución Política del Perú, que a la letra señala: "Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley". Es decir, que este es un derecho inherente de toda persona y no un servicio público delegable en el particular, como se sostiene erróneamente en los precitados fundamentos.

Es más, el artículo 58 de la Carta Fundamental, distingue claramente a la educación de los servicios públicos cuando preceptúa que: "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.". Es decir, separa ambos conceptos. No los mezcla ni inserta uno dentro del otro.

Además, ello es armónico con el régimen económico consagrado en la Constitución, que asienta el orden económico y el desarrollo nacional en la iniciativa y en la inversión privada, en el marco del pluralismo económico y la libre competencia; orden en el cual el Estado solo tiene un rol promotor e incentivador de la actividad privada, reservándose para sí muy limitadas áreas.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con el fallo y con la fundamentación de la sentencia emitida en el presente caso.

Sin embargo, me aparto de sus fundamentos 10 y 11 pues, contrariamente a lo que allí se señala, estimo que la educación no puede ser considerada un servicio público.

Las razones que sustentan mi posición constan en el voto singular que emití en el caso Ley Universitaria (Expedientes 00014-2014-PI/TC, 00016-2014-PI/TC, 00019-2014-PI/TC y 00007-2015-PI/TC) al cual me remito.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso, si bien estoy de acuerdo con que se declare fundada la demanda; sin embargo, estimo necesario dejar precisada mi postura en relación a lo señalado en la parte final del fundamento 31 y en el fundamento 32 de la sentencia, pues, a mi consideración, no es posible convalidar las faltas administrativas ni los delitos en los que pudieran incurrir irresponsablemente los padres de familia, justificándose en el derecho a la educación de sus hijos; digo esto en la misma línea de la posición que asumí en el voto singular emitido en el Expediente 0255-2014-PA

Empero, en el caso de autos coincido con la decisión de emitir sentencia estimatoria porque la suspensión de la matrícula de los menores a cuyo favor se interpuso la demanda, se basó únicamente en sospechas; en efecto, el Director de la UGEL Cajamarca dejó señalado en el acta adjunta a la demanda, que "la suspensión de la matrícula es solamente para los padres que estén involucrados en las denuncias y serán individualizados para ser investigados desde la administración de la II. EE." (f. 15), lo que fue confirmado por el Procurador Público del Gobierno Regional de Cajamarca, quien en su escrito de contestación de demanda señaló que la suspensión de la matrícula de los niños produjo porque "aparentemente no viven dentro de la jurisdicción de la institución" (fs. 41 – 42).

S.

LEDESMA NARVÁEZ

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

Si bien la parte recurrente solicitó en su demanda que se reponga el derecho a la educación de su menor hijo a efectos de que pueda matricularse en la Institución Educativa Cristo Rey, en el primer grado de educación primaria, debe tomarse en cuenta que los efectos de la medida cautelar estimada en ambas instancias, así como el paso del tiempo, han hecho que el menor se matriculara y continuara sus estudios de educación primaria.

En esa línea, el pronunciamiento de este Tribunal debe circunscribirse respecto del derecho a la educación, entendido como un derecho fundamental social, materializado en el derecho a los padres de elegir un centro educativo para sus hijos.

II. LOS DERECHOS SOCIALES

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

Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[1]

- Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.
- Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

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

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

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

En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[2].

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.[3]

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.

III. 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

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

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

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.

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:[4]

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 acto-

4 RODRÍGUEZ GARAVITO, César, RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, pág. 25.

res 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.

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.[5]

IV. 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 sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).

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,

5 NASH, Claudio, NÚÑEZ, Constanza. "Sentencias estructurales. Momento de evaluación". En: *Revista de Ciencias Sociales*. Volumen Monográfico Extraordinario, 2015, pág. 272.

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 violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[6]. 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:[7]

6 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

7 Ídem, pp. 147-148.

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

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

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

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[8].

V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOS MENORES DE EDAD

El derecho a la educación es un derecho social fundamental que e encuentra recogido en diversas disposiciones normativas de la Constitución de 1993. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho está conformado por diversas aristas, entre las que destacan: (i) el acceder a una educación; (ii) permanencia en el centro educativo; y (iii) la calidad de la educación.

Conviene destacar que tanto el acceso universal como la educación de calidad son problemas latentes debido a las grandes desigualdades de recursos y de gestión en las escuelas del país[9]. En consecuencia, se torna necesario un rol activo de los padres en la educación de sus menores hijos.

En esa línea de lo expuesto, el derecho social fundamental a la educación no se agota en lo anteriormente descrito. En efecto, el artículo 13 de la Constitución señala que

8 Ídem, pág. 153

9 ALBISA, Cathy, SHANOR, Amanda. "United states: education rights and the parameters of the possible". En: LANGFORD, Malcolm, RODRÍGUEZ, César, ROSSI, Julieta (editors). Social rights judgments and the politics of compliance. Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pág. 255.

los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y participar en el proceso educativo. Ello denota una dimensión subjetiva de la norma, es decir el derecho de los padres a elegir el centro educativo en la medida que sea plausible fomentar la cooperación de los padres y el Estado para el mejor desarrollo del menor.

Sin embargo, el derecho a la educación no se agota en estas perspectivas. Hay un aspecto importante a resaltar y que la educación constituye un requisito necesario para la democracia. En efecto, el derecho a la educación es vitar para la participación política, puesto que si no se alcanza un nivel mínimo de educación, simplemente no se puede participar en la vida política, no estamos habilitados para expresar nuestras genuinas preferencias sobre cómo vivir en sociedad[10].

Por todo lo expuesto, considero que en el presente caso, a pesar de que el menor de edad pudo continuar con sus estudios en virtud de una medida cautelar, se ha acreditado la vulneración del derecho a la educación. Ergo, se debe habilitar al recurrente la posibilidad de elegir si el menor de edad continúe o no con sus estudios en la institución educativa demandada.

S.

MIRANDA CANALES

10 FABRE, Cécile. Social rights under the Constitution. Government and the decent life. Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 125-126.

Sentencia 02285-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Serapio Bellido Talaverano. El Tribunal declaró fundada la demanda porque se acreditó la vulneración al derecho constitucional de la pluralidad de instancia.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de agosto del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada interpuesta por el recurrente contra los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Huamanga, por considerar que se han vulnerado los derechos a la tutela procesal efectiva, a la pluralidad de la instancia-defensa y al haber declarado inadmisible el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que lo condenó como autor del delito contra la administración pública.

El Tribunal Constitucional consideró que el derecho de acceso a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política. Y este 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 formulados dentro del plazo legal.

El Tribunal Constitucional advirtió que el fin que persigue la referida disposición, es el de asegurar la contradicción, inmediación y oralidad, a través de la presencia de las partes en el acto oral de apelación; asimismo, afirmó que para garantizar dichos fines no resulta indispensable que el propio condenado impugnante acuda a la audiencia si se encuentra presente su abogado defensor. Ello es así, dice el TC, por cuanto una interpretación literal de la disposición, en la que se declare la inadmisibilidad del recurso por no haber concurrido el propio condenado apelante a la audiencia de apelación, aunque se encuentre presente su abogado, devendría en una restricción innecesaria y, por tanto, desproporcionada del derecho a los recursos.

En consecuencia, dado que se advierte que a la Audiencia de Apelación sí concurrió el abogado defensor del demandante, el TC afirma que corresponde estimar la presente demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias. En consecuencia, se declaró nulas las Resoluciones 27 y 28, de fecha 13 mayo de 2013, que declararon inadmisible el recurso de apelación interpuesto por don Serapio Bellido Talaverano contra la sentencia condenatoria e inadmisible su recurso de reposición y, por tanto, nulo todo lo actuado a partir de la Resolución 27.

Asimismo, se ordenó a la Sala Penal de Apelaciones de Huamanga que programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación en el proceso seguido contra don Serapio Bellido Talaverano y otros, como autores del delito contra la administración pública - delitos cometidos por funcionarios públicos en la modalidad de peculado culposo agravado en agravio del Estado-Foncodes (Expediente 317-2012).

Temas Claves: Derecho a la tutela procesal efectiva — derecho a la pluralidad de instancia y defensa — debido proceso — principio de legalidad.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre 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 del magistrado Urviola Hani y Sardón de Taboada y voto singular de la magistrado Ledesma Narváez que se agregan, y el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Serapio Bellido Talaverano contra la resolución de fojas 178, de fecha 22 de enero de 2014, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de junio de 2013, el recurrente interpone demanda de amparo contra don José Donaires Cuba, don Juan Gabriel Aramburú Sulca y don Efraín Alberto Vega Jaime, magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Huamanga, con el objeto de que se declare inaplicable a su caso el artículo 423, inciso 3), del Nuevo Código Procesal Penal, así como la nulidad de las Resoluciones 27 y 28, ambas de fecha 13 de mayo de 2013 y expedidas en el Cuaderno de Debate 317-2012-98, por considerar que se han vulnerado sus derechos a la tutela procesal efectiva, a la pluralidad de la instancia y defensa, al haberse declarado inadmisible el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que lo condenó como autor del delito contra la administración pública, en aplicación de la normativa antes indicada.

Aduce que por no asistir a la audiencia de apelación, se declaró inadmisible el recurso que interpuso, en aplicación del artículo 423, inciso 3), del Nuevo Código Procesal Penal, sin tener en cuenta que su abogado sí había acudido puntualmente a la referida audiencia. Agrega que contra dicha resolución interpuso recurso de reposición, pero que este también fue rechazado en la misma fecha.

Los magistrados emplazados solicitan que se declare infundada la demanda, alegando que al dictar las resoluciones cuestionadas se aplicaron debida y correctamente los preceptos legales invocados, y que en virtud de ello no se vulneró derecho alguno.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial solicita que se declare improcedente la demanda, estimando que ésta fue emitida dentro de un proceso regular y en estricta aplicación de las normas que regulan la materia discutida.

El Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 22 de agosto de 2013, declaró infundada la demanda considerando que el demandante tenía la obligación de concurrir a la audiencia de apelación de sentencia, toda vez que se encontraba ligado a los mandatos judiciales proferidos por las autoridades competentes, más aún cuando no estaba recluido ni tenía orden de captura.

La Sala superior competente, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por estimar que el juez constitucional no puede abocarse a examinar la interpretación que efectuaron los jueces ordinarios sobre el artículo 423, inciso 3), del Nuevo Código Procesal Penal, pues ello constituye una invasión a las competencias que afecta el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio

El demandante pretende que se declare inaplicable a su caso el artículo 423, inciso 3), del Nuevo Código Procesal Penal, así como la nulidad de las Resoluciones 27 y 28, ambas de fecha 13 de mayo de 2013 y expedidas en el Cuaderno de Debate 317-2012-98. En consecuencia, presuntamente se han vulnerado sus derechos a la tutela procesal efectiva, a la pluralidad de la instancia y defensa, por lo que el Tribunal Constitucional se limitará a pronunciarse sobre los mismos.

2. Consideraciones previas

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, 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. Sobre la afectación de los derechos a la tutela procesal efectiva, a la pluralidad de instancias y de defensa (artículo 139 incisos 3, 6 y 14 de la Constitución Política del Perú)

3.1 Argumentos del demandante

Manifiesta que al haberse declarado inadmisible el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia que lo condenó como autor del delito contra la administración pública, se le impidió la posibilidad de acudir a una segunda instancia para ejercer su derecho de defensa, en aplicación del artículo 423, inciso 3), del Nuevo Código Procesal Penal.

3.2 Argumentos de los demandados

Tanto los magistrados emplazados como el Procurador Público demandado sostienen que las resoluciones judiciales cuestionadas han sido emitidas dentro de un proceso regular y en estricta aplicación de las normas que regulan la materia discutida, por lo que no se ha vulnerado derecho constitucional alguno.

3.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional

3.3.1. Se alega en la demanda la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva, a la pluralidad la instancia y defensa. Señala que luego de concederse el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, en la Audiencia de Apelación se emitió la resolución que declaró inadmisible dicho recurso por no haberse concurrido a la misma (f. 35). Por ello se interpuso el recurso de reposición, el cual fue declarado inadmisible, en aplicación del artículo 423, inciso 3), del Nuevo Código Procesal Penal (f. 36). Al respecto, la pretensión demandada será resuelta sobre la base del derecho a la pluralidad de la instancia previsto en el artículo 139, inciso 6), de la Constitución; es decir, por la presunta denegación del acceso a los recursos.

3.3.2. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, 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. Sentencias recaídas en los Expedientes 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 4).

3.3.3. Con relación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Tribunal tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o ju-

rídicas, 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. Resoluciones recaídas en los Expedientes 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y Sentencia emitida en el Expediente 0607-2009-PA, F. J. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14), de la Constitución.

3.3.4. De autos se advierte que, luego de leída la sentencia condenatoria y concedido el recurso de apelación, se convocó a la audiencia de apelación de sentencia el 13 de mayo de 2013 ante la Sala Penal de Apelaciones de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, audiencia a la cual asistieron todas las partes procesales a excepción del recurrente en su calidad de acusado-apelante aunque sí acudió su abogado defensor. Sin embargo, por no haber concurrido el recurrente a la referida audiencia se declaró inadmisible su recurso de apelación, invocándose el inciso 5) del artículo 423 del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, se declaró inadmisible el recurso de reposición interpuesto contra la antes citada resolución, en aplicación del artículo 423, inciso 3, del referido código.

3.3.5. Al respecto, resulta pertinente mencionar que el artículo 423 del Nuevo Código Procesal Penal, respecto al trámite de apelación de las sentencias, prevé lo siguiente.

Artículo 423 Emplazamiento para la audiencia de apelación.-

1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.

2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.

3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.

4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.

5. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,

6. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

3.3.6. El Tribunal Constitucional a través de la Sentencia recaída en el Expediente 2964-2011-PHC/TC efectuó una interpretación del artículo 423, inciso 3) del Nuevo Código Procesal Penal de conformidad con la Constitución. Según lo previsto por la referida disposición legal, que regula la apelación de sentencias, "si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. (…)".

3.3.7. En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional entendió que el fin que persigue la referida disposición —que no permite la realización de la audiencia de apelación de sentencia si no se encuentra presente la parte impugnante— es el de asegurar la contradicción, inmediación y oralidad, a través de la presencia de las partes en el acto oral de apelación. Asimismo, entendió que para garantizar dichos fines no resulta indispensable que el propio condenado impugnante acuda a la audiencia si se encuentra presente su abogado defensor. Ello es así, por cuanto una interpretación literal de la disposición, en la que se declare la inadmisibilidad del recurso por no haber concurrido el propio condenado apelante a la audiencia de apelación, aunque se encuentre presente su abogado, devendría en una restricción innecesaria y, por tanto, desproporcionada del derecho a los recursos.

3.3.8. Igual razonamiento debe aplicarse en relación al contenido del artículo 423, inciso 5), del Nuevo Código Procesal Penal, cuando regula la asistencia obligatoria de las partes privadas.

3.3.9. En consecuencia, dado que en el presente caso se advierte que a la Audiencia de Apelación sí concurrió el abogado defensor del demandante, corresponde estimar la presente demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias.

3.4 Efectos de la presente sentencia

En el caso de autos corresponde reprogramar la Audiencia de Apelación de sentencia en una fecha próxima, la que deberá realizarse únicamente si concurren el actor y/o su abogado, conforme ha quedado expuesto.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda porque se ha acreditado la vulneración al derecho constitucional de la pluralidad de la instancia; en consecuencia, NULAS las Resoluciones 27 y 28, ambas de fecha 13 de mayo de 2013, que declararon inadmisible el recurso de apelación interpuesto por don Serapio Bellido Talaverano contra la sentencia condenatoria e inadmisible su recurso de reposición y, por tanto, nulo todo lo actuado a partir de la Resolución 27.

2. Ordenar a la Sala Penal de Apelaciones de Huamanga que programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Serapio Bellido Talaverano y otro como autores del delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos en la modalidad de peculado culposo agravado en agravio del Estado-Foncodes (Expediente 317-2012).

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Si bien estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, emito el presente fundamento de voto para precisar lo manifestado en el punto 3.3.3 de esta, que se refiere al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de la instancia.

Sobre el particular, debe tenerse presente que dicho contenido fue delimitado por el Tribunal Constitucional con ocasión de pronunciarse en el Expediente 04235-2010-PHC/TC.

Así, en el fundamento jurídico 25 de la sentencia recaída en dicho expediente, se estableció el derecho de toda persona a un recurso eficaz en contra de:

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.

S.

URVIOLA HANI

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 sentencia en el presente caso, que corresponde:

1. Declarar FUNDADA la demanda porque se ha acredita la vulneración a la derecho constitucional de la pluralidad de la instancia; en consecuencia, NULAS las Resoluciones 27 y 28, amabas de fecha 13 de mayo de 2013, que declararon inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por don Serapio Bellido Talavera contra la sentencia condenatoria e inadmisible su recurso de reposición y, por tanto, nulo todo lo actuado a partir de la Resolución 27.

2. Ordenar a la Sala penal de apelaciones de Huamanga que programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Serapio Bellido Talavera y otro como autores del delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos en la modalidad de peculado culposo agravado en agravio del Estado –Foncodes (Expediente 317-2012)."

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 los fundamentos de la sentencia que me ocupa, 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.

A este respecto, expreso lo siguiente:

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"

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 de recurrir del 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).

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; 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 denegada 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).

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 del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto 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.

6. Enfatizo, 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".

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.

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, consa-

grado en el artículo 139, inciso 6 de la Constitucional (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, no es difícil advertir 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.

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-PA/TC, 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.

10. Ahora bien, 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."

11. 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.

12. 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.

13. 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.

14. 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; lo 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.

15. Es precisamente en estos casos, en los que, 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.

16. 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 despropor-

cionado, que bajo el argumento de que es un derecho de configuración legal, el legislador ordinario regule un apercibimiento que vacía de 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, corresponde desaplicar el dispositivo 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.

17. Así las cosas, corresponde declarar nula las resoluciones judiciales 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.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, me aparto del fundamento 3.3.8. de la sentencia en mayoría, por la razón que expongo a continuación:

La demanda de amparo es claramente fundada, ya que la inadmisibilidad de la apelación del recurrente —porque no concurrió a la audiencia de apelación aunque sí lo hizo su abogado— vulnera el derecho a la pluralidad de instancia. Si solo el abogado acudió a la audiencia de apelación, no debió rechazarse el recurso, sino reprogramarse la audiencia.

El fundamento 3.3.8. de la sentencia en mayoría, distorsiona el agravio del recurrente, toda vez que se pronuncia sobre las consecuencias de la inadmisibilidad de la apelación de las partes privadas, asunto que no ha sido planteado por el recurrente.

Por tanto, al igual que mis colegas, considero que la demanda debe ser declarada FUNDADA, disponiéndose la programación de una nueva audiencia de apelación.

S.

SARDÓN DE TABOADA

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 parte, 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 el extremo de la sentencia referido a la presunta vulneración del derecho a la pluralidad de instancias o grados y que ha sido declarado fundado por la mayoría:

§. Antecedentes

1. Con fecha 24 de junio de 2013, el recurrente interpone demanda de amparo contra los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Huamanga, don José Donaires Cuba, don Juan Gabriel Aramburú y don Efraín Alberto Vega Jaime, con el objeto de que se declare inaplicable a su caso el artículo 423, inciso 3, del Nuevo Código Procesal Penal. Sostiene que en el proceso penal signado con el Expediente N.º 00317-2012-98-0501-JR-PE-01, en el que fue condenado por el delito contra la Administración Pública, peculado culposo agravado, luego de leída la sentencia condenatoria y concedido el medio impugnatorio de apelación, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho en audiencia de apelación de sentencia de fecha 13 de mayo de 2013, declaró inadmisible dicho medio impugnatorio, bajo el argumento de la inconcurrencia del acusado apelante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 423º del nuevo Código Procesal Penal (NCPP). En tal sentido, se solicita se declare la nulidad de las Resoluciones 27 y 28, ambas de fecha 13 de mayo de 2013 y expedidas en el Cuaderno de Debate 317-2012-98; a través de las cuales se decreta la inadmisibilidad de los recursos de apelación y reposición interpuestos por el recurrente en el proceso penal precitado, 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.º 2964-2011-HC, pues, pese a no encontrarse presente el favorecido en la audiencia de apelación de sentencia, sí asistió su abogado defensor público Alfredo Barrientos Espillco, por lo que la inadmisibilidad del recurso por no haber concurrido el propio condenado apelante

a la audiencia de apelación, aunque se encuentre presente su abogado defensor, devendría en una restricción innecesaria y desproporcionada del derecho a los recursos. Por tanto, al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias reconocido en el artículo 139º 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 421º al 426º del NCPP, contempla las siguientes etapas:

   a) Previa.- Esta etapa se lleva a cabo según lo establecido por el artículo 405º 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 421º, 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 422º y 423º:

– 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 424º al 426º 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 423º 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.º 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 423º 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 Nº 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 424º advierte la posibilidad de que las partes interesadas, en la audiencia misma de apelación, puedan formular su desistimiento.

11. Además, a consideración, lo que dicha disposición busca es evitar que la ausencia injustificada del recurrente a la audiencia de apelación de sentencia se constituya en una forma de dilatar innecesariamente el proceso, pues al no suspenderse por ello el plazo de prescripción, podría finalmente generar impunidad.

12. En tal sentido, cuando el artículo 423º 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 421º).

13. 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 los ha fijado en el artículo 405º del NCPP. 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, tal como lo señala el artículo 409º inciso 1 del NCPP. 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.

14. 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 apreciados 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, al proceder conforme lo establece el artículo 423º inciso 3 del NCPP, 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 consecuencia de la impugnación de la propia beneficiada que se sujeta y asume todos los efectos de la revisión promovida por su defensa técnica.

15. Criterio similar ha sido asumido, también, por la Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario N.º 1-2012/CJ-116, que en su fundamento 17 ha dejado señalado, con el carácter de doctrina legal, que "La naturaleza de la apelación de sentencias es la revisión de la decisión de la primera instancia, en la que dado el principio de contradicción y de asistencia efectiva se requiere la presencia obligatoria de la parte recurrente porque en caso de su inconcurrencia se genera como gravamen, la inadmisibilidad del recurso, lo que perjudica única y exclusivamente a dicha parte recurrente […]".

    Así mismo en el fundamento 20 precisó, también con el carácter de doctrina legal, que "[…] el artículo 423, apartado 3, del citado Código, regula que a la audiencia de apelación de sentencia las partes procesales tendrán que concurrir de manera obligatoria, puesto que en ésta se analiza un nuevo juicio oral, por lo que es estrictamente necesaria la presencia de la parte recurrente […]"

§. Efectos del presente voto singular

16. 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 03079-2014-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Alejandro Lamadrid Ubillús. El Tribunal declaró infundada la demanda por no haberse producido la vulneración de los derechos alegados por el demandante.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 15 de noviembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la interpuesta motivada por el recurrente contra la Empresa Editora El Gato SAC) y el director Rafael Fernando Orrego Alvarado, quien alegó la vulneración de sus derechos fundamentales al honor, a la buena reputación y a la imagen por ciertas publicaciones de la empresa.

El Tribunal Constitucional indicó que el honor se ha entendido como "la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza", esto permite la participación "en los sistemas sociales" y corresponde ser establecido "por la persona en su libre determinación y protege a su titular contra la humillación", ante sí o ante los demás, incluso, dice el TC, "frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas, al significar un ataque injustificado a su contenido", ello engloba también a la buena reputación, reconocida en nuestra Constitución Política.

Por ello, el Tribunal advirtió que la información tanto en la portada como en el interior de esta edición del semanario y que se vierten sobre el demandante acompañadas de su imagen, no resultan lesivas ni de su honor ni de su imagen puesto que solo se limita a informar sobre un hecho concreto, respecto del cual el recurrente no ha manifestado su falsedad, sino que, por el contrario, solo ha referido que le ocasiona un daño moral, académico, familiar y profesional, sin mayor sustento.

Por otro lado, el Tribunal señaló que el derecho a la imagen también es un "derecho autónomo" que dispone de un "ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que no afecte la esfera personal de su titular, no lesionen su buen nombre ni den a conocer su vida íntima, salvaguardándolo de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás". Además, explica que se ven comprometidos en cierta medida por la libertad de expresión o de la libertad de información,

ya que constituye una concreción del principio de la dignidad del ser humano y un complemento indesligable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, dichas informaciones o publicaciones realizadas en las ediciones del semanario " El Gato", no vulneran el derecho al honor del demandante pues, el demandante no ha indicado en qué radicarían dichas inexactitudes. De manera que, estamos ante un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información en tanto que la publicación difundió hechos objetivos ciertamente contrastables con la realidad.

Temas Claves: Derecho al honor — a la buena reputación y a la imagen – dignidad de la persona.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de octubre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alejandro Lamadrid Ubillús contra la resolución de fojas 841, de fecha 6 de marzo de 2014, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de mayo de 2012, don Alejandro Lamadrid Ubillús interpone demanda de amparo contra la Empresa Editora El Gato SAC (semanario) y contra su director, don Rafael Fernando Orrego Alvarado. Solicita que se ordene a los emplazados cesar los actos violatorios a sus derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen que considera se ven afectados por ciertas publicaciones de la citada empresa "que se han venido repitiendo […], siendo la última de ellas efectuada el día 14 de Abril (sic) del 2012" (fojas 65). Señala que la vulneración de los derechos alegados por parte del semanario demandado se ha ido dando a través de la publicación de sus ediciones 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11 y 13.

La Empresa Editora El Gato SAC, a través de su Gerente General don Yuri Brando Ríos Díaz, contesta la demanda y señala que en realidad lo que pretende el demandante "es una censura previa a un medio de comunicación". Señala que ello se aprecia del petitorio de la demanda cuando indica: "[…] se ordene a los emplazados que cesen esos actos vulneratorios que se han venido repitiendo publicación tras publicación del indicado semanario, siendo la última de ellas efectuada el 14 de abril de 2012" (fojas 106). Señala que el demandante dice haber solicitado la rectificación respectiva pero que no indica que lo ha hecho fuera del plazo legalmente establecido (fojas

115). Refiere que en el presente caso la vía igualmente satisfactoria es la demanda en la vía civil, por estarse cuestionando derechos de naturaleza legal contemplados en el Código Civil (fojas 170).

Por su parte, don Rafael Fernando Orrego Alvarado, el otro emplazado, también contesta la demanda exponiendo fundamentos similares a los esgrimidos por el Gerente General de la Empresa Editora El Gato SAC (fojas 329 y siguientes).

El Segundo Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Lambayeque, mediante Resolución 7, de fecha 2 de noviembre de 2012, declara saneado el proceso y, por sentencia de fecha 22 de enero de 2013 (a fojas 512), declara infundada la demanda por considerar que el recurrente no había acreditado la afectación de los derechos invocados. El referido Juzgado advirtió que "el demandante señala en forma genérica que las informaciones vertidas por el semanario son falsas y agraviantes, sin precisar en cada caso si la notifica (sic) es falsa o si se ha expresado en términos humillantes contra su persona" (fojas 519).

A su turno, la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Lambayeque revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, pues consideró que incluso cuando se pueden advertir distintas afectaciones al derecho al honor, especialmente en las carátulas ofrecidas como prueba, "no es adecuada la vía del amparo para hacer estimable la pretensión, pues para ello se encuentra expedida la vía civil, mecanismo apropiado para valorar las distintas vulneraciones al honor que el actor solicita" (fojas 850).

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. De lo presente en autos, este Tribunal advierte que la demanda de amparo tiene por objeto que se ordene a los emplazados cesar los actos violatorios de los derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen; los cuales, según alega el demandante, se habrían visto afectados por una serie de publicaciones, la última de ellas de fecha 14 de abril de 2012 (fojas 65).

Análisis de la controversia

§1. Procedencia de la demanda

2. El Tribunal considera que, con el propósito de resolver este caso corresponde analizar primero la procedencia de la demanda. En el caso de autos se advierte que el demandante cuestiona diversas publicaciones vertidas en distintas ediciones del semanario denominado "El Gato" que circulaba en la ciudad de Chiclayo. De lo aportado por el recurrente se puede apreciar que, de manera específica, se cuestionan las siguientes publicaciones:

a) Edición 2: de la semana del 17 al 23 de noviembre de 2011.

b) Edición 3: de la semana del 24 de noviembre al 1 de diciembre de 2011.

c) Edición 4: de la semana del 1 al 7 de diciembre de 2011.

d) Edición 5: de la semana del 8 al 14 de diciembre de 2011.

e) Edición 6: de la semana del 15 al 21 de diciembre de 2011.

f) Edición 8: de la semana del 5 al 12 de enero de 2012.

g) Edición 9: de la semana del 19 al 25 de enero de 2012.

h) Edición 11: de la semana del 16 al 22 de enero de 2012.

i) Edición 13: de la semana del 14 al 20 de abril de 2012.

3. Además, tanto en el recurso de apelación (fojas 535 a 546) como en el recurso de agravio constitucional (fojas 895 a 913), se ha podido apreciar que la parte demandante refiere que también son lesivas a los derechos que invoca las siguientes publicaciones del aludido semanario:

j) Edición 14: de la semana del 11 al 17 de junio de 2012.

k) Edición 18: de abril de 2014.

Estas ediciones, por ser posteriores a la fecha de la interposición de la presente demanda de amparo (28 de mayo de 2012), no serán tomadas en consideración por este Tribunal para fines de evaluar la procedencia de la misma. No obstante, al constituir actos sobrevinientes a la interposición de la demanda, que han sido de conocimiento por las partes demandadas además –y que el demandante acusa como lesivos– si serán tomados en cuenta en el análisis de fondo de la presente causa.

4. Ahora bien, la parte demandada señala que el recurrente no ha agotado la vía previa y que el plazo para la interposición de la demanda de amparo ha prescrito. Arguye que, con escrito de fecha 20 de diciembre de 2011, el demandante ejerció su derecho de rectificación mediante la presentación de una solicitud en la que solamente pedía rectificar la información vertida en las publicaciones consignadas en los acápites a), b), c), d) y e) del fundamento 2 supra.

5. El seminario emplazado refiere que cumplió con publicar en su octava edición la carta remitida por el demandante en la que solicitaba la rectificación, pero solamente en los extremos que se encontraban dentro de los alcances de la Ley 26775, modificada por la Ley 26847. Señala que, en aplicación del artículo 2 de

dicha norma, el pedido de rectificación respecto de las publicaciones consignadas en los acápites a), b) y c) del fundamento 2 supra, fue realizado fuera del plazo de quince días naturales que la ley prevé. Por lo tanto, tan solo cumplió con rectificar la información publicada en los semanarios a los que se hace referencia los acápites d) y e) –que, a su juicio, si se encontraban dentro del plazo de los quince días hábiles que la norma prescribe–. Esta rectificación, desde su punto de vista, se vio cumplida con la publicación de la carta cursada por el recurrente en la octava edición del semanario, debido a que éste no indicó la forma en cómo debería hacerse la misma.

6. Asimismo, señala que, a pesar que la solicitud de rectificación si se encuentra dentro del plazo legal respecto a las ediciones contempladas en los literales d) y e), la demanda de amparo ha sido de todas formas planteada fuera del plazo de sesenta días que establece el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, computados a partir de la fecha en que se publicó la octava edición del semanario que el demandante considera como insatisfactoria (fojas 113). Por último, respecto de las ediciones referidas en los acápites f); g); h) e i) del fundamento 2 supra, sostiene que no se ha presentado solicitud de rectificación alguna por lo que la demanda debe ser declarada improcedente en todos sus extremos.

Agotamiento de la vía previa

7. En el presente caso corresponde dilucidar, en primer término, si es que existen vías igualmente satisfactorias que el demandante debió agotar antes de la interposición de la demanda de amparo y, en segundo lugar, en caso de existir las mismas, determinar si éstas fueron agotadas.

8. Este Tribunal advierte que los alegatos vertidos por la parte demandada se circunscriben a atacar la improcedencia de la demanda por la inexistencia del pedido de rectificación respecto de algunas publicaciones. Por otra parte, se puede advertir que la Sala revisora declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que, incluso a pesar de advertirse distintas afectaciones al derecho al honor del demandante, no resultaba adecuada la vía del amparo para resolver su pretensión, pues, para ello, se encontraría expedita la vía civil.

9. Respecto al primer punto, referido al ejercicio del derecho a la rectificación como presupuesto procesal para la interposición de una demanda de amparo, resulta pertinente hacer una distinción entre el derecho al honor –que es uno de los aspectos que se pretende tutelar en la demanda presentada– y el derecho a la rectificación.

10. Al respecto, este Tribunal ya ha señalado que el derecho a la rectificación es un derecho específico y autónomo, y que si bien está relacionado con la protección

del honor, tiene un contenido propio. Desde dicha perspectiva, se ha sostenido también que si bien es cierto que una de las formas idóneas en que se puede tutelar el derecho al honor es solicitando una rectificación al sujeto que emite el o los mensajes supuestamente agraviantes, también resulta posible encontrar otras formas distintas de reposición y efectiva vigencia del derecho al honor [Cfr. 04611-2007-PA/TC, fundamento 10].

11. En consecuencia, antes que ser un mecanismo específico para tutelar un derecho fundamental, la rectificación es en sí misma un derecho de conformidad con el artículo 2, inciso 7 de la Constitución y el artículo 37, inciso 8 del Código Procesal Constitucional. Por lo tanto, con relación a la rectificación, no es ni siquiera analizable la figura de la vía igualmente satisfactoria, toda vez que el amparo sirve tanto para tutelar el derecho al honor como el derecho a la rectificación [Cfr. 04611-2007-PA/TC, fundamento 19].

12. Es en ese sentido que el Tribunal señaló en el fundamento 20 del Expediente 3362-2004-PA/TC, con calidad de precedente, que la solicitud de rectificación que se detalla en la Ley 26775, modificada por la Ley 26847, se constituye en la vía previa para la presentación de la demanda de amparo.

13. Empero, como se observa del propio fundamento 20 del referido precedente, dicha solicitud se constituye como la vía previa a agotar respecto de las demandas de amparo dirigidas a buscar la tutela del derecho a la rectificación, y no así respecto de aquellas que buscan proteger el derecho al honor que si puede ser tutelado mediante el amparo. En efecto, siguiendo acogiendo esta posición, en el fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente 00967-2012-PA/TC, este Colegiado sostuvo que:

> "La Ley N.º 26775, modificada por la Ley N.º 26847, contiene requisitos especiales de procedibilidad aplicables a las demandas de amparo interpuestas en defensa del derecho a la rectificación previsto en el segundo párrafo del artículo 2, inciso 7, de la Constitución"
>
> De ahí que en sucesivas oportunidades este Tribunal haya analizado el agotamiento de la vía previa diseñada por la Ley 26775, modificada por la Ley 26847, desde la perspectiva de las demandas de amparo dirigidas a tutelar el derecho a la rectificación [Véase, por ejemplo, los Expedientes 05927-2014-PA/TC o 01624-2013-PA/TC]. En consecuencia, en tanto que de los hechos expuestos en la demanda se evidencia que el demandante busca la tutela efectiva de su derecho al honor –además de su imagen y buena reputación (respecto de los cuales se harán precisiones posteriormente)–, y no

de su derecho a la rectificación en sentido estricto, este Tribunal entiende que el amparo se constituye en la vía idónea en el caso de autos.

14. Por otra parte, respecto al motivo expuesto por la Sala revisora en el sentido que la vía civil se constituiría en la vía idónea para el resguardo de los derechos alegados por el demandante, este Tribunal recuerda lo desarrollado en el Expediente 04611-2007-PA/TC:

> "16. Mediante los procesos civiles, y como parte de los derechos personales, tal como están configurados en el Código Civil se propugna la tutela del honor [artículo 6º], por lo que se "(…) confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos", con el correspondiente pago indemnizatorio por una responsabilidad extracontractual. Como se puede observar, aparte de poner coto a la violación del derecho, se pone énfasis en la existencia de una reparación, pretensión que no puede considerarse asimilable a la reposición del estado anterior a la violación que se está intentando en el amparo."
>
> Por lo tanto, dado que los fines que se persiguen en un proceso civil y en un proceso constitucional como el amparo son distintos en relación con la protección del derecho al honor, este Tribunal concluye que tampoco resulta adecuado sostener que la vía civil sea la idónea en el presente caso.

Plazo para la interposición de la demanda

15. De conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación. Asimismo, el inciso 3 del mismo artículo establece que si los actos que se alegan que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computará desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.

16. Los actos continuados o de tracto sucesivo susceptibles de ser controlados mediante el proceso de amparo son aquellos actos cuya realización no posee unicidad temporal; es decir, que para el cumplimiento total de su objeto se requiere de una sucesión de hechos entre los cuales debe mediar un lapso determinado. Se distinguen de los actos instantáneos, que son aquellos que cumplen su objeto en un solo momento al dictarse o ejecutarse [Expediente 7572-2005-PA/TC, fundamento 5]. Estos últimos, además, cumplen con su finalidad al momento de su emisión. En otras palabras, son aquellos actos que se han realizado total o íntegramente.

17. En el caso de autos se aprecia que el demandante reclama, esencialmente, que su honor e imagen se han visto mellados como producto de varias publicaciones

realizadas por el mismo semanario en distintas fechas. En tal sentido, es claro que el actor se encontraba en una situación de aparente lesión que se reproducía periódicamente durante cierto tiempo. Por lo tanto, no sería correcto afirmar que, con la publicación de la décimo tercera edición del semanario de fecha 12 de abril de 2012 (fojas 802), se ejecutó íntegramente el acto vulneratorio y que, por tanto, solo corresponde evaluar dicho acto en el presente amparo. Por el contrario, éste constituye la manifestación de un acto continuado que se reputa como lesivo y que abarca a todas las publicaciones que se hicieron sobre el demandante. Incluso, prueba de estos actos continuados que se alegan como lesivos son las publicaciones que, con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo, aparecieron y que el demandante acusa también como vulneratorias (fundamento 3 supra).

18. En consecuencia, y estando a lo expuesto, en el caso de autos es de aplicación lo establecido en el artículo 44, inciso 3, del Código Procesal Constitucional.

§ 2. Sobre la necesidad de emitir un pronunciamiento respecto al fondo del asunto

19. En el caso de autos es oportuno tener presente que, según el escrito presentado por la parte demandante el 31 de enero de 2017, a la fecha la publicación demandada –semanario "El Gato"– ya no se encuentra en circulación. Sin embargo, este Tribunal debe advertir que el acto lesivo que ha sido reclamado por la parte demandante radica en la publicación y circulación de una serie de ediciones de dicho semanario. De manera que, a pesar que en la actualidad éste ya no se distribuye, lo cierto es que dichas publicaciones ya han sido difundidas al público y, en consecuencia, ello resulta suficiente para evaluar si existiría o no una posible afectación de los derechos de don Alejandro Lamadrid Ubillús.

20. Si este Tribunal resolviera en el sentido de que la demanda es improcedente por haberse dejado de publicar el semanario "El Gato", es decir, si se decidiera la sustracción de la materia, de alguna forma se estaría convalidando que una eventual vulneración del derecho al honor o a la imagen devenga en inocua si es que el medio o los medios mediante los cuales se produjo tal afectación han dejado de existir o han salido de circulación. El Tribunal ampararía, en dicha hipótesis, una manera de violentar derechos fundamentales sin ninguna consecuencia ni posibilidad reparatoria.

21. Es así que, de existir razones para que este Tribunal desestime la demanda de amparo, ello debería hacerse resolviendo en todo caso las cuestiones de fondo de la presente causa. En este punto es preciso remarcar que la inexistencia actual de la publicación demandada no tornaría en irreparable la eventual vulneración

a los derechos invocados que este Tribunal pudiera concluir; ello, dado que, de ser el caso, el Tribunal podría ordenar que quienes se encargaron de dirigir la publicación de las ediciones cuestionadas publiquen, en otro medio de similar circulación y características, los desagravios que fueran pertinentes y necesarios.

22. Por lo tanto, este Colegiado concluye que, a pesar que el semanario "El Gato" – medio en el que se hicieron las publicaciones que el demandante alega como vulneratorias de los derechos que alega–, ya no se encuentra en circulación a la fecha, ello no es impedimento para que se emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, dado además a naturaleza de los bienes constitucionales aquí implicados.

FUNDAMENTOS

§ 3. Análisis de la controversia

§3.1. Argumentos del demandante

23. El demandante, don Alejandro Lamadrid Ubillús, sostiene que el semanario "El Gato" ha vulnerado sus derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen a través de la publicación de las siguientes ediciones:

a) Edición 2 (del 17 al 23 de noviembre de 2011): En esta edición del semanario aparece una fotografía a colores del recurrente en su condición de Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Lambayeque y debajo de la misma se consigna la frase: "el colmo, presentan libro sobre medio ambiente, pero ensucian la ciudad y maltratan árboles". Asimismo, en las páginas 8 y 9 de esta edición se publica, bajo el mismo texto, una serie de apreciaciones que el recurrente juzga inexactas y agraviantes sobre su persona, solamente por la presentación de su libro "El derecho penal ambiental en el Perú".

b) Edición 3 (del 24 de noviembre al 1 de diciembre de 2011): En la portada de esta edición se consigna: "Lo multaron". Líneas más abajo aparece la frase: "Municipalidad de Chiclayo le atribuye haber empapelado la ciudad con propaganda de la publicación de su libro". En las páginas 2 y 3 de esta publicación se vuelven a publicar 2 imágenes más acompañadas con los mismos términos.

c) Edición 4 (del 1 al 7 de diciembre de 2011): En esta edición se publica la foto del recurrente en la portada a colores, según el autor, sin su autorización y con la frase: "Lealtad a la UDCH o compromiso con Ortiz Prieto". A criterio del demandante, en las páginas 8 y 9 se formula un juicio de valor

negativo sobre su persona, insinuando una supuesta lealtad de su parte a don Alberto Ortiz Prieto.

d) Edición 5 (del 8 al 14 de diciembre de 2011): En esta edición se vuelve a publicar la fotografía del demandante en la portada y coloca el título: "Grave denuncia contra el Dr. Alejandro Lamadrid Ubillús" y como subtítulo se señala: "Rafael Orrego Alvarado vincula autoridades de UDCH, actualmente investigados por graves delitos, con Presidente de la Junta de Fiscales". En las páginas 8 y 9 de esta edición se expresan, a decir del recurrente, una serie de infundios y falsedades respecto a su persona.

e) Edición 6 (del 15 al 21 de diciembre de 2011): En la portada de esta edición se publica la imagen del demandante bajo el título "Peculado de Uso". En la página 15 se lee como título: "Fiscalía Suprema Investigará al Dr. Alejandro Lamadrid" y como subtítulo: "Director General del Consejo Nacional de la Magistratura deriva denuncia a Jefe de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público para que investigue al Dr. Alejandro Lamadrid".

f) Edición 8 (del 5 al 12 de enero de 2012): En esta edición se publica en la portada una fotografía de considerables dimensiones a colores con la frase "Mintió a la opinión pública" (que el demandante considera ofensiva). Asimismo, en las páginas 11, 12, 13, 14 y 15 se publican, según dice el demandante, imputaciones tendenciosas que dañan su honor y dignidad personal.

g) Edición 9 (del 19 al 25 de enero de 2012): En esta edición se publica en la portada la siguiente frase: "Las mentiras y amenazas del Dr. Alejandro Lamadrid Ubillús" y en la página 4 se publica su imagen.

h) Edición 11 (del 16 al 22 de enero de 2012): En la portada de esta edición se publica una foto del recurrente en cuya parte superior se indica: "A INFOCORP podrían ir de no cancelar multa impuesta por Municipalidad de Chiclayo". En las páginas 10 y 14 publican dos imágenes más algunas frases.

i) Edición 13 (del 14 al 20 de abril de 2012): En esta edición se publica en la portada una fotografía editada en la cual el demandante aparece ahorcado con una soga en el cuello y al pie hay una nota que dice: "Lamadrid con la soga al cuello". Este montaje se repite en mayores dimensiones en las páginas 12 y 13 de esta edición del semanario.

j) Edición 14 (del 11 al 17 de junio de 2012): En esta edición se publica una imagen del demandante y se coloca la frase: ¡Este sujeto, este individuo, quiso ser fiscal supremo!

k) Edición 18 (de abril de 2014): En la portada de esta edición se publica una foto del demandante y al interior de la misma –páginas 8 y 9– se da cuenta del fallo expedido por la Sala de Derecho Constitucional de Chiclayo que, en el caso de autos, desestimó la demanda en segunda instancia o grado.

§3.2. Argumentos de los demandados

24. En su escrito de contestación, don Yuri Brando Ríos Díaz en su calidad de gerente general de la empresa Editora El Gato SAC, propone las excepciones de incompetencia por razón de la materia; de oscuridad o ambigüedad de la demanda; de falta de legitimidad para obrar del demandado y de falta de agotamiento de la vía previa. Señala al mismo tiempo que la demanda no está referida de forma directa al contenido constitucionalmente protegido por los derechos invocados y, que lo que en realidad pretende el demandante, es que se establezca una censura previa a un medio de comunicación (fojas 106).

25. Asimismo, los demandados señalan que, con fecha 20 de diciembre de 2011, el demandante ejerció su derecho de rectificación mediante la presentación de una carta. Añaden que el recurrente solo solicitó la rectificación de las publicaciones señaladas en los acápites a), b), c), d) y e) del fundamento 2 supra y que en la octava edición del semanario se cumplió con publicar la carta remitida por el demandante. Sin embargo, refieren que, en aplicación del artículo 2 de la Ley 26775, el pedido de rectificación, respecto de las publicaciones consignadas en los acápites a), b) y c) del fundamento 2 supra, se realizó fuera del plazo de 15 días naturales que la referida norma establece contados desde la publicación que se propone rectificar. Por ello, arguyen que la aludida rectificación solamente se hizo respecto de las publicaciones de las ediciones señaladas en los acápites d) y e) supra. Concluye tan solo se publicó la carta cursada por el demandante dado que él nunca les indicó la forma en la que debía hacerse la rectificación.

26. Por su parte, don Rafael Fernando Orrego Alvarado advierte que no ha sido director del semanario demandado sino hasta la novena edición (del 19 al 25 de enero de 2012).

§4. Consideraciones del Tribunal Constitucional

§4.1 Materias constitucionales a dilucidar

27. La demanda interpuesta gira en torno a dilucidar si, como producto de una serie de publicaciones del semanario "El Gato" (Cfr. supra fundamento 2 y 3), se han visto afectados el honor, la buena reputación y la imagen del demandante, don Alejandro Lamadrid Ubillús. En buena cuenta, se busca poner a debate si es que

en el ejercicio de las libertades comunicativas (de expresión e información) se han visto menoscabados los derechos alegados por el recurrente.

28. En ese sentido, este Tribunal, con el propósito de precisar el contenido de diversas cuestiones de relevancia constitucional referidas a las libertades comunicativas y el derecho al honor y a la imagen de las personas en general –y de los funcionarios, servidores públicos o personas con notoriedad pública en particular– considera necesario abordar los siguientes tópicos:

    - El derecho al honor, a la buena reputación y a la imagen.
    - Los derechos a la libertad de expresión e información como manifestaciones de las libertades comunicativas.
    - El rol de los medios de comunicación en una sociedad democrática.
    - El derecho al honor y a la imagen de los funcionarios y servidores públicos, así como de las personas con notoriedad pública.

§4.2. Derecho al honor, a la buena reputación y a la imagen

29. El artículo 2, inciso 7, de la Constitución reconoce el derecho de toda persona al honor y a la buena reputación. Ahora, si bien parece ser que la Constitución prefiere adscribirse a unrima facie, de prohibir la captación, reproducción y/o publicación de su imagen, cuando no medie su consentimiento". Por otro lado, la segunda dimensión, se refiere más bien a la facultad que tiene la persona de determinar el uso de su imagen, lo que la faculta a obtener su imagen, reproducirla o publicarla [Cfr. Expedientes 3459-2012-PA/TC, fundamento 7 y 01970-2008-PA/TC, fundamento 11]. Ambas dimensiones son expresiones del derecho a la imagen y, por lo mismo, encuentran sustento normativo en el inciso 7 del artículo 2 de nuestra Constitución.

38. En mérito de lo expuesto, este Tribunal entiende que, en el presente caso, los argumentos de la parte demandante están dirigidos a proteger sus derechos al honor y a la imagen, pues, como se advierte del tenor de la demanda y de los actuados que obran en el expediente, se alegan como vulneratorias diversas ediciones publicadas por el semanario "El Gato" en las que se consignaron frases que aludían directamente a don Alejandro Lamadrid Ubillús acompañadas, muchas veces, de su imagen.

§4.3. Los derechos a la libertad de expresión y de comunicación como manifestaciones de las libertades comunicativas

39. Para este Tribunal es una realidad evidente que con frecuencia el derecho al honor o incluso el derecho a la imagen, se ven comprometidos en cierta medida por el

ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información inclusive. Al respecto, aun cuando recurrentemente se suela confundir el ámbito de protección de ambas libertades comunicativas, es necesario señalar y delimitar las diferencias entre una y otra a efectos de comprender cuales son los ámbitos que constitucionalmente se amparan respecto de las mismas.

40. Al respecto, este Tribunal ha señalado que las libertades de expresión y de información, constituyen una concreción del principio de la dignidad del ser humano y un complemento indesligable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución. [Cfr. Expediente 00015-2010-PI/TC, fundamento 16].

41. Pues bien, sobre la libertad de información concretamente, se ha establecido, a partir de la jurisprudencia de este Tribunal, que, "como derecho fundamental está referida a la recepción y difusión de noticias, datos o cualquier otro tipo de mensaje tangible, sustentado en el principio de veracidad. Mientras que, por su parte, la libertad de expresión está vinculada con la comunicación de ideas, comentarios u opiniones que, sobre la base de congruencia, merece tutela constitucional" [Cfr. Expediente 4611-2007-PA/TC, fundamento 39]. No obstante –conviene precisar– el principio de veracidad, que se exige respecto de la libertad de información, no debe ser confundido con el requerimiento de una certeza absoluta por parte de quien informa, sino que se debe asumir como un criterio que exige cierto grado de verosimilitud comprobable de la información. De esa manera, se recordó en el fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente 0905-2001-AA/TC que:

> "(…) la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos".

42. Así las cosas, resulta crucial tener presente el distinto programa normativo de la libertad de expresión y de la libertad de información, pues ello coadyuvará a determinar de manera correcta la legitimidad del ejercicio de dichas libertades. Esto es así porque mientras que en el caso de la libertad de información, la veracidad del hecho noticioso está sometida a prueba; la expresión de opiniones o juicios de valor no se presta a ninguna demostración de exactitud [Cfr. Expediente 2976-2012-PA/TC, fundamento 7]. En efecto, "por su propia naturaleza, los juicios de

valor, las opiniones o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, en ese sentido, no pueden ser objetos de un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos que, por su propia naturaleza de datos objetivos y contrastables, si lo pueden ser" [Expediente 0905-2001-AA/TC, fundamento 9].

43. No obstante la diferencia entre ambas libertades comunicativas, puede suceder en ciertas circunstancias que ambas confluyan en un mismo acto. En efecto, puede que al ejercerse la libertad de información se añadan ciertos juicios de valor u opiniones que, en sentido estricto, serán manifestación de la libertad de expresión. Y en sentido inverso, puede que al ejercerse la libertad de expresión, se acompañen datos noticiosos de trascendencia que se acercan más bien al ejercicio de la libertad de información. Ello se debe a que la expresión de un juicio de valor o una opinión no surge en abstracto, sino que más bien son consecuencia de la descripción de ciertos hechos o acontecimientos (informaciones). Esto reafirma, a juicio de este Colegiado, la necesidad de garantizar ambas libertades comunicativas a pesar de ser, en sustancia, libertades distintas en cuanto a su objeto.

44. En este punto es necesario recalcar que el hecho de que la libertad de expresión no esté sometida al principio de veracidad –como si lo está la libertad de información– no supone que su ejercicio pueda ser siempre considerado como legítimo e irrestricto y que no contenga límites de naturaleza alguna. De hecho, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, tal y como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado al expresar que:

> "El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención." [Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, párrafo 112].

45. Por lo tanto, si bien el derecho a la libertad de expresión –que muchas veces se acompaña del ejercicio de la libertad de información– es crucial para el desarrollo democrático de las sociedades, es importante advertir que no está constitucionalmente protegido que bajo el ejercicio ilegítimo de dichas libertades comunicativas se afecte negativamente el honor o la imagen de las personas. Es en ese sentido que debe entenderse que la Constitución solo ampara el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y de la libertad de información.

§.4.4 El rol de los medios de comunicación en una sociedad democrática

46. Las libertades comunicativas no son derechos exclusivos de los medios de comunicación debido a que tanto la libertad de expresión como la libertad de información pueden ser ejercidas por cualquier persona por tratarse de libertades constitucionalmente reconocidas bajo el amparo de la dignidad del ser humano y no sobre la base del ejercicio de una determinada profesión u oficio. Se tratan, en buena cuenta, de derechos reconocidos por la propia razón del ser y no por la calidad que éste ostenta en el ámbito de la dinámica social y sus aspiraciones profesionales.

47. Sin embargo, ello no significa desconocer la importante labor que los medios de comunicación –cualquiera sea la plataforma en la que éstos se presenten– realizan en el marco del libre intercambio de ideas e informaciones en una sociedad democrática. Esta vital importancia ha sido puesta en evidencia por este Tribunal al señalar que "[r]esulta indudable el importante rol de los medios de comunicación en la sociedad actual. Desde la clásica prensa escrita, pasando por la radio, la televisión y el internet, los medios de comunicación han sido y son indispensables para el fortalecimiento de las democracias liberales. Pero así como tienen un rol fundamental, pueden ser utilizados también para amenazar y vulnerar derechos fundamentales. Y es que en una sociedad masificada, la transmisión de imágenes, noticias u opiniones que potencialmente vulneren el honor, la intimidad y el derecho a la imagen propia, pueden ser difundidas de manera inconmensurable." [Expediente 3459-2012-PA/TC, fundamento 13].

48. De esa manera, en la sentencia recaída en el Expediente 0003-2006-PI/TC, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

47. Los medios de comunicación cumplen un rol de vital importancia en el Estado social y democrático de derecho. No sólo permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo inherente a una sociedad democrática, sino que, a su vez, por su cada vez mayor alcance difusivo, se convierten en potencial instrumento de integración social.

    (…)

    La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías."

49. Por lo tanto, es realmente importante que se busque neutralizar el ejercicio abusivo de los derechos ejercidos a través de los medios de comunicación de masas,

toda vez que una institución constitucional no puede verse trastocada, y, más bien, corresponde a la Constitución proponer la tutela necesaria de sus derechos fundamentales dotando a las personas comunes y corrientes de los recursos jurídicos pertinentes para poder reponer las cosas al estado anterior a la violación [Expediente 3362-2004-PA/TC, fundamento 12].

50. En una sociedad plural los medios de comunicación, con su constante emisión de imágenes, informaciones y opiniones por medio de programas o de mensajes publicitarios, establecen determinados comportamientos y roles [Cfr. Expediente 3459-2012-PA/TC, fundamento 14]. De ahí que deban conducir sus acciones con el alto nivel de responsabilidad que su función social les exige. Esto adquiere medular importancia sobre todo porque una equivocada difusión de informaciones en los medios de comunicación de masas tiene una gran posibilidad de generar daños en las personas [Cfr. Expediente 3362-2004-PA/TC, fundamento 10]. Sin embargo, debe también tenerse presente que, dada la importancia de las libertades comunicativas en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercer profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información al mismo tiempo que equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo [Cfr. Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párrafo 117].

51. Sobre este asunto en particular, este Tribunal advierte que la obligación que tiene el Estado de minimizar las restricciones a la libre circulación de la información –e incluso de las opiniones e ideas– es un aspecto que abarca a todo el proceso comunicativo. Es decir, no es una obligación que se agote solamente con garantizar que la información u opinión sea transmitida, sino que se debe garantizar también la idoneidad del escenario previo que permita el ejercicio adecuado de las libertades comunicativas en un contexto verdaderamente democrático, así como el escenario posterior inclusive.

52. En consecuencia, se debe procurar la eliminación de las restricciones durante todo el proceso comunicativo de informaciones y expresiones de la siguiente forma: (i) ex ante, desterrando en la mayor medida posible las prohibiciones legales o de cualquier otra índole que pudieran existir y que impidan difundir determinados tipos de información o de expresiones; (ii) durante el proceso comunicativo, garantizando que no exista interferencia ni coacción de ninguna naturaleza contra quienes ejercen legítimamente las libertades comunicativas y, (iii) ex post, salvaguardando que quienes emiten determinada información o expresión no

sean amedrentados o amenazados por ello o, incluso, proteger que a los medios de comunicación no se les exija revelar sus fuentes informativas bajo ningún motivo, pues ello colisionaría abiertamente con el respeto al ejercicio independiente de la profesión periodística, lo cual deviene en esencial para que los medios de comunicación puedan cumplir adecuadamente la función social que ostentan como pilares del desarrollo de la democracia.

53. En efecto, bajo la perspectiva anteriormente descrita, este Tribunal ya ha señalado que el secreto profesional protege a los titulares de la libertad de comunicar información, es especial a los periodistas de cualquier medio de comunicación social; por ello, no pueden ser obligados a relevar sus fuentes informativas [Cfr. Expediente 0134-2003-HD/TC, fundamento 2].

54. Lo expuesto anteriormente se nutre, qué duda cabe, de la idea misma que señala que los medios de comunicación representan una piedra angular para la construcción de una sociedad verdaderamente democrática. De ahí que se haya expuesto que la libertad de expresión y de información son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional [Cfr. Expediente 0905-2001-PA/TC, fundamento 13]. No obstante, como contrapartida de esta gran importancia que tienen en la dinámica social, deben actuar con suma cautela a fin de evitar que en el ejercicio de las libertades comunicativas se cometan violaciones a los derechos al honor o incluso a la imagen de terceros, independientemente de si se trata o no de un personaje o figura pública.

55. De esta manera, se ha reconocido "la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 10 de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público" [Expediente 0027-2005-PI/TC, fundamento 26].

56. La contribución al debate sobre cuestiones de interés público que los medios de comunicación vierten en la sociedad resulta ser crucial sobre todo en contextos de álgidos debates en los que se discuten temas de relevancia para la colectividad. Es en esta clase de escenarios –en los que además se puede evidenciar algún grado de polarización– que se hace más patente la especial responsabilidad que los medios de comunicación tienen al ejercer las libertades comunicativas, a la vez que se hace también más importante garantizar que éstos cuenten con las garantías ne-

cesarias de que las ideas, opiniones o informaciones que expresen por sus diversos medios, no serán objeto de estigmatización o represalias de ningún tipo, sea en el ámbito judicial o en cualquier otro que amenacen su independencia.

57. Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también se ha venido manifestando que, si bien resulta fundamental que los periodistas gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad –requisito indispensable para que ésta a su vez sea una verdadera sociedad libre– [Cfr. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 150], los medios de comunicación, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, siendo necesario, además, que recojan las más diversas informaciones y opiniones. [Cfr. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 117]. En síntesis, los medios de comunicación gozan de una libertad que ha de ejercerse siempre con la responsabilidad que la naturaleza de su presencia en la sociedad les exige.

58. Por último, es relevante recalcar que la libertad de información –como bien indudablemente valioso– supone, junto con la libertad de expresión, un alto compromiso para con la sociedad en su conjunto. El poder de la información en las sociedades contemporáneas es superlativo y se acrecienta cada vez más. Es así como con el transcurso del tiempo se puede observar que a través de la transmisión de ideas e informaciones se generan cambios en las sociedades y hasta en el comportamiento de sus miembros; así como también en la forma en la que se maneja la vida pública o privada de las personas o, inclusive, de las propias instituciones públicas y servidores o funcionarios.

59. Así las cosas, la condición que ostentan las libertades informativas que, aunque no exclusivamente, ejercen los medios de comunicación, requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que importan a la sociedad, cuenten con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello pudiera interferirse –o aparentemente interferirse– con otros derechos constitucionales. Lo anterior no implica, como ya se dejó también establecido, que las libertades comunicativas tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables.

§4.5. El derecho al honor y a la imagen de los funcionarios y servidores públicos, así como de las personas con notoriedad pública

60. Aun cuando se ha señalado que la libertad de expresión y la libertad de información no constituyen libertades absolutas, es necesario precisar que las expresiones

concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o de los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, gozan de mayor protección porque propician el debate democrático [Cfr. Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párrafo 128 y Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, párrafo 98]. Es decir que, en una sociedad democrática los funcionarios y servidores públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica que las demás personas. Este diferente umbral de protección se explica porque éstos se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y, en todo caso, ello no se asienta en la calidad del sujeto en sí, sino en el interés público de las actividades que realiza [Cfr. Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina, párrafo 86].

61. De hecho, en el ámbito de la discusión del derecho a la intimidad de las personas con proyección pública, altos cargos públicos o simplemente funcionarios públicos, este Tribunal ya ha referido que el umbral de protección se ve reducido debido a que dichas personas, desde el momento en que han decidido asumir cargos públicos, se exponen, de manera voluntaria, a un mayor escrutinio público acerca del modo en que ejercen la función [Cfr. Expediente 03485-2012-PA/TC, fundamento 24 y Expediente 02976-2012-PA/TC, fundamento 16].

62. Es así como incluso es admisible –y hasta deseable– que a partir del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, pueda criticarse el desempeño de un funcionario o servidor público. Esto responde a la necesidad misma que tiene la sociedad de informarse y de formarse un criterio sobre el manejo de la cosa pública. Sin embargo, lo que no encuentra justificación de ninguna índole será, más bien, que mediante el ejercicio ilegítimo de las libertades comunicativas se ataque o denigre a la persona, profiriendo, por cualquier medio, ofensas que desborden el ámbito de lo constitucionalmente protegido. En una sociedad plural el intercambio de ideas y la transmisión de informaciones es ampare y necesario, siempre y cuando no se socave el honor o la imagen de las personas sobre las cuales se vierten opiniones, criticas o, inclusive, se cuenta algún hecho noticioso que pudiera ser de interés de la colectividad.

63. Por otra parte, en relación con el derecho a la imagen, ya este Tribunal ha señalado que en el ejercicio de las libertades comunicativas o informativas no se requerirá el consentimiento cuando la persona desempeñe un cargo público y el uso de su imagen se relacione con el cargo que desempeña, por hecho de interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural. Así, por ejemplo, imágenes de funcionarios o empleados públicos realizando actividades delictivas no pueden considerarse como un mal uso de la imagen de tal persona [Cfr. Expediente 3459-2012-PA/TC, fundamento 8].

64. En virtud de todo ello, es necesario comprender que la labor que un funcionario o servidor público realiza, siempre en el marco de sus funciones, resulta de interés de la colectividad. Incluso, en algunos casos, las actividades que no se encuentren precisamente en el marco de las atribuciones funcionales pero que puedan tener cierto grado de importancia sobre el escrutinio de su desempeño e idoneidad como funcionario o servidor, también estarán cubiertas por el ejercicio de ambas libertades comunicativas –de expresión y de información–. Este análisis, a juicio de este Tribunal, corresponde hacerse en cada caso concreto, no siendo adecuado tomar una decisión al respecto de manera abstracta.

65. Finalmente, a juicio de este Colegiado, el diferente umbral con que se mide el ejercicio legítimo de las libertades comunicativas respecto de los funcionarios o servidores públicos, es predicable también respecto de cualquier persona que, sin ejercer un cargo o función pública, haya alcanzado cierto grado de notoriedad púbica, logrando reconocimiento por la sociedad como "personaje público". Este parecer encuentra sustento en el hecho mismo de que la notoriedad pública de una persona, la expone también a que los medios de comunicación o incluso los particulares, en ejercicio de su libertad de expresión o de información, busquen dar a conocer determinados aspectos sobre su vida pública, resultando una innegable realidad que, por su condición en la palestra social, su ámbito de privacidad se ve sensiblemente reducido. Al respecto, por ejemplo, ha señalado la Corte Constitucional de Colombia que los personajes públicos "se convierten en centros de atención con notoriedad pública e inevitablemente han aceptado el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, en razón a que buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral" [Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-546-16].

§5. Análisis del caso concreto

66. En el caso de autos tenemos que, en esencia, son once las publicaciones respecto de las cuales el recurrente alega la violación de sus derechos al honor y a la imagen. Entonces, para dilucidar si en el presente caso ha ocurrido tal afectación, corresponde evaluar el contenido de cada edición denunciada como lesiva, las cuales han sido consignadas en el fundamento 2 supra en los acápites a), b), c), d), e), f), g), h) e i) y en el fundamento 3 supra en los acápites j) y k).

67. Pues bien, en relación con las publicaciones de las ediciones 2 y 3 –acápites a) y b)–, este Tribunal advierte que aquellas se informa sobre el evento en el que el demandante presentaría un libro de su autoría. En estas ediciones del semanario se refiere que el demandante empapeló la ciudad con propaganda de la presentación de su libro. Asimismo, se informa que el demandante fue multado por dicho

acto. A juicio del recurrente, en estas publicaciones se mencionan apreciaciones inexactas y agraviantes.

68. Sobre el particular, se puede advertir que en ambas ediciones de la publicación se informó que, presuntamente, como producto de la promoción de la presentación del libro de su autoría, el recurrente habría ensuciado las vías públicas. A juicio de este Tribunal, dichas informaciones no vulneran el derecho al honor del demandante pues, más allá de señalar de manera genérica que éstas serían apreciaciones inexactas, el demandante no ha indicado en qué radicarían dichas inexactitudes. De manera que, en este caso concreto, estamos ante un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información en tanto que la publicación difundió hechos objetivos ciertamente contrastables con la realidad.

69. En efecto, en la edición 2 se puede advertir además que, junto con imágenes de las paredes empapeladas con los afiches del evento de la presentación del libro cuya autoría recae sobre el recurrente, se publicó, por ejemplo, lo siguiente:

> "Aunque usted no lo crea amigo, lector, las imágenes que presentamos corresponden al reprochable atentado contra el Ornato de nuestra querida ciudad de Chiclayo, materializado con el empapelado que se ha hecho de las calles céntricas de Chiclayo, postes, árboles –nuestros pulmones de la ciudad– e incluso la casa donde nació José Balta. Además, estos y otros lugares más también han sido víctimas de un atentado contra el ornato de nuestra ciudad.
>
> Lo grave del caso es, que no se trata de cualquier afiche, sino de uno dedicado a la presentación de un libro, irónicamente, que trata sobre Derecho Ambiental, escrito, no por cualquier persona o por alguien que recién se inicia en actividades académicas, sino –como lo detalla el mismo afiche– por alguien que ya había escrito más de tres libros sobre el tema, desde hace más de 16 años, con estudios profesionales en Derecho, dos Maestrías, dos Doctorados y además, que ocupa el cargo de Presidente de la Junta de Fiscales del Distrito Judicial de Lambayeque, cuyo cargo lo presenta con énfasis, pues lo resalta con negrita, como usted podrá verificar al observar la foto respectiva y los afiches que aún se mantienen dañando el ornato de nuestra ciudad." (…)

70. De igual forma, en la edición 3 del semanario se da cuenta sobre la multa que la Municipalidad Provincial de Chiclayo habría impuesto al actor por haber pegado afiches con publicidad en la vía pública sin la autorización municipal correspondiente. Se advierte, además, que en la página 3 de esta edición se consigna una

imagen de la papeleta de infracción emitida contra el autor por haber infringido presuntamente la norma establecida en el Código de Infracción LP27. A juicio del Tribunal, en este aspecto el ejercicio del derecho a la libertad de información cumplió con el estándar de veracidad exigido para el ejercicio adecuado de dicho derecho.

71. En efecto, el autor no ha demostrado que la información propagada en esta edición sea falsa o que haya sido adulterada de alguna manera. De hecho, el demandante solo refiere que lo publicado en esta edición le resulta agraviante, pero no específica de qué manera el ejercicio de la libertad de información en este caso concreto se ha llevado a cabo de manera ilegítima o irregular (Cfr. fojas 67). Así las cosas, no se aprecia que la publicación demandada haya emitido información inexacta ni tampoco puede afirmarse que ésta ha sido presentada de forma arbitraria o negligente. Más aún, este Tribunal recuerda que anteriormente ha considerado que no resulta ilegítimo el ejercicio de la libertad de información si es que al ejercerse ésta se acompaña información veraz que acredite mínimamente lo que finalmente se asevera [Véase, por ejemplo, los Expedientes 04034-2010-PA/TC, 04035-2010-PA/TC, entre otros].

72. En relación con las publicaciones de las ediciones 4 y 5 –acápites c) y d)– se puede advertir que, a través de imágenes y textos, se vincula a don Alejandro Lamadrid Ubillús, en su calidad de Presidente de la Junta de Fiscales de Lambayeque, con ciertas autoridades de la Universidad de Chiclayo, de quienes se dice a su vez que estarían siendo investigados por la comisión de graves delitos.

73. Este Tribunal es consciente que conocer el ámbito en el que se desenvuelven los funcionarios y servidores públicos no es una cuestión indiferente a la opinión pública ni a la sociedad en su conjunto; en este aspecto los medios de comunicación, qué duda cabe, juegan un rol importantísimo y hasta determinante. Tan es así que en este ámbito incluso no sólo se protege la emisión de expresiones consideradas inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, resultan ingratas, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población [Cfr. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, párrafo 152 y Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, párrafo 83].

74. Sin embargo, conviene resaltar, la legitimidad del ejercicio de la libertad de información no se mide por el grado de incomodidad, molestia o disgusto que pueda ocasionar a los funcionarios, servidores públicos o sujetos con notoriedad pública, quienes, como ya se dijo, por la naturaleza de su desenvolvimiento en la dinámica social aceptan también ser sometidos a un escrutinio diario acerca del modo como se conducen en el ejercicio de sus funciones o de sus vidas; sino porque la

propagación del hecho noticioso –que puede estar acompañado o no de un juicio de valor u opinión– no se realice empleando expresiones vejatorias, afrentosas o injuriosas contra dichas autoridades. Incluso se ha dicho ya que, en ciertos casos, determinados ámbitos de la vida privada de los funcionarios públicos pueden ser expuestos, siempre y cuando los mismos se encuentren directamente relacionados a cuestiones de interés público [Expediente 03485-2012-PA/TC, fundamento 24], criterio que, como resulta lógico también alcanza a los personajes públicos como categoría genérica de los sujetos con notoriedad pública.

75. Así las cosas, a juicio de este Tribunal no resulta vulneratorio del derecho al honor o a la imagen el hecho de que se publique información sobre las relaciones que, en el ámbito público, un servidor público –como el demandante- pueda entablar con otros personajes públicos. Más aún, en el caso concreto, las publicaciones anteriormente señaladas no hacen referencia a que el actor se encuentre vinculado con las investigaciones que se estarían siguiendo contra ciertas autoridades de la Universidad de Chiclayo.

76. Asimismo, si bien el demandante denuncia la utilización de su imagen sin autorización expresa (fojas 67), ello no comporta una vulneración tampoco del derecho
576 a la imagen, pues, como ya se dejó establecido, no se requiere el consentimiento, para el uso de imágenes, cuando la persona desempeñe un cargo público, siempre que el uso de dichas imágenes se relacionen con el cargo que desempeña. En efecto, resulta de interés colectivo, conocer como un funcionario o servidor público (el demandante) se desenvuelve en la vida pública, en el ámbito de sus relaciones interpersonales con otros personajes públicos (las autoridades universitarias investigadas).

77. En relación a la publicación de la edición 6 –acápite e)– este Tribunal advierte que en la portada de la misma se publica la foto del demandante con la siguiente frase: "Peculado de uso". Asimismo, se refiere en la página 15 de esta edición que el demandante sería investigado por la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público a solicitud del Director General del Consejo Nacional de la Magistratura.

78. A juicio de este Tribunal, la información que, tanto en la portada como en el interior de esta edición del semanario se vierten sobre el demandante acompañadas de su imagen, no resultan lesivas ni de su honor ni de su imagen puesto que solo se limita a informar sobre un hecho concreto, respecto del cual el recurrente no ha manifestado su falsedad, sino que, por el contrario, solo ha referido que le ocasiona un daño moral, académico, familiar y profesional, sin mayor sustento (Cfr. fojas 68).

79. A propósito de ello, debe además recordarse que, desde una perspectiva constitucional, si bien es cierto que lo que protege la libertad de información es la información veraz, dicha veracidad en la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso, sino que, como ha señalado este Tribunal en el fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente 0905-2001-PA/TC, exige solamente que los hechos difundidos se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes.

80. A mayor abundamiento, este Tribunal advierte que en el desarrollo de la noticia que se hace en la página 15 de esta edición se utilizan términos en condicional para referirse a la vinculación del recurrente con la posible comisión del delito de peculado de uso. Además, se acompaña la imagen del oficio remitido por la Dirección General del Consejo Nacional de la Magistratura al Presidente de la Junta de Fiscales de Lambayeque solicitando el inicio de las investigaciones, lo cual, ciertamente, otorga a la información propagada el umbral requerido de veracidad. Así las cosas, puesto que una noticia solo se puede considerar como falsa o inexacta si es que no expresa la verdad o lo hace a medias [Cfr. 06136-2007-PA/TC, fundamento 20], este Colegiado no advierte que en el presente caso, estemos ante un ejercicio ilegítimo de la libertad de información.

81. En relación con las ediciones 8 y 9 –acápites f) y g)– se puede apreciar que en las mismas se publican fotografías del demandante con las siguientes frases: "mintió a la opinión pública" o "las mentiras y amenazas del Dr. Alejandro Lamadrid Ubillús". Desde la perspectiva del demandante, estas frases acompañadas de imágenes suyas resultan ofensivas y tenían como objetivo desprestigiarlo y ocasionarle el mayor daño posible (fojas 68).

82. En el desarrollo de esta información, como se puede apreciar en las páginas 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la octava edición del semanario obrante en autos, se cuestiona una carta dirigida a la opinión pública de autoría del demandante que apareció en la edición del jueves 22 de diciembre de 2011 del diario "La República."

83. En estas páginas se indica, a grandes rasgos, que todo lo expresado por el demandante en dicha carta –en donde además se hace alusión directa al semanario "El Gato"– sería falso. Sobre el particular, este Tribunal advierte que el referido semanario contrastó las afirmaciones que el recurrente hizo en su carta con datos concretos que desvirtuarían sus afirmaciones, por lo que no se puede concluir que, por parte de los emplazados, se haya ejercido la libertad de expresión e información de manera arbitraria, pues no fueron constataciones antojadizas por parte del semanario.

84. En relación a la edición 11 –acápite h)– este Tribunal advierte que se publicó una imagen del recurrente indicando que éste no habría pagado una deuda a la Municipalidad de Chiclayo y que, por lo tanto, sería incluido en Infocorp. A juicio de este Tribunal, esto constituye un ejercicio legítimo de la libertad de información; información que el recurrente no ha señalado que sea falsa o inexacta y que además, se esgrimió como una posible consecuencia ante el presunto incumplimiento de una deuda por parte del demandante a un ente público como lo es la Municipalidad de Chiclayo. En efecto, en la página 15 de esta edición se señala al respecto:

> "En el caso que ahora informamos, el Dr. Lamadrid e INCEGA, pueden pasar a dicha central de riesgo, en caso –agotadas todas las vías– no cumplan con cancelar la obligación respectiva."

85. Ahora, en cuanto a la edición 13 –acápite i)– se puede apreciar que aparece en la portada una imagen editada del demandante con una soga en el cuello, acompañada del texto: "Lamadrid con la soga al cuello". Este Tribunal considera que dicha imagen no se enmarca dentro del ejercicio del derecho a la libertad de información, sino en el de la libertad de expresión. Lo que corresponde, en este punto, entonces, es dilucidar si es que la propagación de dicha imagen constituye o no una afectación del derecho al honor y a la imagen del recurrente.

86. Como se señaló previamente, en el caso del uso de las imágenes de funcionarios o servidores públicos, no será necesario obtener el consentimiento por parte de éstos, siempre y cuando dichas imágenes guarden relación con el cargo que desempeñan.

87. Esta posibilidad, sin embargo, no puede constituirse en una licencia para que, bajo el manto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se pueda afectar el honor o la imagen de las personas en general y de los servidores, funcionarios públicos o personajes públicos en particular. Sobre esta cuestión ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que la garantía de este derecho "no significa que los periodistas estén exentos de responsabilidades en el ejercicio de su libertad de expresión. El ejercicio abusivo de la libertad de expresión, sea por una persona particular o un periodista, puede estar sujeto al establecimiento de responsabilidades ulteriores, conforme al artículo 13.2 de la Convención" [Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina, párrafo 121].

88. En el caso particular de esta edición se puede apreciar que se usa la imagen del recurrente a la que se le edita con el fin de reforzar la idea del texto que la acompaña. Es decir, se ejerce la libertad de expresión por medio de una imagen editada que, según señala el demandante, atenta contra su honor. A juicio de este

Tribunal la imagen editada en la cual se puede apreciar al demandante con una soga en el cuello que aparece tanto en la portada del semanario como en la página 12 de éste, no lesiona su derecho al honor ni su derecho a la imagen. Y es que el ejercicio de la libertad de expresión cobija también la muestra de imágenes de funcionarios, servidores públicos o personajes públicos modificadas o editadas para reforzar un determinado mensaje, pues, como se dejó establecido supra, la protección de la libertad de expresión no sólo se extiende respecto de la propagación de ideas que se consideren favorables o inofensivas, sino también a aquellas que puedan resultar chocantes o perturbadoras para la persona de quien se trate o para la colectividad.

89. Este diferente umbral con que se mide el ejercicio de las libertades comunicativas cuando se trata de funcionarios, servidores públicos o personajes públicos, puede suponer, sin embargo, un análisis distinto cuando se trate de casos que involucran a sujetos que carecen de aquella notoriedad pública a la que hizo referencia este Tribunal en el párrafo 65 supra. En efecto, en estos casos, si podrá constituirse una vulneración del derecho al honor o a la imagen, cuyo análisis, a juicio de este Tribunal, corresponderá en todo caso hacerse de manera concreta atendiendo a las circunstancias particulares de la controversia.

90. Finalmente, respecto a las ediciones 14 y 18 –acápites j) y k)– que el demandante alegó como lesivas de su honor e imagen luego de presentarse la demanda– este Tribunal no considera que resulten publicaciones que vulneren los derechos por él alegados. Así, en la primera de ellas sólo se emite un juicio de valor –libertad de expresión– sobre la idoneidad del demandante para aspirar a un cargo público y, como ya se ha referido en esta sentencia, la importante función social que deben cumplir los medios de comunicación les permite –y hasta les exige– convertirse en escenarios donde se lleve a cabo el escrutinio de aquellos que se encuentran ejerciendo un cargo o función pública o que aspiran a ello.

91. Por otro lado, en la segunda de estas ediciones, la publicación únicamente se limita a dar cuenta de la sentencia emitida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Lambayeque que declaró improcedente la demanda de autos, lo cual ciertamente constituye un ejercicio legítimo de la libertad de información.

92. Por estas consideraciones, este Tribunal considera que en el presente caso, las publicaciones realizadas en las ediciones descritas en los párrafos 2 y 3 supra del semanario "El Gato" no resultaron ser lesivas ni del derecho al honor ni del derecho a la imagen del recurrente. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda de autos.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda por no haberse producido la vulneración de los derechos alegados por el demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas en la presente causa, creo necesario añadir las siguientes consideraciones:

1. La presente controversia se refiere a un típico caso donde se alega la existencia de conflicto entre libertades informativas (esto es, las libertades de expresión e información) y otros derechos fundamentales como los de honor o a la imagen, que han sido invocados por el recurrente.

2. En primer lugar, y como ha sido tantas veces explicado, es necesario indicar que las libertades informativas constituyen bienes de la máxima importancia en un Estado Constitucional, en la medida que ayudan a la configuración de una opinión pública informada, libre y plural en una sociedad determinada.

3. Ahora bien, de este especial valor no debe desprenderse, de inmediato, una especie de preponderancia prima facie o, incluso, una especie de jerarquización en abstracto de estos derechos fundamentales con respecto de otros derechos y bienes constitucionales. Conviene precisar, entonces, a qué se hace alusión con una expresión que podría prestarse a confusiones, como la de un supuesto "margen de optimización más intenso" (f. j. 59), y que se entendería como a favor de las "libertades comunicativas" (en alusión a las "libertades informativas", como veremos luego).

4. En este marco, debo decir entonces que a favor de las libertades informativas, en la medida que se tratan de libertades que optimizan el funcionamiento de una dinámica democrática robusta, tienen a su favor una cargas de carácter interpretativo o procesal, que no implican una mayor jerarquía o rango a su favor. En este sentido, podemos hacer referencia tal vez a la necesidad de aplicar un "test judicial estricto", el cual implica, cuando menos, que exista una inversión de la carga de la prueba en caso se quiera restringir o cuestionar el ejercicio de una libertad informativa, así como una presunción de ilegitimidad o inconstitucionalidad de la medida limitativa o restrictiva de este tipo de libertad.

5. Asimismo, es claro también que, pese al especial rol e importancia de estas libertades en las sociedades contemporáneas, su mero ejercicio no implica, per se, que

el derecho haya sido ejercido regularmente. En efecto, tenemos que el ejercicio de estas libertades puede colisionar o parecer colisionar con otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Tal sería el caso típico, entre otros ejemplos conocidos, de la eventual lesión de distintos derechos constitucionales, como pueden ser el derecho al honor, a la buena reputación, a la intimidad, a la imagen y voy propias, etc.

6. Empero, y luego de recordar que las libertades informativas no son derechos irrestrictos, tampoco debe caerse en la simplicidad de excluir de tutela, ex ante, aquellos contenidos que nos parecen, sin un debido análisis "sustantivo" o "de fondo", como contrarios a algunos derechos constitucionales. Dicho de otro modo, es necesario advertir del peligro que podría ocurrir si se considera que únicamente queda amparado, sin mayor precisión, "el ejercicio legítimo de dichas libertades comunicativas" (f. j. 45). Esto es así debido a que, en algún caso, podría considerarse excluido de la tutela que brinda el amparo, por ejemplo a través de un rechazo liminar, un mensaje que al juzgador o juzgadora le pueda parecer indebido o ilegitimo de manera previa al análisis de fondo que corresponde realizar sobre la constitucionalidad del discurso en un contexto específico.

582

7. Asimismo, deseo hacer una precisión de carácter conceptual (en especial, relacionado con los ff. jj. 39 y ss.). Como he señalado en otras ocasiones, y en el mismo tenor previsto en el texto constitucional peruano actualmente vigente, dentro de las libertades informativas puede distinguirse, por una parte, al derecho o libertad de información, y de otra a la libertad de expresión. La libertad de información permite el crear contenidos noticiosos, darlos a conocer, conocer dichos hechos y estar en capacidad de crear medios o instancias a través de los cuales puedan ejercerse los derechos antes mencionados (medios de comunicación social). Este derecho, además, implica el respeto y cumplimiento de ciertos parámetros, tales como la posibilidad de conocer, dar a conocer aspectos de interés público (o por lo menos, de relevancia pública), y crear condiciones para que ello ocurra; y alude al respeto de pautas en el manejo de la información utilizada, en la medida que debe acreditarse veracidad, y no certeza sobre la información que se maneja (veracidad que se traduce en una diligencia razonable en el manejo de las fuentes).

8. Y es que el ejercicio regular de libertad de información no implica, luego del análisis de ciertos acontecimientos, efectuar conjeturas, suposiciones o afirmaciones sin sustento, o insuficiente sustentadas. Es más, el derecho a la libertad de información se encuentra en las antípodas de la formulación de meras conjeturas, sospechas o suposiciones; o de afirmaciones sin sustento o inexactas. Se trata, en este sentido, de un derecho diferente a la libertad de expresión (que conjuntamente

con la libertad de información constituyen las "libertades informativas"), la cual se entiende como aquella facultad de dar a conocer, de manera general, nuestros puntos de vista o incluso otro tipo de mensajes o comunicaciones que no tengan carácter informativo (es decir, noticiables).

9. Finalmente, deseo recordar que, frente a invocaciones en aparente ejercicio de la libertad de información carentes de sustento constitucional, e incluso muchas veces violatorias de derechos fundamentales (como el honor, la buena reputación, la voz e imagen propias o la intimidad), así como generadoras de situaciones de abierta injusticia (consecuencia, por ejemplo, de ser víctima de imputaciones falsas y, como consecuencia de ello, perder credibilidad ante los demás) se hace importante, entre otros aspectos, el reconocimiento efectivo del derecho de rectificación, el cual involucra la posibilidad que tiene todo aquel que ha sido perjudicado en el desarrollo de su personalidad como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio de comunicación, para difundir, por el mismo medio gratuitamente y en condiciones análogas, su versión de los hechos que dieron origen a la situación que precisamente le ha generado perjuicio.

10. Ciertamente, como lo he señalado en anteriores ocasiones, el capricho, la investigación poco sustentada, la intención de dirigir las labores de una autoridad, o el interés de perjudicar la credibilidad ciudadana de alguna persona no pueden ser la motivación para presentar algo como hecho noticioso cuando en puridad no lo es, y menos aún el intento de justificación de un incumplimiento del derecho de rectificación. Y si así sucediera, debe tenerse claro que no estamos ante el contenido y el ejercicio regular de derechos como la libertad de información o el derecho de rectificación, y en estos casos resulta pertinente la tutela que brinda el proceso de amparo.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de nuestro colega magistrado, emitimos el presente voto singular, pues consideramos que la demanda de autos debe ser declarada improcedente por haber operado la sustracción de materia.

Análisis del caso

1. Con fecha 28 de mayo de 2012, don Alejandro Lamadrid Ubillús interpone demanda de amparo contra la Empresa Editora El Gato SAC (semanario) y contra su director, don Rafael Fernando Orrego Alvarado. Solicita que se ordene a los emplazados cesar los actos violatorios a sus derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen que considera se ven afectados por ciertas publicaciones de la citada empresa "que se han venido repitiendo […], siendo la última de ellas efectuada el día 14 de Abril (sic) del 2012" (fojas 65). Señala que la vulneración de los derechos alegados por parte del semanario demandado se ha ido dando a través de la publicación de sus ediciones 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11 y 13.

2. La Empresa Editora El Gato SAC, a través de su Gerente General don Yuri Brando Ríos Díaz, contesta la demanda y señala que en realidad lo que pretende el demandante "es una censura previa a un medio de comunicación". Señala que ello se aprecia del petitorio de la demanda cuando indica: "[…] se ordene a los emplazados que cesen esos actos vulneratorios que se han venido repitiendo publicación tras publicación del indicado semanario, siendo la última de ellas efectuada el 14 de abril de 2012" (fojas 115). Señala que el demandante dice haber solicitado la rectificación respectiva pero que no indica que lo ha hecho fuera del plazo legalmente establecido (fojas 115). Refiere que en el presente caso la vía igualmente satisfactoria es la demanda en la vía civil, por estarse cuestionando derechos de naturaleza legal contemplados en el Código Civil (fojas 170).

3. Por su parte, el codemandado don Rafael Fernando Orrego Alvarado también contesta la demanda exponiendo fundamentos similares a los esgrimidos por el Gerente General de la Empresa Editora El Gato SAC (fojas 329 y siguientes).

4. El Segundo Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Lambayeque, mediante Resolución 7, de fecha 2 de noviembre de 2012, declara saneado el proceso y, por sentencia de fecha 22 de enero de 2013 (a fojas 512), declara infundada la demanda por considerar que el recurrente no había acreditado la afectación de los derechos invocados. A su turno, la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Lambayeque revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, pues consideró que incluso cuando se pueden advertir distintas afectaciones al derecho al honor, especialmente en las carátulas ofrecidas

como prueba, "no es adecuada la vía del amparo para hacer estimable la pretensión, pues para ello se encuentra expedida la vía civil, mecanismo apropiado para valorar las distintas vulneraciones al honor que el actor solicita" (fojas 850).

Delimitación del petitorio

5. De lo presente en autos, este Tribunal advierte que la demanda de amparo tiene por objeto que se ordene a los emplazados cesar los actos violatorios de los derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen; los cuales, según alega el demandante, se habrían visto afectados por una serie de publicaciones, la última de ellas de fecha 14 de abril de 2012 (fojas 65).

Procedencia de la demanda

6. De autos se observa que el demandante, el 28 de mayo de 2012, interpone demanda de amparo contra la empresa Semanario El Gato S.A.C., por actos lesivos acaecidos, conforme se lee de fojas 66 a 70, hasta el 14 de abril de 2012, lo que evidencia que el presunto agravio a los derechos invocados se ha tornado irreparable en un momento anterior a la postulación de su demanda. Por ello, resulta aplicable la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional (cfr. STC 08089-2013-PHC/TC).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, mi voto es porque se declare IM-**PROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO PORQUE DEBE DECLARSE FUNDADA LA DEMANDA AL HABERSE AFECTADO LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y LOS DERECHOS AL HONOR, A LA BUENA REPUTACIÓN Y A LA IMAGEN

Con el debido respeto por mis ilustres colegas Magistrados, discrepo de la resolución de mayoría que declara INFUNDADA la demanda, pues, a mi juicio, debe declararse FUNDADA la demanda por haberse vulnerado los derechos a la dignidad, al honor, a la buena reputación y a la imagen del recurrente, mediante diversas publicaciones realizadas por el semanario de la emplazada (semanario "El Gato"), durante los meses comprendidos entre noviembre de 2011 y abril de 2012; particularmente:

a. En la Edición 3, correspondiente a la semana comprendida entre el 24 de noviembre de 2011 y el 1 de diciembre de 2011;

b. En la Edición 6, correspondiente a la semana comprendida entre el 15 y el 21 de diciembre de 2011; y

c. En la Edición 13, correspondiente a la semana comprendida entre el 14 y el 20 de abril de 2012.

Fundamento el presente voto singular en las siguientes consideraciones:

Antecedentes

1. El día 28 de mayo de 2012 don Alejandro Lamadrid Ubillús interpuso demanda de amparo contra la Empresa Editora El Gato SAC y contra su director, don Rafael Fernando Orrego Alvarado, solicitando que se ordene a los emplazados cesar los actos violatorios a sus derechos constitucionales al honor, a la buena reputación y a la imagen que consideraba se habían visto afectados por ciertas publicaciones semanales de la citada empresa; específicamente sus Ediciones 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11 y 13.

2. Sostiene que, de manera paulatina, el referido semanario emitió informaciones inexactas y agraviantes sobre su persona, entonces presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Lambayeque, que han afectado su honor y su dignidad personal y profesional, lo que, según aduce, califica como una "campaña sistemática" que tiene como finalidad usar su imagen con el innoble

propósito de desprestigiarlo y ocasionarle el mayor daño posible. Añade que en anteriores oportunidades dirigió a los demandados una solicitud de rectificación, pero eso más bien ha servido para que "…utilizando una serie de subterfugios, tergiversen y se mofen de dicha solicitud".

3. La emplazada, a través de su gerente general, contestó la demanda arguyendo que en realidad lo que pretendía el actor "es una censura previa a un medio de comunicación". Señaló que ello se apreciaba del petitorio de la demanda, en el que expresamente peticionó que: "[…] se ordene a los emplazados que cesen esos actos vulneratorios que se han venido repitiendo publicación tras publicación del indicado semanario, siendo la última de ellas efectuada el 14 de abril de 2012". Agregó que el demandante afirmó haber solicitado la rectificación respectiva, pero que no indicó que lo había hecho fuera del plazo legalmente establecido. Añadió que en el presente caso la vía igualmente satisfactoria es la vía civil, por estarse cuestionando derechos de naturaleza legal.

4. Don Rafael Fernando Orrego Alvarado, el otro emplazado, también contestó la demanda y expuso fundamentos similares.

5. Mediante sentencia de fecha 22 de enero de 2013, el Segundo Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Lambayeque, declaró infundada la demanda por considerar que el recurrente no había acreditado la afectación de los derechos invocados. A juicio del referido juzgado "el demandante señala en forma genérica que las informaciones vertidas por el semanario son falsas y agraviantes, sin precisar en cada caso si la notifica (sic) es falsa o si se ha expresado en términos humillantes contra su persona".

6. Con fecha 6 de marzo de 2014, la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Lambayeque revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, al considerar que incluso cuando se pueden advertir distintas afectaciones al derecho al honor, especialmente en las carátulas ofrecidas como prueba, "no es adecuada la vía del amparo para hacer estimable la pretensión, pues para ello se encuentra expedita la vía civil, mecanismo apropiado para valorar las distintas vulneraciones al honor que el actor solicita".

Sobre el contexto y la coyuntura actual

7. Como producto de una serie de situaciones relacionadas con graves casos de corrupción, que ha vivido el país en las últimas décadas, se han generado tres fenómenos de manera simultánea:

   7.1 Una hipersensibilidad en la sociedad frente a toda denuncia pública, sin que, en muchos casos, existan suficientes elementos que demuestren su procedencia

y veracidad, atizada muchas veces por una actitud ligera de algunos medios de comunicación, impulsados por intereses de mercado;

7.2 Una sobrerregulación originada en la desconfianza como premisa general, tendiente a una suerte de reglamentación y penalización de una serie de conductas que no necesariamente constituyen infracciones y, menos, de orden penal; y

7.3 Una actitud draconiana, prejuiciosa y persecutoria, de muchos fiscales y jueces penales, que promueven prisiones preventivas, sin que existan realmente suficientes elementos que objetivamente constituyan pruebas que ofrezcan convicción para hacerlo; a despecho de los derechos fundamentales de los procesados y de los principios que informan la función jurisdiccional, incurriendo así en conductas arbitrarias y lesivas.

8. Así, existe una suerte de actitud de sospecha colectiva, que como sociedad se está asumiendo, que tiene su origen en la desconfianza como patrón y premisa regulatoria, que coloca a la persona en general y a quien ejerce función o cargo público en particular como un sujeto considerado de suyo "proclive al delito". Es decir, se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva, que abdica de la lógica del Legislador Constituyente peruano, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes, denominados, más allá de las digresiones académicas que la doctrina recoge, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona o derechos constitucionales; entre los cuales están el derecho al honor y a la buena reputación, en derecho a la defensa y el respeto de su dignidad, y el derecho a la presunción de inocencia mientras no se haya acreditado judicialmente su culpabilidad, mediante sentencia firme y definitiva.

9. Esa actitud, desde mi punto de vista, contradice totalmente el claro mandato contenido en el artículo 1 de la Carta Fundamental de la República, que a la letra preceptúa, refiriéndose a la defensa de la persona humana, que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.". Este precepto muestra la lógica y filosofía del Legislador Constituyente, que en rescate del valor persona humana establece la obligación constitucional para todos, la sociedad en su conjunto y cada uno de sus miembros, así como el Estado mismo en cuanto ente nacional y conjunto de órganos e instituciones que lo integran dentro de su estructura, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y de respetar su dignidad, en cuanto ser humano que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato ineludible y que, además, encierra el concepto de

solidaridad, que es imprescindible en el Estado Constitucional; mandato del que, evidentemente, no están excluidos los medios de comunicación y que quienes ejercen el periodismo están en el ineludible imperativo de respetar.

10. En la misma dirección, la Carta Fundamental de la República consagra en su artículo 2 un catálogo de derechos fundamentales de la persona y lo hace con carácter enunciativo, bajo la fórmula del numerus apertus, lo cual enfatiza en su artículo siguiente, en el número 3, en el que afirma que *"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."*

11. Entre los derechos fundamentales que enumera aquel artículo 2, interesa destacar ahora, además del derecho a que se respete la dignidad humana, los derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen; previstos en el artículo 2, inciso 7, de la Constitución Política del Perú y cuyos correlatos están reconocidos en los más importantes instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 12 profesa: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."*; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 11, numeral 1, señala *"Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".*

12. Y si bien estos derechos pueden colisionar con otros que el Estado Constitucional también protege, como la libertad de expresión y la de información, el ejercicio de estos últimos no debe, por ningún motivo, devaluar a la persona humana ni afectar su dignidad. Tampoco la justicia puede hacer oídos sordos o ser cómplice de estas situaciones, pues en un Estado Constitucional no hay carta abierta para violar la dignidad, la honra, la buena reputación y la imagen del ser humano. Es por eso que el numeral 2 del precitado artículo 11 de la Convención Americana ordena: *"Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación."*[1] Y su numeral 3 añade: *"Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."*

1 La Corte IDH ha desarrollado los derechos al honor y a la buena reputación, sosteniendo que, en términos generales, "…el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona" (Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, párrafo 57.)

13. Es más, la dignidad de la persona humana es el punto de referencia de los derechos fundamentales. Su relación con los derechos al honor, a la imagen y a la buena reputación ha sido desarrollada por nuestra jurisprudencia constitucional. Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional: *"En ese sentido, el honor forma parte de la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investida, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos. Este derecho forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución Política, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información,* ***puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva."*** (el resaltado es mío) (STC 0249-2010-AA/TC).

14. Ahora bien, como Jueces Constitucionales, y como lo he dejado expresado en varios de mis votos singulares, nuestro principal y definitivo eje de preocupación en la resolución de procesos de la libertad, como lo es el amparo, debe ser garantizar la vigencia efectiva del derecho fundamental que se invoca en la demanda como amenazado o violado y nuestro ángulo de observación debe ser a partir y desde la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente-, lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el telos constitucional -la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente- debe realizar el análisis de la materia controvertida, en armonía con los 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 proceder consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional. Respecto a esto segundo, el ángulo de observación no debe darse básicamente a partir de la ley -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido-.

15. No deben pesar en el Juez Constitucional otro tipo de consideraciones, como por ejemplo si su decisión tendrá aceptación en las diversas esferas sociales, o si caerá bien o mal a los medios de comunicación, o si afectará a tales o cuales intereses, ya que su compromiso es hacer justicia a través de la defensa de los derechos fundamentales y la garantía de la vigencia efectiva de la Carta Magna. Ahí está su tarea fundamental y la cual ha jurado cumplir. Todos tenemos derechos fundamentales y si deben ser amparados, no importará de quien se trate ni las presiones ni las

reacciones que puedan producirse. Solo así, a mi juicio, la conciencia del Juez Constitucional quedará tranquila porque habrá cumplido con su deber constitucional.

Sobre el caso concreto

16. El caso de autos, es precisamente uno en el que la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad de la persona humana, al honor, a la buena reputación y a la imagen se ha hecho patente. Y es que, como se aprecia de autos, las publicaciones del semanario "El Gato" fomentaron de manera paulatina el desprestigio y el desprecio público del recurrente, con el consiguiente daño de su imagen.

17. Al respecto, un examen secuencial de las numerosas publicaciones aparecidas en las más de nueve ediciones referidas en la demanda, demuestran con toda contundencia la existencia de una suerte de estrategia de demolición de la imagen del accionante, quien desempeñaba un importante cargo público en su localidad, para en forma sistemática y continua ir mellando su imagen personal, profesional y pública, denigrándola y envileciéndola frente a los miembros de su comunidad a despecho de sus derechos fundamentales, violentando el principio de veracidad, que es soporte de toda libertad comunicativa.

18. En la Edición 3 del semanario en mención, correspondiente a la semana comprendida entre el 24 de noviembre de 2011 y el 1 de diciembre de 2011, se coloca como titular una información falsa, al afirmar categóricamente "Lo multaron" (título que es repetido en la página 2 de la referida edición) y como bajada o subtítulo la frase "Municipalidad de Chiclayo le atribuye haber empapelado la ciudad con propaganda de la publicación de su libro". Tal falsedad queda acreditada con el propio desarrollo de la noticia, en la cual no se demuestra lo imputado, limitándose a consignar la imagen de una papeleta que solo demostraría el inicio de un procedimiento administrativo sancionador mas no la imposición de una multa administrativa; menos aún que aquella tenga la calidad de cosa decidida.

19. En tal sentido, dicha edición faltó a la veracidad por haberse emitido información inexacta en ese momento. La frase "Lo multaron" de ningún modo puede equipararse al inicio de un procedimiento administrativo, en el que, en ejercicio del derecho de defensa, el administrado puede ejercer sus descargos, impugnar las resoluciones que puedan afectarlo y, finalmente, salir indemne respecto de la infracción que se le imputa.

20. Algo parecido pero mucho más gravoso sucedió con la Edición 6 del semanario. En esta, se coloca en la portada una foto y el nombre del recurrente, bajo el rótulo

"!Peculado de Uso!", sin mayor explicación, lo que da a entender al lector que el actor ha cometido o ha sido condenado por el delito de peculado de uso; hecho que resulta por demás malicioso y a todas luces atentatorio de la presunción de inocencia prevista en el artículo 2, numeral 24, acápite e, de nuestra Constitución, máxime si se tiene en cuenta que en el desarrollo de la noticia (página 15) no se aporta ninguna prueba relacionada con la presunta comisión de este ilícito penal.

21. En efecto, en la nota no se demuestra que se haya efectuado alguna denuncia, o se siga una investigación o proceso y, menos, que se haya condenado al señor Alejandro Lamadrid Ubilluz por el delito de peculado de uso. Solo se hace mención, en su primera parte, al empapelado de las calles y la instalación de una gigantografía en las instalaciones del Ministerio Público con ocasión de la presentación del libro del recurrente, para, a continuación, emitir una opinión relativa a que "estaría incurriendo en el delito de peculado de uso…". Vale decir, se publica en la portada una información que le imputa o lo hace responsable de un delito, colocando nombre y foto del actor, y luego se habla en condicional sobre el ilícito criminoso, todo lo cual que reposa solamente en una valoración que de los hechos acontecidos se da al interior del semanario.

22. Evidentemente, el título de la noticia afectó el derecho a la buena reputación del accionante y no cumplió con los estándares de veracidad por carecer de una debida acreditación de lo informado. Dañó también su imagen, pues direccionó la percepción que la opinión pública tenía de él, ya que lo hacía percibir como una persona que delinque. Asimismo, impuso un evidente juicio mediático en el que mediante un medio de comunicación se juzgó y se condenó prematuramente a una persona sin que medie siquiera una condena judicial, menos aún que tenga la calidad de cosa juzgada, y se le sometió a un escarnio público que afectó su honra y su dignidad e incluso la de su familia.

23. Finalmente, en la Edición 13, de la semana el 14 al 20 de abril de 2012, se publicó una foto manipulada del recurrente (página 12), en la que aparece con una soga en el cuello, bajo el título "Con la soga al cuello", informándose que "Así estaría el Dr. Alejandro Lamadrid Ubillús, luego de que la Municipalidad Provincial de Chiclayo (…) declarara improcedente el recurso administrativo de apelación interpuesto por el referido magistrado lambayecano, contra la Resolución de Gerencia N° 281-2012-GSs a la C, de fecha 31 de enero del 2012".

24. Al respecto, si bien es coloquial señalar que alguien se encuentra con la "soga al cuello" para describir una situación extrema y angustiosa, el colocar una foto modificada con el objeto de graficar la noticia, como en efecto se ha hecho en

este caso, resulta en mi consideración inoficioso, irrespetuoso y denigrante, lo que menoscaba la dignidad de las personas. Por ello, considero clara en este caso la afectación del contenido protegido del derecho a la imagen del recurrente.

25. Por último, nadie discute el importante rol de los medios de comunicación, pero estos, bajo el argumento de que ejercen las libertades de expresión y de información, no pueden vulnerar derechos fundamentales de las personas. No podemos avalar hechos que avivan la sospecha colectiva, resultan denigrantes y no superan los parámetros de veracidad, como ha ocurrido en este caso.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, se declare FUNDADA la demanda por haberse vulnerado los derechos a la dignidad humana, al honor, a la buena reputación y a la imagen del recurrente; en consecuencia, se disponga que la emplazada no vuelva a cometer los mismos hechos que motivaron la interposición de la demanda, dejando a salvo el derecho del actor para que promueva las acciones a que haya lugar para obtener un resarcimiento por el daño que le han causado.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por todos mis colegas, me adhiero al voto singular del magistrado Ferrero Costa. Por las consideraciones que allí se exponen, considero que la demanda debe declararse IMPROCEDENTE, por haberse producido la sustracción de la materia.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 05121-2015-PA/TC

Proceso de amparo en el que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 8 de marzo del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la recurrente contra el Ministerio Público, la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima y la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, en la que solicitó la declaración nula del dictamen fiscal referido al archivamiento de la denuncia que presentó por el delito contra la libertad sexual; asimismo, la emisión de una nueva resolución fiscal.

En ese sentido, se alegó que el dictamen fiscal de fecha 18 de octubre de 2006, emitido por la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, así como la resolución fiscal de fecha 17 de enero de 2007, emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, ha vulnerado su derecho a la tutela procesal efectiva, ya que existen indicios suficientes de la comisión del delito de violación sexual del que fue víctima, y le impiden llegar a la tramitación de un proceso penal para procurar la reparación del daño que le provocaron con dicha agresión. A ello sostuvo que el Ministerio Público ha dado un valor probatorio excesivo a los elementos que contradicen su denuncia y, por otra parte, le ha restado todo valor a aquellos que sí la corroboran, vulnerando su derecho a la prueba y a la debida motivación.

El Tribunal verificó que dicha inferencia que sostuvo el fiscal provincial, estuvo basada en las siguientes premisas: i) La recurrente no ha referido que el denunciado hubiera empleado violencia o amenaza para obligarla a consumar el acto sexual, y ii) Si bien la información médica obrante en el expediente concluye que la demandante habría sostenido relaciones sexuales violentas que le generaron lesiones genitales, ello no acredita la consumación de un acto sexual no consentido. Por lo que el TC dice que existe un error en la motivación fiscal al advertirse una falta de justificación externa de la segunda premisa referida. Se agregó también que el Ministerio Público no ha fundamentado de manera suficiente por qué deja de lado las conclusiones médicas

objetivas respecto a la posibilidad de que los desgarros genitales hubieran sido producidos en el contexto de relaciones sexuales no consentidas, a pesar de que le compete realizar tal análisis a efectos de la formalización de la denuncia; así como al Poder Judicial, a efectos del juzgamiento de la causa.

En consecuencia, el Tribunal ha constatado que el Ministerio Público no ha motivado el análisis valorativo que realiza sobre las pruebas objetivas, por lo que corresponde declarar la nulidad de sus actuaciones, disponiendo el des archivamiento y ordenar la nueva emisión del dictamen correspondiente, tomando en consideración lo observado por este Tribunal.

Temas Claves: Libertad sexual — derecho a la integridad — dignidad de la persona-derecho a la prueba — derecho a la debida motivación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez que se agrega, y el fundamento del voto del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Claudia Valeri Pérez Huamaní contra la resolución de fojas 750, de fecha 17 de marzo de 2015, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de abril de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio Público, la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima y la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, a fin de que se declare nulo el dictamen fiscal de fecha 18 de octubre de 2006 y la resolución fiscal de fecha 17 de enero de 2007, referidos al archivamiento de la denuncia que presentó por el delito contra la libertad sexual cometido en su agravio. En consecuencia, solicita que se ordene la emisión de una nueva resolución fiscal.

La demandante refiere que el día 20 de mayo de 2005, luego de participar en una reunión social y habiendo quedado inconsciente por el consumo de alcohol, fue víctima de violación sexual por parte de José Carlos Angulo Portocarrero, con quien laboraba en aquel momento. Ante esta situación, con fecha 1 de julio de 2005, formuló denuncia por lo sucedido ante el Ministerio Público, presentando la documentación de la asistencia médica que recibió inmediatamente después de ocurrida la agresión sexual en el servicio de salud de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la que se indica un diagnóstico de desgarro perineal y sangrado activo; asimismo, acompañó una cinta magnetofónica que contiene una conversación con José Carlos Angulo Portocarrero en la que este reconocería su responsabilidad.

Mediante dictamen de fecha 18 de octubre de 2006, la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima resolvió no haber mérito a formular denuncia penal contra José Carlos Angulo Portocarrero por la comisión del delito de violación a la libertad sexual en agravio de Claudia Valeri Pérez Huamaní. Posteriormente, mediante resolución de fecha 17 de enero de 2007, la Segunda Fiscalía Superior de Lima declaró infundada la queja de derecho formulada por la demandante contra el dictamen precedente y dispuso el archivo de la denuncia.

Así, la demandante alega que las actuaciones fiscales materia de su pretensión constitucional vulneran sus derechos a la tutela procesal efectiva, a la prueba y a la libertad sexual. Sostiene que, al archivarse su denuncia a pesar de la existencia de los diversos indicios que la sustentan, se restringe su derecho de acceso a la justicia, que es una manifestación de la tutela procesal efectiva. Asimismo, refiere que se vulnera su derecho a la prueba, pues el Ministerio Público aplica un estándar probatorio demasiado elevado, propio de la actividad jurisdiccional y no de la función que le compete, en la que no tiene como objetivo alcanzar certeza plena sobre la comisión de un ilícito; además, refiere que el Ministerio Público le otorga un valor probatorio desmesurado a aquellos elementos que contradicen su postura, a la vez que le resta todo valor a aquellos que la sustentan. Finalmente, señala que se vulnera su derecho a la libertad sexual al impedirle arbitrariamente obtener tutela penal para la reparación parcial del grave daño que le ocasionó ser víctima de una violación sexual.

La fiscal titular de la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, pues, precisamente a fin de evitar decisiones arbitrarias y lesivas de derechos constitucionales, es necesario que los fiscales cuenten con suficientes indicios que presupongan la comisión de un acto delictivo antes de proceder con la formulación de denuncia ante la autoridad judicial.

Por su parte, el procurador público del Ministerio Público contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada en atención a que las actuaciones fiscales cuestionadas serían producto del ejercicio regular de las competencias atribuidas al Ministerio Público. Refiere que este no tiene la obligación de formular denuncia en todos los casos que sean de su conocimiento si no encuentra elementos objetivos de punibilidad.

De otro lado, José Carlos Angulo Portocarrero solicita su incorporación al proceso como litisconsorte facultativo pasivo, solicitud que es concedida mediante resolución de fecha 8 de julio de 2011 (folio 481). Posteriormente, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Sostiene que la disposición de archivo fue consecuencia de una exhaustiva investigación preliminar, de modo que no se vulneró ningún derecho de la demandante.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, mediante resolución 31, de fecha 6 de enero de 2014, declaró infundada la demanda. Señala que la calificación del delito, la subsunción de las conductas en el hecho punible y la valoración o determinación de la suficiencia de los medios probatorios forman parte de las competencias constitucionales asignadas al Ministerio Público; asimismo, que la resolución fiscal cuestionada se expidió en un proceso regular y que se encuentra debidamente fundamentada, al haberse hallado insuficiencia probatoria que sustente la postura de la demandante luego de efectuada la investigación preliminar. En ese sentido, estima que no habría ninguna vulneración a los derechos de la demandante, ya que tuvo acceso a los mecanismos procesales de promoción de denuncia ante el Ministerio Público, habiendo incluso impugnado la decisión primigenia de la fiscal provincial penal.

A su turno, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada mediante Resolución 7, de fecha 17 de marzo de 2015. La Sala Superior fundamenta su decisión en que el juez constitucional no puede subrogarse las facultades que la Constitución ha asignado al Ministerio Público sobre determinación del ejercicio de la acción penal en tanto titular de esta, y que la insuficiencia probatoria para la formulación de denuncia ante la autoridad judicial fue debidamente motivada.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demanda de autos tiene por objeto que se declare la nulidad del dictamen fiscal de fecha 18 de octubre de 2006, emitido por la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, y de la resolución fiscal de fecha 17 de enero de 2007, emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, por considerar que vulneran los derechos a la tutela procesal efectiva, a la prueba y a la libertad sexual de la recurrente. Como consecuencia de ello, se solicita que se ordene al Ministerio Público que emita nuevo dictamen respetuoso de los derechos afectados.

2. No obstante, del análisis de lo expuesto por la recurrente en autos es posible observar que en el presente caso la cuestión controvertida estaría referida, en estricto, al derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales. Al respecto, se sostiene en la demanda que la decisión adoptada por la fiscal provincial de archivar la investigación preliminar y el pronunciamiento confirmatorio del fiscal superior resultan contradictorios respecto a los diversos indicios que sustentan la denuncia, más aún porque, como se afirma, existió una valoración probatoria desmedida sobre los elementos de descargo y se otorgó un valor ínfimo a los elementos de cargo.

3. Empero, antes de analizar el caso concreto, este Tribunal considera oportuno referirse al tema de la violencia contra la mujer en nuestro país y verlo desde una óptica constitucional. A ello se dedican los siguientes párrafos.

La violencia contra la mujer en el Perú. Un problema de relevancia constitucional

4. Este Tribunal advierte que la violencia contra la mujer constituye un problema estructural en nuestra sociedad que ha colocado a sus ciudadanas en una situación de especial vulnerabilidad, por lo que exige una atención prioritaria y efectiva por parte del Estado.

5. Tal afirmación se ve corroborada con datos estadísticos oficiales. Así, se tiene que según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2016, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), el 68.2 % de las mujeres han sufrido algún tipo de violencia por parte de su esposo o compañero en el año 2016. En la zona andina sur, los índices se elevan, llegando al 79.1 % en Apurímac y al 78.8 % en Puno. La misma encuesta reveló que el 16 % de las mujeres fueron objeto de maltrato por personas distintas a su pareja. Asimismo, el 41 % manifestó recordar que su padre ejerció violencia física contra su madre en alguna ocasión, índice que superó el 50 % en los casos de Apurímac (54.3 %), Cusco (52.3 %) y Ayacucho (52 %).

6. Esta encuesta también señala que el 44.1 % de las mujeres violentadas pidió ayuda a una persona de confianza y solo el 27.2 %, menos de un tercio del total, acudió a buscar ayuda a una institución tal como la Policía Nacional del Perú, las defensorías municipales, el Ministerio Público, el Poder Judicial o el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. De las que no buscaron ayuda, el 44.5 % no lo estimó necesario y el 16 % refirió que sentía vergüenza.

7. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa 26583, de fecha 22 de marzo de 1996, reconoce que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia y a un recurso sencillo y rápido que la ampare contra aquellos actos que violen sus derechos (Cfr. artículos 3 y 4, literal "g"); asimismo, establece una serie de deberes para los Estados parte, entre los que destacan los siguientes[1]:

> **Artículo 7**
>
> Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones,

1 En el ámbito internacional se han elaborados diversos instrumentos con la finalidad de reducir y suprimir la problemática de violencia contra la mujer; destacando, entre estos, la Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, la misma que fue ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982; así como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

(...)

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

(...)

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

(...)

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (...).

8. De ahí que, en sede nacional, se haya expedido la Ley 30364, "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar"; que en su artículo 9 reconoce el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia; asimismo, que se haya aprobado el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015 (Decreto Supremo 003-2009-MIMDES), así como el actual Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021 (Decreto Supremo 008-2016-MIMP).

9. Ahora, si bien es cierto que de la revisión de esta disposición legal y medidas públicas referidas es posible advertir que el Estado, reconociendo y atendiendo la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer peruana, ha iniciado la implementación de distintos tipos de medidas para brindarle tutela; también es cierto que, en el caso específico del acceso a la justicia ante situaciones de violencia sexual, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas ha señalado en las Observaciones Finales al sexto informe periódico del Perú, lo siguiente:

> 18. El Comité, si bien toma nota de las diversas iniciativas sobre legislación y políticas tendientes a reducir la violencia contra la mujer, incluido el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer, sigue observando con

suma preocupación el alcance, la intensidad y la prevalencia de este tipo de violencia. En particular, el Comité sigue observando con preocupación los considerables obstáculos a que tienen que hacer frente las mujeres para acceder a la justicia, (...); la falta de medidas coercitivas, que contribuye a la impunidad de los agresores; y la persistencia en la sociedad de actitudes permisivas ante la violencia contra la mujer. (...)

19. El Comité insta al Estado Parte a que dé mayor prioridad a la concepción y aplicación de una estrategia integral para combatir y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer, de conformidad con la recomendación general 19, a fin de prevenir la violencia, castigar a quienes la perpetren y prestar servicios a las víctimas. Esa estrategia debería incluir también medidas de concienciación y sensibilización, en particular de los funcionarios de justicia, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los fiscales, así como de los maestros, el personal de los servicios de salud, los trabajadores sociales y los medios de comunicación. El Comité exhorta al Estado Parte a que asegure la aplicación y el cumplimiento efectivo de la legislación vigente (…) [énfasis agregado].

602 10. Del mismo modo, en las Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú, de fecha 24 de julio de 2014, el citado comité ha señalado en cuanto al acceso a la justicia de la mujer lo siguiente:

19. Al Comité le preocupan las dificultades con que tropiezan las mujeres cuando procuran obtener reparación en los casos de violencia, como la discriminación, los prejuicios y la insensibilidad a las cuestiones de género de las autoridades judiciales, los fiscales y la policía, cuyo efecto es disuadir a las mujeres de acudir a la justicia en tales casos. El Comité advierte con particular inquietud el alto grado de impunidad de los agresores en los casos de violencia contra la mujer y el incumplimiento por el Estado parte de sus obligaciones dimanantes del artículo 2 de la Convención en el sentido de prevenir, investigar, perseguir y castigar los actos de violencia.

20. El Comité insta al Estado parte a redoblar y concertar mejor los esfuerzos para cambiar los arraigados estereotipos de género y cumplir las disposiciones del artículo 2 de la Convención y a:

a) Reforzar la capacidad de los jueces, los fiscales, los agentes de la ley y los profesionales de la salud, especialmente los médicos forenses, para atender a las mujeres víctimas de la violencia que acuden a la justicia considerando debidamente las cuestiones de género;

b) Alentar a las mujeres a denunciar todos los casos de violencia, tanto dentro como fuera del hogar, incluida la agresión sexual;

c) Incrementar los medios de protección disponibles para las mujeres víctimas de la violencia;

d) Realizar estudios sobre la repercusión que tienen el razonamiento y la práctica judiciales discriminatorios y estereotipados en el acceso de las mujeres a la justicia.

11. Es decir, existe evidencia, según observa el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, de que el Estado peruano debe aún afinar las acciones que ha emprendido para reducir la violencia contra la mujer —en específico la agresión sexual—, particularmente en torno al acceso a la justicia, la prevención de la violencia, el castigo a los agresores y el servicio reparador para las víctimas.

12. Más aún, si como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en el caso Fernández Ortega contra México (fundamento 100), como en el caso Rosendo Cantú también contra México (fundamento 89), refiriéndose al supuesto concreto de la probanza de la violación sexual, que "(…) la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores (…)" y que, en consecuencia, "(…) no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho".

13. En tal sentido, constituye una obligación constitucional para el Estado peruano de tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer y, en específico, los de agresión sexual.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales

14. El artículo 159 de la Constitución prescribe, entre otras cosas, que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. Esta exigencia constitucional, como es evidente, ha de ser realizada con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes y se satisfaga y concretice el principio del interés general en la investigación y persecución del delito u otro bien constitucional análogo. En este sentido, este Tribunal, en su jurisprudencia, ha señalado que el proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones o decisiones de los fiscales observan o no los derechos

fundamentales o si, en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y razonabilidad que toda decisión debe suponer, siempre que tenga la condición de firme.

15. En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, el Tribunal Constitucional tiene también establecido que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas —sean o no de carácter jurisdiccional— comporta que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales, al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva la resolución cuestionada (cfr. Sentencia 4437-2012-PA, fundamento 5).

16. Con base en ello, el Tribunal Constitucional tiene precisado que el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se ve vulnerado cuando la motivación es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas de hecho o de derecho que sustentan la decisión fiscal, o por qué se intenta dar solo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión fiscal arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional (cfr. Sentencia 4437-2012-PA, fundamento 6).

17. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una decisión fiscal constituye automáticamente una violación del derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales. Ello solamente se da en aquellos casos en los que dicha facultad se ejerce de manera arbitraria; es decir, solo en aquellos casos en los que la decisión fiscal es más bien fruto del decisionismo que de la aplicación razonable del Derecho y de los hechos en su conjunto.

Análisis del caso concreto

18. La recurrente alega que el dictamen fiscal de fecha 18 de octubre de 2006, emitido por la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, así como la resolución fiscal de fecha 17 de enero de 2007, emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, vulneran su derecho a la tutela procesal efectiva, pues, a pesar de que existen indicios suficientes de la comisión del delito de violación sexual del que fue víctima, le impiden llegar a la tramitación de un proceso penal para procurar la reparación del daño que le provocaron con dicha agresión. En ese sentido,

sostiene que el Ministerio Público ha dado un valor probatorio excesivo a los elementos que contradicen su denuncia y, por otra parte, le ha restado todo valor a aquellos que sí la corroboran, vulnerando así su derecho a la prueba y a la debida motivación.

19. Los demandados, por su parte, argumentan que los pronunciamientos fiscales cuestionados fueron emitidos en el marco de una investigación regular y exhaustiva, que dio por resultado una insuficiencia probatoria para la formulación de denuncia penal, lo cual fue debidamente motivado. Agregan que el Ministerio Público ha procedido conforme a sus atribuciones y que no existe obligación de formular denuncia si de la investigación preliminar se determina una ausencia de elementos de convicción sobre la comisión del hecho punible.

20. Al respecto, este Tribunal debe enfatizar que, en principio el proceso de amparo no puede constituirse en una suprainstancia de revisión de toda actuación judicial o fiscal. Sin embargo, sí corresponde que el Tribunal examine, a través del proceso de amparo, la motivación llevada a cabo por el Ministerio Público al momento de emitir su decisión.

21. Así, se tiene que en la disposición fiscal provincial de archivo se concluyó lo siguiente:

> (…) teniendo en consideración lo vertido por la denunciante en su denuncia de parte (fs. 3) y en la ampliación de su manifestación policial (fs. 64, pregunta 14), así como las declaraciones de los médicos legistas antes citados, se puede concluir que el desgarro perineal sufrido como consecuencia de las relaciones sexuales entre Pérez Huamán y el denunciado Angulo Portocarrero no han sido producto de violencia o amenaza; por el contrario se acentúa la alegación sostenida por Angulo Portocarrero en el sentido que las relaciones sexuales mantenidas con Pérez Huamán han sido consentidas.

22. Dicha inferencia, observa el Tribunal, estuvo basada en las siguientes premisas: i) la recurrente no ha referido que el denunciado hubiera empleado violencia o amenaza para obligarla a consumar el acto sexual, y ii) si bien la información médica obrante en el expediente concluye que la demandante habría sostenido relaciones sexuales violentas que le generaron lesiones genitales, ello no acredita la consumación de un acto sexual no consentido.

23. A partir de esto, el Tribunal verifica un error en la motivación fiscal al advertirse una falta de justificación externa de la segunda premisa referida.

24. En efecto, según se desprende del dictamen fiscal provincial (folio 21), la médico Carmen Julia Mere Hernández sostuvo que no podía precisar si las lesiones han

sido efectuadas de una manera violenta o de un acto sexual consentido; y en igual sentido se pronunció el médico Robinson Loayza Sierra, según el cual el desgarro perineal podría darse por una relación consentida o no consentida. Sin embargo, las dos posibilidades que presenta esta información fáctica (consentimiento o no consentimiento) no se encuentran presentes en la premisa segunda, sino que esta recoge en forma de negación una sola de dichas posibilidades, esto es, que no se acredita el no consentimiento. Al respecto, el Tribunal observa que la fiscal no ha explicitado o exteriorizado las razones o justificaciones objetivas que le hacen preferir esa forma de enunciar la premisa y que la disuaden de otra alternativa (por ejemplo, que dicha información fáctica no desacredita el no consentimiento); por lo que al no darse a conocer las razones que sustentan las premisas fácticas, el razonamiento efectuado se mantendrá en secreto y en la conciencia de su autora, incurriendo, por tanto, en un error de motivación y generando con ello un déficit de corrección y validez constitucional en la decisión .

25. Expresado de otro modo, el Ministerio Público no ha fundamentado de manera suficiente por qué deja de lado las conclusiones médicas objetivas respecto a la posibilidad de que los grandes desgarros genitales hubieran sido producidos en el contexto de relaciones sexuales no consentidas, a pesar de que le compete realizar tal análisis a efectos de la formalización de la denuncia; así como al Poder Judicial, en su momento, a efectos del juzgamiento de la causa.

26. De otro lado, la resolución fiscal de fecha 17 de enero de 2007, emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, que, resolviendo la queja de derecho formulada por la recurrente, ordenó el archivamiento definitivo de los autos, señala expresamente que:

> (...) pese a obrar en autos los Certificados Médico Legales N° 033120-CLS, de fecha 07 de Julio del 2005, de fs. 113 y N° 038715-CLS de fecha 11 de Agosto del 2005 de fs. 117, que concluyen desfloración antigua y no signos de acto contra natura, dando cuenta de la existencia objetiva de una relación sexual, no determinan en ningún caso que dicha relación se haya practicado encontrándose la agraviada bajo un estado de inconciencia o incapacidad de resistir (sic); lo que se acredita con la manifestación policial de Luis Fernando Raúl Anco Santos, recepcionista del Hostal (...) donde refiere que tanto la agraviada como el denunciado ingresaron a la habitación (...) caminando (...) declaración corroborada por (...) Maritza Zenaida Gómez Sánchez (...) y asimismo, por la manifestación a nivel policial de la médico ginecóloga del Servicio de Salud de la Dirección de Asuntos Estudiantiles de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Carmen Julia Mere

> Hernández (...) donde señala que la agraviada no se encontraba en estado de ebriedad al momento de practicarle el examen (...)

27. Este Tribunal observa que en la disposición fiscal citada se intenta dar solo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación, careciendo la decisión tomada de una motivación adecuada, suficiente y congruente. Ello es así porque no se tiene en cuenta que los certificados médicos se dirigen a probar la violación sexual alegada y no así el estado de inconsciencia de la víctima, desnaturalizando su valor probatorio. Tampoco se tiene en cuenta la declaración de la propia recurrente, que en estos casos resulta de vital importancia. Y es que, como se ha señalado más arriba, dadas las especiales circunstancias que rodean el delito de violación sexual "la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho" (Cfr. Casos Fernández Ortega contra México y Rosendo Cantú también contra México antes citados)

28. Tal disposición fiscal señala también que

> (...) la sindicación hecha por la denunciante, sin medidos de prueba que sustenten sus afirmaciones, resulta insuficiente para ser considerada como elemento que atribuya responsabilidad penal alguna, más aún teniéndose que desde la fecha en que ocurrieron los hechos a la de formulación de la denuncia transcurrieron cuarentidos días (...) aunado a la edad de la denunciante, su actividad preprofesional en la carrera de Derecho y principalmente la forma y circunstancias del hecho incoado (...)

> Vale decir, que para formalizar una denuncia penal por violación sexual la disposición fiscal toma como criterios la demora en denunciar, la edad, ocupación de la víctima y las circunstancias en que ocurrieron los hechos; criterios que no hacen sino obstaculizar el acceso a la justicia de quien alega haber sido sexualmente agredida, como si por estos supuestos las personas debieran tener una protección mayor o menor de la justicia frente a las agresiones sexuales. Ello, claramente, contraviene la obligación constitucional del Estado peruano para tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer, a la que se ha hecho referencia supra.
>
> Estos patrones discriminatorios, aplicados también en la investigación del delito, ya han sido advertidos por la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al referirse al Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas (Resumen Ejecutivo) de la siguiente forma:

> (...) la CIDH observa con gran preocupación la ineficacia de los sistemas de justicia para juzgar y sancionar a los perpetradores de actos de violencia contra las mujeres. Cabe señalar que si bien existen carencias estructurales en el ámbito económico y de recursos humanos para procesar casos con celeridad y eficacia, en casos de violencia contra las mujeres, con frecuencia la falta de investigación de los hechos denunciados, así como la ineficacia de los sistemas de justicia para procesar y sancionar los casos de violencia se ve afectada por la existencia de patrones socioculturales discriminatorios. Éstos influyen en la actuación de los funcionarios en todos los niveles de la rama judicial, quienes consideran los casos de violencia como no prioritarios y descalifican a las víctimas, no efectúan pruebas que resultan claves para el esclarecimiento de los responsables, asignan énfasis exclusivo a las pruebas físicas y testimoniales, otorgan poca credibilidad a las aseveraciones de las víctimas y brindan un tratamiento inadecuado a éstas y a sus familiares cuando intentan colaborar en la investigación de los hechos. (...)

29. Así las cosas, resulta evidente que no estamos ante decisiones fiscales válidas y constitucionalmente legítimas, sino, por el contrario, ante decisiones arbitrarias e inconstitucionales, cuya nulidad debe ser declarada para disponer consecutivamente la expedición de un nuevo pronunciamiento en el cual se motive debidamente el sentido resolutivo.

30. Finalmente, este Tribunal llama la atención sobre la aseveración efectuada por el Ministerio Público de que el tiempo transcurrido entre los hechos y la formulación de denuncia genera por sí solo dudas sobre la declaración de la recurrente. Tal afirmación, que se encuentra tanto en el dictamen fiscal (folio 26) como en la resolución que resuelve la queja (folio 38), desconoce el rechazo social de la violencia contra la mujer y profundiza su situación de vulnerabilidad, descrita en los fundamentos precedentes de la presente sentencia.

31. En consecuencia, y de conformidad con lo expuesto, este Tribunal ha constatado que el Ministerio Público no ha motivado adecuadamente el análisis valorativo que realiza sobre las pruebas objetivas en este caso, por lo que corresponde declarar la nulidad de sus actuaciones y ordenar la nueva emisión del dictamen correspondiente tomando en consideración lo observado por este Tribunal.

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 autos, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales.

2. Declarar NULO el dictamen fiscal de fecha 18 de octubre de 2006 y la resolución fiscal de fecha 17 de enero de 2007; y, en consecuencia, disponer el desarchivamiento de la investigación y ordenar que el fiscal de la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima emita nuevo dictamen.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con el fallo, pero no con incluir los fundamentos 3 al 13, y 28 de la sentencia. Dichos fundamentos abundan en datos estadísticos y declaraciones normativas internacionales y de políticas públicas que no vienen al caso.

Así la estadística de violencia contra la mujer fuera bajísima, esta demanda sería igualmente fundada, ya que está acreditada la vulneración del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones fiscales.

Así, los citados fundamentos devienen en impertinentes para resolver la presente causa.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estando de acuerdo con el sentido de la sentencia dictada en la presente causa, considero oportuno desarrollar razones adicionales a las ya esbozadas, a fin de contribuir con la argumentación en torno de algunas cuestiones de innegable relevancia constitucional como las que a continuación se presentarán.

Ello se encuentra justificado por las propias circunstancias del presente caso, donde se evidencia que la afectación del derecho a la debida motivación de las disposiciones fiscales a través de la explicitación de razonamientos falaces ha conllevado a una situación injusta que nos debe llevar a reflexionar sobre lo siguiente: para enfrentar los eventuales casos de violencia que sufren las mujeres en el Perú, enraizada en nuestra sociedad en su conjunto, es fundamental erradicar la desidia de las autoridades del sistema de justicia en el caso de que se haya configurado como una práctica institucional.

Siendo ello así, saludo la decisión unánime del pleno del Tribunal Constitucional al haber abordado este caso de la forma en que lo ha hecho, dando otra oportunidad a la labor del Ministerio Público para que reexamine los argumentos expuestos en su decisión originaria y entregue justificaciones razonables que legitimen la decisión que se llegue a tomar en el presente caso.

Indicado lo anterior, quisiera pronunciarme, a propósito de dicho fallo, en torno a una eventual aplicación de una perspectiva de género a los casos sometidos al conocimiento del Tribunal Constitucional cuando ello sea pertinente y, en concreto, a temáticas que constituyen retos para su jurisprudencia como es el caso del derecho a una vida libre de violencia.

I. La jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de las mujeres: ¿incorporación de la perspectiva de género?

En el fundamento 13 de la presente sentencia, el Colegiado señala que "constituye una obligación constitucional para el Estado peruano tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer y, en específico, los de agresión sexual". Ello, tiene como objetivo para evitar que se perpetúen injusticias en nuestro país por razón de género. Sobre el particular, como señala Posada, siguiendo a Fraser, la injusticia por razón de género tiene una doble dimensión:

> […] por un lado, la que se vincula con la estructura político-económica de la sociedad, que exige políticas de redistribución y que arraiga en la división sexual del trabajo; por otra parte, la que va asociada a una devaluación cultural-valorativa de lo femenino, que demanda políticas de reconocimiento y re-evaluación de la diferencia[2].

No obstante, como explica Lara Amat y León, si bien existen distintas formas de combatir las injusticias de género, también es cierto que algunas solamente cuestionan o se centran en las injusticias individuales y no en las colectivas, lo que a su vez puede generar otras injusticias de género[3]. En ese entendido y dado el rol que cumplen los jueces en sociedades como las nuestras, se desprende que la aplicación de las normas jurídicas no puede permanecer indiferente ante dicha realidad.

De esta manera, frente a semejantes injusticias por razón de género, los jueces, al momento de aplicar el Derecho en la solución de controversias, y en la medida en que son conscientes de las consecuencias de sus fallos, deben incluir la perspectiva de género cuando ello corresponda, a fin de evitar las arbitrariedades que, como sabemos, se encuentran proscritas desde la Constitución.

1. Perspectiva de género en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-145/17, la perspectiva de género consiste lo siguiente:

> […] la necesidad de reconocer cuando ello sea relevante, *la asimetría que puede existir entre un hombre y una mujer, debido a una relación de poder.* Ello se traduce en la obligación del Estado de diseñar e implementar políticas públicas que incluyan acciones afirmativas para superar la discriminación [4][cursiva agregada].

En el caso peruano, tal concepto encuentra respaldo principalmente en los artículos 2, inciso 2 y 4, de nuestra Norma Fundamental y "en los instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belem do Pará"[5].

---

2 POSADA KUBISSA, Luisa. "Justicia y género: las propuestas de Nancy Fraser". En Daimon. Revista Internacional de Filosofía, N° 65, 2015, p. 11.

3 LARA AMAT Y LEÓN, Joan. "Feminismo seducido: La crítica de Nancy Fraser a la imaginación feminista…y los movimientos sociales", 2018, inédito.

4 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-145/17 de 7 de marzo de 2017, Consideración 4.3.

5 Íd.

Al respecto, cabe mencionar que, como señala la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia antes referida, aun cuando la perspectiva de género no fue abordada por los primeros instrumentos de derechos humanos[6], "la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran normas que prohíben cualquier forma discriminación por cualquier causa, entre ellas, la discriminación contra la mujer"[7].

De otra parte, en cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe destacar que, en el caso Penal Castro Castro vs. Perú la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), "analizó las consecuencias del delito de violencia sexual sufrido por mujeres bajo custodia del Estado"[8]. Asimismo, consideró que se había violado "el derecho a la integridad personal interpretando su alcance a la luz de la Convención Belém Do Pará"[9]. Sostuvo, además, que "la violencia de género constituye una forma de discriminación y que los Estados tenían la obligación de actuar con la debida diligencia en la investigación y sanción de tales hechos"[10].

En dicha senda, la Corte IDH en el caso Campo Algodonero vs. México indicó que las reparaciones a las víctimas debían adoptar una perspectiva de género, por la siguiente razón:

> (…) deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial[11].

Asimismo, cabe resaltar con especial atención a los estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en los casos Atala Riffo vs. Chile y Duque vs. Colombia. Como es sabido, en el primer caso, la Corte IDH estableció que la identidad de género es una categoría protegida por la Convención[12]. En el segundo caso, la Corte IDH explicita que la identidad de género

6 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-878/14 de 18 de noviembre de 2014, fundamento 3.

7 Íd.

8 Íd.

9 Íd.

10 Íd.

11 Íd.

12 Corte IDH. Caso Atala Riffo vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párr. 91.

es también un motivo prohibido de discriminación, de conformidad con lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N.º 20[13].

2. Perspectiva de género y administración de justicia

De esta manera, de los mandatos constitucionales y convencionales sobre protección a la mujer, se desprende que el Estado "tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo"[14].

Así, "los operadores judiciales tienen el deber de cumplir sus funciones a la luz de la perspectiva de género"[15], más aún si las decisiones judiciales pueden, eventualmente, constituir fuente de discriminación en contra de la mujer a través, por ejemplo, de la naturalización de la violencia y la reproducción de estereotipos[16].

Por ello, es fundamental considerar al enfoque de género como obligación de la administración de justicia[17], a fin de eliminar cualquier forma de discriminación o violencia contra la mujer, razón por la cual, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-012/16, resulta imperativo que los jueces incorporen criterios de género en las controversias jurídicas que resuelven[18]. De esta forma, los jueces, entre ellos, el juez constitucional, "cuando menos, deben analizar los hechos y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado por virtud de las relaciones de poder que afectan su dignidad y autonomía"[19].

Si bien los jueces no pueden desplegar una orientación hacia alguna de las partes del proceso por motivos vinculados a su género ni dichos pueden influir en cómo

13 Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C N.º 310, párr. 109. Asimismo, ver también: Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N.º 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20. párr. 32.

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-967/2014 de 15 de diciembre de 2014, fundamento 39.

15 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-145/17 de 7 de marzo de 2017, fundamento 4.3.

16 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-012-2016, de 22 de enero de 2016, fundamento 2.

17 Íd.

18 Íd.

19 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-145/17 de 7 de marzo de 2017, fundamento 4.3

resuelven los jueces los casos que conocen[20], también es cierto, como señala la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-145/17, que los mandatos constitucionales y convencionales exigen que el juez cuando se pronuncie sobre una controversia jurídica en la que resultan involucrados derechos fundamentales de las mujeres, tenga en consideración marcos interpretativos que permitan desarrollar "perspectivas más amplias y estructurales del problema a resolver"[21], con la finalidad de desarrollar soluciones integrales a tales casos a partir de "la reconfiguración de los tradicionales patrones culturales discriminadores"[22].

En suma, ante situaciones en las que las mujeres sean víctimas de cualquier tipo de violencia o discriminación, los jueces, sin caer en la pérdida de imparcialidad, deben orientar sus actuaciones desde la perspectiva del género, siempre buscando armonizar los principios constitucionales y la especial protección a la mujer[23] en tales supuestos, de conformidad con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que sean vinculantes para el Estado peruano. Así pues, "se trata de adoptar decisiones judiciales apoyadas en un marco normativo más amplio en materia de protección de derechos de los grupos más vulnerables a fin de que tengan un impacto visible y positivo en su vida y en general en la sociedad"[24].

3. ¿Perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú?

En la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, vale decir, en lo que respecta a la expedida por el Colegiado actual, a diferencia de otras cortes de la región, no se ha hecho explícita la aplicación de la perspectiva de género en la mayoría de casos resueltos en el entendido de que la hubiesen requerido. No obstante ello, de manera implícita, puede considerarse que ésta se ha aplicado, con mayor o menor intensidad, en determinados casos, en los que, por lo demás, no se logró la unanimidad de los votos.

Como podrá observarse, la eficaz protección de derechos fundamentales de las mujeres a través de los procesos constitucionales de la libertad, —en concreto, a través del proceso de amparo—, varía en intensidad según cada temática, lo que va aunado al hecho de que no necesariamente se genera la unanimidad de los votos de los magistrados.

En todo caso, un desafío en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú es el relativo al desarrollo del contenido y alcances del derecho de las mujeres a una vida

20 Íd.
21 Íd.
22 Íd.
23 Íd.
24 Íd.

libre de violencia, pese al reconocimiento, en otras sentencias, de diferencias "históricamente muy arraigadas y que han situado a grupos de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana"[25], lo cual es plenamente aplicable a la situación de las mujeres, sobre todo al caso de las pobres y extremadamente pobres en el Perú.

II. Retos de la justicia constitucional en materia de los derechos fundamentales de las mujeres

Es ardua la tarea que tenemos los que impartimos justicia como jueces constitucionales, en lo que respecta a disminuir, cada vez con mayor efectividad, la brecha histórica y estructural en cuanto al igual disfrute de derechos que se aprecia entre hombres y mujeres. Si bien el Tribunal Constitucional, en cierta temática, como la laboral o educativa, viene afianzando la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, aún se advierten retos pendientes en aspectos relativos a los derechos sexuales y reproductivos, como también a la efectiva tutela del derecho de las mujeres a una vida libre sin violencia, sin contar otros derechos sobre los que eventualmente el Colegiado podría pronunciarse de llegar los justiciables hasta dicha instancia a través del recurso de agravio constitucional, como es el caso de otros derechos políticos, sociales, económicos y culturales.

Siendo ello así, quisiera enfatizar que aún hay mucho camino que recorrer en lo que respecta a la aplicación de la perspectiva de género en la solución de litigios de trascendencia constitucional. En efecto, todavía no contamos con pronunciamientos que se caractericen por la defensa clara y contundente, a partir de la aplicación de la perspectiva de género, de los derechos sociales, económicos, culturales de las mujeres, de su participación política en condiciones de auténtica paridad, o de asuntos tan sensibles como lo referente a sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros. De esta manera, nos encontramos ante un conjunto de temas que necesariamente requiere ser abordado y analizado desde la perspectiva de género, perspectiva que contribuirá, por lo demás, a la atención de las necesidades básicas de ciudadanos y ciudadanas integrantes de otros grupos vulnerables, todo ello con base en el respeto de su dignidad. Pero dichas luchas no solo deben darse bajo los límites de las instituciones nacionales, como es el caso del Tribunal Constitucional.

En todo caso, somos las autoridades jurisdiccionales y, especialmente, las mujeres que hemos recibido del país la oportunidad de ocupar las más altas magistraturas, quienes no podemos tolerar ni permitir el retroceso en el disfrute de los derechos ya

25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente Nº 05652-2007-AA/TC, fundamento 13.

conquistados ni en las luchas ya desplegadas a favor de los derechos de las mujeres y de toda población vulnerable. Solo si mantenemos esa consigna, será posible dotar de efectividad al mandato constitucional según el cual al Estado le corresponde promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 02233-2014-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Carlos Enrique Vallejos Passano. El Tribunal declaró infundada la demanda por no haberse producido la vulneración de los derechos al trabajo; a la igualdad; a la dignidad; al honor y buena reputación, y a la motivación de las resoluciones judiciales.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 09 de marzo del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda motivada por el recurrente contra el Ministerio del Interior y la Dirección General de la Policía Nacional del Perú.

En ese sentido, el recurrente solicitó que se deje sin efecto la Resolución Suprema 125-2011-IN, en el extremo que ordena su pase a la situación de retiro por la causal de renovación, y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación a la situación de actividad como oficial general de la Policía Nacional del Perú (PNP). Por lo que se vulneró su derecho al debido proceso; a la debida motivación; de las resoluciones judiciales; al trabajo; a la igualdad; a la dignidad, y al honor y buena reputación, así como violado los principios constitucionales de jerarquía normativa e irretroactividad de las normas.

El Tribunal precisó que, de acuerdo al artículo 167 de la Constitución, el presidente de la República es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Asimismo, de acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, las leyes y los reglamentos determinan la organización, las funciones, el empleo, la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, etc., por lo cual está facultado para pasar a la situación de retiro por la causal de renovación a los oficiales de la Policía Nacional, de acuerdo con las leyes y los reglamentos, así mismo a las necesidades que determine la Policía Nacional.

Por lo que el Tribunal Constitucional indicó que la Resolución Suprema 125-2011-IN, que dispone el pase a la situación de retiro del demandante, se encuentra adecuadamente motivada, en la medida en que expresa las razones mínimas que sustentan

la adopción de dicha decisión: la designación como director general de la PNP a un oficial de menor antigüedad; modalidad de pase al retiro por renovación, que se encuentra sustentada en un criterio objetivo (la antigüedad en el escalafón policial) y que tiene carácter excepcional y automático por imperio de la ley.

De otro lado, este Tribunal también consideró que el acto discrecional contenido en la resolución administrativa 124-2011-IN se adecúa a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en la medida en que el pase al retiro por la causal de renovación de los generales PNP de mayor antigüedad que el director general PNP designado, tiene por finalidad mantener la línea de comando y la disciplina en la Policía Nacional del Perú. Por consiguiente, afirma el TC que existe razonabilidad entre la medida adoptada y el efecto logrado o deseado. En consecuencia, indicó que la resolución se encuentra debidamente motivada y no se ha producido la vulneración de los derechos invocados.

Temas Claves: Derecho al debido proceso – derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales — derecho al trabajo — derecho a la igualdad — derecho a la dignidad — derecho al honor y buena reputación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 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, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carlos Enrique Vallejos Passano contra la resolución de fojas 239, de fecha 31 de enero de 2014, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de diciembre de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo y la dirige contra el Ministerio del Interior y la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, solicitando que se deje sin efecto la Resolución Suprema 125-2011-IN, de fecha 8 de octubre de 2011, en el extremo que ordena su pase a la situación de retiro por la causal de renovación; y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación a la situación de actividad como oficial general de la Policía Nacional del Perú (PNP). Alega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la debida motivación, de las resoluciones judiciales al trabajo, a la igualdad, a la dignidad, y al honor y buena reputación, así como violado los principios constitucionales de jerarquía normativa e irretroactividad de las normas.

Refiere que la resolución cuestionada carece de una debida motivación, toda vez que ha sido dictada sin respetar criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00090-2004-PA/TC, como el de la obligación de fundamentar debidamente la decisión de pasar a retiro a un oficial de la PNP con argumentos de derecho y de hecho, sustentados en procedimientos e indicadores objetivos. La Resolución Suprema 125-2011-IN ha sido emitida sin motivación alguna, pues solo aplica de manera directa el artículo 50 de la Ley 28857, Ley del Régimen de Personal de la Policía Nacional (vigente al momento de los hechos), que establece que de nombrarse a un general menos antiguo como director general de la PNP el pase a

la situación de retiro por la causal de renovación de los oficiales generales policiales se produce de forma extraordinaria e inmediata. Asimismo, sostiene que el referido artículo 50 es inconstitucional por cuanto viola de manera manifiesta los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad ante la ley, y al honor y buena reputación.

El procurador público del Ministerio del Interior propone las excepciones de prescripción, de falta de agotamiento de la vía administrativa y de incompetencia por razón del territorio y de la materia. Contesta la demanda expresando que el proceso de pase a retiro por renovación de cuadros tiene la finalidad de renovar los cuadros de oficiales policías y de servicio, y que la modalidad de pase a retiro por renovación que se ha aplicado al demandante es la extraordinaria, prevista en el artículo 50 de la Ley 28857, que se configura cuando se designa director general de la PNP a un oficial de menor antigüedad. Asimismo, señala que de acuerdo al escalafón policial correspondiente a oficiales generales, al mes de octubre de 2011, el oficial designado director general era menos antiguo que el actor, por lo que la resolución cuestionada se encuentra debidamente motivada.

El Primer Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 23 de octubre de 2012, declara infundadas las excepciones propuestas por la parte emplazada y, con fecha 5 de julio de 2013, declara infundada la demanda por estimar que la resolución cuestionada en autos, al disponer el pase a retiro del accionante de manera extraordinaria e inmediata, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 50 de la Ley 28857, Ley del Régimen de Personal de la Policía Nacional, constituyendo un acto administrativo de retiro por causal de renovación que no requiere motivación expresa alguna.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, por considerar que el recurrente pretende que se deje sin efecto la resolución suprema mediante la cual se lo pasó a retiro, lo cual no puede ser declarado por el juez constitucional, pues no es esa la función del juez de los derechos fundamentales, pues la demanda implícitamente involucra la declaración de un derecho.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. El recurrente persigue que se deje sin efecto la Resolución Suprema 125- 011-IN/PNP, del 8 de octubre de 2011, que dispuso su pase a la situación de retiro por la causal de renovación; y que, por consiguiente, se ordene su reincorporación a la situación de actividad en el grado de general PNP, con retroactividad al 8 de octubre de 2011.

2. Conforme al criterio establecido en la sentencia emitida en el Expediente 00090-2004-PA/TC, son procedentes en la vía del proceso de amparo aquellas deman-

das en las cuales se cuestiona el pase a retiro por la causal de renovación, razón por la cual corresponde emitir pronunciamiento de fondo.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas

3. Este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas supone la garantía de todo administrado a que las decisiones estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.

   Así pues, la motivación de la actuación administrativa —la fundamentación con los razonamientos en que se apoya— es una exigencia ineludible para todo tipo de acto administrativo, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

4. En relación a la debida motivación de las decisiones administrativas en los casos de pase al retiro por renovación en la PNP e instituciones castrenses, este Tribunal, en la referida Sentencia 00090-2004-AA/TC y en otros pronunciamientos, también ha señalado que motivar una decisión no solamente implica citar la norma legal que la ampara. Lo relevante allí es exponer las razones de hecho y el fundamento jurídico que justifican la decisión adoptada.

Análisis de la controversia

5. De acuerdo al artículo 167 de la Constitución, el presidente de la República es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. A su vez, de acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, las leyes y los reglamentos determinan la organización, las funciones, el empleo, la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, etc. Sobre esta base, el presidente de la República está facultado para pasar a la situación de retiro por la causal de renovación a los oficiales de la Policía Nacional, de acuerdo con las leyes y los reglamentos, y las necesidades que determine la Policía Nacional.

6. El artículo 50 de la Ley 28857, Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú, vigente al momento de sucedidos los hechos, señalaba: "Para el caso de los Oficiales Generales Policías, cuando se designe como Director General de la Policía Nacional del Perú a un Oficial de menor Antigüedad, el pase a la Situación de Retiro por Renovación se produce de forma extraordinaria e inmediata". Este supuesto se encuentra actualmente regulado en términos similares en el artículo 87 del Decreto Legislativo 1149, Ley de la carrera y situación del personal de la Policía Nacional del Perú.

7. Mediante la Resolución Suprema 124-2011-IN, de fecha 8 de octubre de 2011, se designó al general de la Policía Nacional del Perú Raúl Salazar Salazar como

director general de la Policía Nacional del Perú (folio 5). Asimismo, conforme al Escalafón de Oficiales Policías en Actividad (Antigüedad) a octubre de 2011 Grado: General, que obra a folios 70, el oficial general que fue designado director general de la PNP tiene menor antigüedad que el demandante, por lo que correspondía que este último fuera pasado a la situación de retiro por la causal de renovación, por haberse configurado el supuesto de hecho previsto en la mencionada disposición legal.

8. En efecto, mediante la Resolución Suprema 125-2011-1N, de fecha 8 de octubre de 2011 (folios 5), se dispuso el pase a la situación de retiro por la causal de renovación del demandante y de otros generales. Esta resolución administrativa se sustenta en lo siguiente:

   - Que el artículo 50 de la Ley 28857, Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú, señala que para el caso de los Oficiales Generales de Policías, cuando se designe como director general de la Policía Nacional del Perú a un oficial de menor antigüedad, el pase a la situación de retiro por renovación se produce de forma extraordinaria e inmediata.

   - Que, mediante Resolución Suprema 124-2011-IN, de fecha 8 de octubre de 2011 (fojas 274), se designa al señor General de la Policía Nacional del Perú Raúl Salazar Salazar como director general de la Policía Nacional del Perú.

   - Que procede disponer el pase a la situación de retiro por renovación de forma extraordinaria e inmediata a los generales PNP de mayor antigüedad que el director general de la Policía Nacional del Perú designado.

   - Que el pase a la Situación de Retiro por Renovación es un acto de la administración que no tiene carácter ni efecto sancionatorio, no implica afectación de derechos patrimoniales, ni constituye un agravio legal o moral a los oficiales generales a quienes se les aplique.

9. A partir de lo anterior, este Tribunal Constitucional considera que la Resolución Suprema 125-2011-IN, de fecha 8 de octubre de 2011, que dispone el pase a la situación de retiro del demandante, se encuentra adecuadamente motivada, en la medida en que expresa las razones mínimas que sustentan la adopción de dicha decisión: la designación como director general de la PNP a un oficial de menor antigüedad; modalidad de pase al retiro por renovación que se encuentra sustentada en un criterio objetivo (la antigüedad en el escalafón policial) y que tiene carácter excepcional y automático por imperio de la ley.

10. De otro lado, este Tribunal también considera que el acto discrecional contenido en la resolución administrativa cuestionada se adecúa a los principios de razona-

bilidad y proporcionalidad, en la medida en que el pase al retiro por la causal de renovación de los generales PNP de mayor antigüedad que el director general PNP designado tiene por finalidad mantener la línea de comando y la disciplina en la Policía Nacional del Perú. Existe pues razonabilidad entre la medida adoptada y el efecto logrado o deseado.

11. Así las cosas, al encontrarse debidamente motivada la resolución cuestionada, no se ha producido la vulneración de los derechos invocados, por lo que la demanda debe ser declarada infundada.

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

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda por no haberse producido la vulneración de los derechos alegados por el demandante.

Publíquese y notifiquese.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 04101-2017-PA/TC

Proceso de amparo motivado por Carmen Liliana Arlet Rojjasi. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de amparo al haberse afectado la debida motivación de las resoluciones.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 06 de marzo del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda motivada por la recurrente contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), la cual se solicitó la nulidad de la Resolución 599-2012-PCNM y la Resolución 117-2013-PCNM, por haber una vulneración al derecho de la debida motivación de las resoluciones y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En ese sentido, el Tribunal advirtió que el derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que, con la decisión emitida, se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

El Tribunal analizó que la relación entre el ejercicio de la función jurisdiccional y el deber de motivar debidamente las resoluciones judiciales es institucional, axiológica, jurídica y socialmente de tal importancia que ese solo déficit alcanza una cierta entidad, y puede ser razón suficiente para no ratificar a un juez o jueza en el cargo. No obstante, ello no exime al CNM de hacer gala de respeto por ese mismo estándar de motivación al momento de decidir si se ha violado o no dicho valor constitucional.

Por lo que el Tribunal Constitucional consideró que, tanto la Resolución 599–2012-PCNM, mediante la cual el CNM resolvió no ratificar a la demandante en el cargo de jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, como la Resolución 117-2013-PCNM, que declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución 599-2012-PCNM, han incidido en una violación del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones, reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política.

En cuanto al principio de interdicción de la arbitrariedad, el Tribunal explicó que surge del Estado Democrático de Derecho y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión.

Por consiguiente, el Tribunal determinó la violación del derecho a la debida motivación por parte de las Resoluciones 599-2012-PCNM y 117-2013-PCNM, y corresponde concluir, a su vez, que ellas incurren también en una afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Por el contrario, en cuanto a la presunta vulneración del derecho de defensa, el Tribunal precisó que lo constitucionalmente relevante no consiste en si alguna formalidad vinculada a la defensa ha sido inobservada en el procedimiento, sino en analizar si materialmente, y de manera inequívoca y concreta, la persona ha carecido de la debida oportunidad para exponer los argumentos orientados a la protección de sus derechos. Por lo que ha quedado acreditado que la recurrente ha gozado de dicha oportunidad, motivo por el cual no se ha producido una violación de su derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política.

En cambio, el Tribunal Constitucional consideró que la publicidad de la programación de la entrevista personal, como la concretización del derecho fundamental al debido procedimiento administrativo y del derecho de participación ciudadana; por lo que, al no haberse publicado con la debida antelación la fecha de la reprogramación de la entrevista personal a la recurrente, en el marco del procedimiento de ratificación al que estuvo sometida, se violó el derecho fundamental al debido procedimiento, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política, y el derecho fundamental de participación ciudadana, reconocido en el artículo 2, inciso 17, de la Norma Fundamental.

El Tribunal considera, para que resulte justificado ingresar en la aplicación del mencionado test de proporcionalidad, que la aludida medida debe resultar, cuando menos *prima facie*, conforme con la Norma Fundamental. Ya ha quedado establecido que tanto la Resolución 599-2012-PCNM, mediante la cual el CNM resolvió no ratificar a la demandante en el cargo de jueza superior, como la Resolución 117-2013-PCNM, que declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución 599-2012-PCNM, son nulas por haber violación del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones. Por ende, no existe mérito para aplicar el test de proporcionalidad a las referidas medidas.

En consecuencia, reponiendo las cosas al estado inmediatamente anterior al momento de la afectación, se ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura restituir a la demandante en el cargo de jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima y emitir una nueva resolución en el marco del procedimiento de ratificación al que fue sometida, con pleno respeto del derecho fundamental a la debida motivación y al principio de publicidad de estos procedimientos, conforme a los fundamentos 2 a 28 de esta sentencia.

Temas Claves: Derecho a la debida motivación de las resoluciones — interdicción de la arbitrariedad — principio de publicidad – principio de igualdad — derecho a la defensa — principio de proporcionalidad y razonabilidad.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de febrero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales y Sardón de Taboada que se agregan, y la abstención denegada de la magistrada Ledesma Narváez. Se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Liliana Arlet Rojjasi Pella contra la resolución de fojas 693, de fecha 14 de agosto de 2017, expedida
630 por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 25 de junio de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) a fin de que se dejen sin efecto las siguientes resoluciones:

a) Resolución 599-2012-PCNM, de fecha 10 de setiembre de 2012, emitida por el CNM, mediante la cual se dispuso no renovar la confianza a la actora y, en consecuencia, no ratificarla en el cargo de vocal (hoy juez superior) de la Corte Superior de Justicia de Lima.

b) Resolución 117-2013-PCNM, de fecha 21 de febrero de 2013, emitida por el CNM, mediante la cual se declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto por la accionante contra la Resolución 599-2012-PCNM.

En consecuencia, solicita que se retrotraiga el proceso de ratificación a la etapa correspondiente y se emita nueva resolución debidamente motivada. Asimismo, solicita que se ordene el pago de costos y costas procesales a su favor.

La demandante sustenta su demanda en la vulneración de los siguientes derechos:

- Sostiene que se ha violado su derecho a la debida motivación de las resoluciones, pues la decisión del CNM de no ratificarla tiene como único argumento el haber incumplido, supuestamente, el deber de motivar las resoluciones judiciales por ella suscritas. Alega que la Resolución 599-2012-PCNM contiene generalidades y carece de un análisis concreto que detalle la manera en que incumplió su deber de motivación. Además, denuncia que la Resolución 117-2013-PCNM no se pronuncia sobre cada punto planteado en su recurso extraordinario. De ahí que, a su juicio, no ha sido evaluada correctamente. Como consecuencia de esta falta de motivación, la actora considera que se ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad. Indica que utilizándose los mismos parámetros de evaluación, las resoluciones objeto de calificación en el procedimiento de ratificación obtuvieron resultados distintos a aquellos que habían conseguido en el procedimiento de ascenso para ocupar la plaza de juez supremo, en el que antes participó.

- Señala que se vulneró el derecho a la igualdad, puesto que otros magistrados fueron ratificados pese a obtener una nota inferior a la alcanzada por ella.

- Indica que se transgredió el derecho de defensa, debido a que la alegada falta de motivación de la Resolución 599-2012-PCNM acarreó que el ejercicio de este derecho se vea limitado, al no tener claro qué tópicos —que sustentaron la decisión del CNM— cuestionar. Agrega que en la entrevista personal no se le preguntó acerca de las deficiencias advertidas en sus resoluciones judiciales y que la calificación de estas recayó en profesionales no especializados en la materia sobre la que versaban dichas resoluciones.

- Manifiesta que se lesionó el principio de imparcialidad a causa de la participación del consejero Gonzalo García Núñez en el procedimiento de evaluación y ratificación al que fue sometida. Al respecto, aduce que el mencionado consejero debió abstenerse de participar como evaluador en su caso, en atención a que la actora fue una de las juezas que condenó al ciudadano Antauro Humala Tasso, quien es hermano del entonces presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, con quien el consejero García Núñez mantiene vínculos políticos.

- Aduce que se ha violado el principio de publicidad, pues no se publicaron las distintas reprogramaciones para la entrevista personal, pese a que

se encuentran contempladas en el Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público. Añade que las reprogramaciones de las entrevistas de otros magistrados sí fueron publicadas a través del portal institucional del CNM.

- Finalmente, señala que se transgredieron los principios de razonabilidad y proporcionalidad, dado que, a su juicio, debió efectuarse un test de proporcionalidad para determinar si la medida de no ratificación resultaba adecuada, necesaria y proporcional.

Contestación de la demanda

El CNM contestó la demanda y solicitó se la declare improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 7, del Código Procesal Constitucional, pues se cumplió con los parámetros constitucionales en materia de ratificación de jueces y fiscales; esto es, las resoluciones emitidas fueron debidamente motivadas y dictadas con previa audiencia de la interesada. Concretamente, alega lo siguiente:

- No resulta factible sostener que la decisión de no ratificación carezca de motivación por haberse basado en solo uno de los indicadores del rubro idoneidad, puesto que la "calidad de decisiones" reviste especial importancia en el procedimiento de evaluación y ratificación de magistrados.

- Las calificaciones emitidas por profesionales respecto a las resoluciones judiciales objeto de análisis son referenciales y no vinculan a los consejeros.

- Se respetó el derecho de defensa de la actora al programarse la entrevista y permitírsele intervenir en ella, así como leer su expediente y presentar la reconsideración que considerase pertinente.

- Respecto a la presunta falta de imparcialidad del consejero García Núñez, señala que se trata de un argumento subjetivo carente de contenido constitucional.

- Acerca de la presunta lesión al principio de publicidad, indica que la convocatoria al procedimiento de evaluación y ratificación de magistrados fue publicada de manera anticipada, por lo que se concedió un extenso periodo para la participación ciudadana. Añade que el reglamento del citado proceso no contempla la obligatoriedad de la publicación de las reprogramaciones.

- Respecto a la presunta vulneración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, alega que ésta no existe dada la adecuada motivación de las resoluciones del CNM.

Sentencia de primera instancia o grado

El Décimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda, por considerar que las resoluciones del CNM fueron debidamente motivadas habiendo quedado establecido en ellas que su desempeño no resultó satisfactorio respecto a la idoneidad que requiere el cargo de juez superior.

Auto de segunda instancia o grado

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar que las resoluciones cuestionadas se encuentran motivadas y han sido dictadas con previa audiencia de la actora.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio.

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución 599-2012-PCNM, de fecha 10 de noviembre de 2012, mediante la cual el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) resolvió no renovarle la confianza y, en consecuencia, no ratificar a la demandante en el cargo de jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima. Asimismo, se solicita la declaración de nulidad de la Resolución 117-2013-PCNM, de fecha 21 de febrero de 2013, que declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución 599-2012-PCNM.

   Sostiene la demandante que las referidas resoluciones del CNM son violatorias del derecho fundamental a la debida motivación, del derecho a que se respete el principio de interdicción de la arbitrariedad, del principio-derecho de igualdad, del derecho de defensa, del derecho a un examinador imparcial, del principio de publicidad, y del principio de proporcionalidad y de razonabilidad.

Sobre el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones del CNM.

2. Con relación a la alegada violación del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones del CNM, sostiene la demandante que la Resolución 599-2012-PCNM contiene una motivación aparente, puesto que no señala cuáles han sido los elementos fácticos que llevaron al CNM a concluir que las resoluciones expedidas por la recurrente carecen de niveles adecuados de motivación y de calidad. Afirma la demandante que la resolución administrativa contiene una serie de generalidades, mas no un análisis concreto acerca de las razones que permitirían sostener que ha vulnerado el deber de motivar adecuadamente las resoluciones judiciales.

Aduce que las mismas resoluciones judiciales que aportó en el procedimiento de ratificación y que fueran evaluadas negativamente, fueron aportadas previamente en el procedimiento para ascender a una plaza de juez supremo, momento en el cual fueran evaluadas positivamente por el cnm, permitiéndole mantenerse en situación de reserva para una plaza de jueza suprema.

3. Por su parte, con relación a este punto, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del CNM, refiere que la demandante pretende hacer prevalecer su criterio frente al criterio discrecional de los miembros del CNM al momento de evaluar las resoluciones judiciales que obran en su expediente administrativo. Refiere que si bien es cierto en un anterior procedimiento de evaluación para el ascenso las resoluciones judiciales aportadas por la demandante fueron evaluadas favorablemente por los especialistas, tales calificaciones no son vinculantes para los miembros del CNM, quienes coincidieron con los criterios de los especialistas que evaluaron desfavorablemente las resoluciones en el posterior procedimiento de ratificación.

4. El derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones, se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política. Se trata de una manifestación del derecho fundamental al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental) el cual se encuentra comprendido en lo que el Código Procesal Constitucional (CPCo.) denomina tutela procesal efectiva, una de cuyas manifestaciones, es, en efecto, el derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho (artículo 4 del CPCo.).

5. Tal como ha expuesto este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el derecho fundamental al debido proceso y, concretamente, el derecho a la debida motivación de las resoluciones, no es un derecho que reduzca su ámbito de protección al espacio de las decisiones jurisdiccionales, sino que se extiende a toda situación en la que un acto de poder tenga competencia para adoptar decisiones sobre la esfera subjetiva de la persona humana, en específico, sobre sus derechos (cfr. Sentencia 2050-2002-PA, fundamento 12, siguiendo diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Tribunal Constitucional v. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 69; Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124-127; Caso Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 105).

   De ahí que el deber de motivar debidamente las resoluciones, además de otros ámbitos, rija también en el marco de los procedimientos administrativos (cfr. sentencias 0091-2005-PA, fundamento 9, párrafos 3, 5 a 8; 5514-2005-PA, fundamento 5; 0744-2011-PA, fundamento 4; entre otras). En particular, con rela-

ción a la actuación del CNM, el artículo 5°, inciso 7, del CPCo. establece que en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, cabe cuestionar sus resoluciones definitivas cuando no hayan sido debidamente motivadas o hayan sido emitidas sin previa audiencia de la persona interesada, y así fue desarrollado por este Tribunal en la Sentencia 3361-2004-PA, fundamento 37 y siguientes, con respaldo en criterios que han sido luego uniformes y reiterados.

6. Entre otros aspectos, el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la debida motivación puede enfocarse, de un lado, desde una perspectiva interna, que implica el análisis de la corrección lógica y la coherencia narrativa del razonamiento que permite concatenar las premisas normativa y fáctica y la respectiva decisión o fallo; y, de otro, desde una perspectiva externa, que implica evaluar la corrección constitucional de las interpretaciones y argumentos que permiten sostener las premisas normativa y fáctica (cfr. Sentencia 0728-2008-PHC, fundamento 7 b. y c).

7. En el caso específico de los argumentos vinculados con la premisa fáctica, ellos pueden acarrear un vicio de indebida motivación, entre otros aspectos, si se ha valorado una prueba que, todas las cosas consideradas, resulta inconstitucionalmente obtenida, o si existe una incoherencia en la evaluación fáctica, sea porque unos mismos hechos existen y a su vez han dejado de existir para los órganos del Estado (cfr. Sentencias 2050-2002-PA, fundamento 19 b.; 1670-2003-PA, fundamento 8; 2597-2003-PA, fundamento 4; entre otras) o porque un mismo órgano del Estado los evalúa de modo distinto en tiempos distintos, sin expresar las razones que justifican dicho cambio de parecer.

8. La Resolución 599-2012-PCNM, cuya nulidad se solicita, es explícita en señalar que la recurrente merece una valoración favorable en todos los aspectos que son objeto de evaluación, "excepto en uno que reviste especial importancia en el rubro idoneidad, cual es el relativo a la calidad de decisiones" (Considerando 5). Es decir, la exclusiva razón en virtud de la cual el CNM decidió no ratificar en el cargo de jueza superior a la demandante reside —tal como adujo el mencionado Consejo en la Resolución 117-2013-PCNM que declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la resolución de no ratificación— en "las graves deficiencias en la motivación de las resoluciones que dicha magistrada ha emitido" (Considerando 3).

9. Ciertamente, la relación entre el ejercicio de la función jurisdiccional y el deber de motivar debidamente las resoluciones judiciales es institucional, axiológica, jurídica y socialmente de tal importancia que ese solo déficit, cuando alcanza una cierta entidad, puede ser razón suficiente para no ratificar a un juez o jueza en el

cargo. No obstante, desde luego, ello no exime al CNM de, a su vez, hacer gala de respeto por ese mismo estándar de motivación al momento de decidir si se ha violado o no dicho valor constitucional.

10. Se señala en la Resolución 599-2012-PCNM que "de la evaluación respectiva fluye que se evaluaron doce resoluciones, de las cuáles seis han merecido calificaciones aprobatorias y, en consecuencia el resto desaprobatorias, calificaciones que detallamos a continuación: una con 1.7; una con 1.6; dos con 1.5; una con 1.4; una con 1.3; cuatro con 1.0; una con 0.9 y una con 0.5; es decir, las calificaciones obtenidas oscilan entre 1.7 y 0.5, siendo la calificación más recurrente la de 1.0 y la nota promedio 1.2" (Considerando 4). Cabe precisar que la calificación máxima en este sistema es de 2.0 y la mínima de 0.0.

En efecto, deriva de autos que la demandante aportó 12 resoluciones a efectos de que sean evaluadas en el procedimiento de ratificación. Tales resoluciones, conforme se detalla en el siguiente cuadro, fueron las siguientes:

Cuadro 1

	Número de expediente sobre el que recayó la resolución	Calificación en el procedimiento de ratificación (2012)
A	20-2005	1.5
B	1987-2002	1.3
C	646-2001	1.0
D	14-2002	1.0
E	69-2010	0.5
F	89-2003 / 205-2003	1.7
G	820-2003	0.9
H	640-2005	1.0
I	53-2001	1.0
J	2011-2007	1.4
K	378-2010	1.5
L	65-2009	1.6
Promedio		1.2

11. A partir de ello señala la institución demandada que "fluye que la mitad de las decisiones evaluadas adolece de serias deficiencias de motivación, situación que

quebranta la confianza puesta por la Nación en quienes ejercen la nobilísima función jurisdiccional" (Considerando 5, párrafo 13); siendo que "la precitada deficiencia específica advertida en el desempeño funcional de la evaluada, no permite renovarle la confianza para continuar impartiendo justicia a nombre de la Nación" (Considerando 5, párrafo 16). Por consiguiente, puede deducirse con objetividad plena que el CNM considera que las resoluciones que adolecen de aquella seria deficiencia de motivación son aquellas que han merecido una calificación de 1.0 o menos.

12. Pues bien, la demandante ha acreditado (cfr. fojas 84 a 91 de autos) que las primeras 5 resoluciones mencionadas en el Cuadro 1 (A, B, C, D y E) merecieron una distinta y más favorable calificación por parte del mismo CNM cuando poco tiempo antes fueron aportadas para el procedimiento y concurso público de ascenso a una plaza de Juez Supremo. En efecto, ello se aprecia con nitidez en el siguiente cuadro:

Cuadro 2

	Número de expediente sobre el que recayó la resolución	Calificación en el procedimiento de ratificación (2012)	Calificación en el procedimiento para el ascenso (2010 -2011)
A	20-2005	1.5	1.6
B	1987-2002	1.3	1.4
C	646-2001	1.0	1.4
D	14-2002	1.0	1.8
E	69-2010	0.5	1.4

13. Así las cosas, puede apreciarse que si el CNM hubiera calificado las aludidas 5 resoluciones respetando el mismo criterio de valoración que en relación con ellas mantuvo en un procedimiento que había tenido lugar tan solo un año y medio antes en su propio seno y respecto de la misma persona evaluada, entonces solo 3 (y no la mitad) de las 12 resoluciones evaluadas habrían merecido una calificación de 1.0 o menos, encontrándose el resto en un baremo de calificación que oscilaba entre 1.3 y 1.8, alcanzándose un promedio de calificación de 1.4. Ello se puede cotejar en el siguiente cuadro:

Cuadro 3

	Número de expediente sobre el que recayó la resolución	Calificación si se hubiese mantenido la misma valoración recaída en el procedimiento para el ascenso
A	20-2005	1.6
B	1987-2002	1.4
C	646-2001	1.4
D	14-2002	1.8
E	69-2010	1.4
F	89-2003 / 205-2003	1.7
G	820-2003	0.9
H	640-2005	1.0
I	53-2001	1.0
J	2011-2007	1.4
K	378-2010	1.5
L	65-2009	1.6
Promedio		1.4

14. Entre otras cuestiones, fue esta incongruencia relacionada con la evaluación de las mencionadas 5 resoluciones la que motivó que la demandante presentara un recurso extraordinario ante el propio CNM solicitando que se anulara la Resolución 599-2012-PCNM. Sobre el particular, el CNM adujo lo siguiente:

> "Debe precisarse (…) que las resoluciones a las que refiere la recurrente fueron calificadas por el grupo de especialistas a quienes se les encomienda tal cometido; empero, tales apreciaciones surgidas de la participación de diferentes especialistas que intervinieron en los distintos procesos, no determinan la decisión que el Pleno de Consejeros pudiese tomar, pues esta es referencial y es finalmente el criterio del Pleno sobre la calidad de dichas decisiones, lo que determina la apreciación final sobre las mismas;
>
> Es importante mencionar que los consejeros observan rigurosamente los principios que dirigen un proceso como el presente, entre los que cabe destacar el principio de inmediación que proscribe la delegación de las actuaciones, salvo que la propia norma así lo permita;

> Es en virtud de este principio que, aún con un resultado favorable o no de los especialistas a quienes se les comisiona la calificación preliminar de las resoluciones, es el Pleno del Consejo quien toma la decisión final, verificando de modo directo las apreciaciones que hayan tenido los especialistas, pudiendo o no coincidir con ellas;
>
> En el caso concreto, las apreciaciones vertidas por los especialistas sobre las decisiones que la magistrada presentó para este proceso coinciden con la impresión que el Pleno del Consejo tiene sobre las graves deficiencias en la motivación de las resoluciones que dicha magistrada ha emitido durante el ejercicio de su labor jurisdiccional, conforme se ha explicado de modo extenso en la resolución cuestionada" (cfr. Resolución N°117-2013-PCNM, Considerando 3).

15. El Tribunal Constitucional, como no podría ser de otro modo, coincide con el CNM en el sentido de que la calificación que atribuyen los especialistas a la documentación que aportan las personas evaluadas por el Consejo no resulta vinculante para este, pues, como bien se refiere en la reciente cita, aplicando el principio de inmediación, "es el Pleno del Consejo quien toma la decisión final, verificando de modo directo las apreciaciones que hayan tenido los especialistas, pudiendo o no coincidir con ellas". Un razonamiento distinto supondría que los miembros del CNM estarían abdicando de la esencia de las delicadas competencias que la Constitución Política les asigna a través de su artículo 154.

16. Pero, justamente, dado que ello es y debe ser así, lo que no resulta constitucionalmente válido es que, sin mediar motivación expresa alguna respecto de las susodichas 5 resoluciones, en un primer momento —tal como queda acreditado con los medios aprobatorios obrantes de fojas 84 a 106— el CNM haya coincidido con una posición especializada que las calificaba positivamente, y poco tiempo después haya coincidido con otra posición especializada que las calificaba negativamente.

> Los especialistas pueden discrepar, pero en aras del respeto por el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones, y, concretamente, del deber de respeto por la coherencia en la evaluación fáctica que forma parte de la debida motivación externa de una resolución, el CNM no puede variar tan drásticamente su criterio de evaluación, a menos que lo fundamente debidamente y de modo expreso, cuestión que no ha sucedido en el caso de autos.

17. Abunda en lo señalado el hecho de que la conformación del CNM entre el momento en que se realizó el procedimiento para el ascenso (2010-2011) y el mo-

mento en que tuvo lugar el procedimiento de ratificación (2012) solo había variado en uno de sus miembros. Con todo, ello no enerva el tener en cuenta que el CNM es siempre un mismo órgano constitucional autónomo y, por ende, mantiene el deber de sustentar debida y expresamente sus cambios de posición en el tiempo, sobre todo si ello va a incidir directamente en los derechos de una persona sometida a evaluación, más allá de las sucedáneas variaciones en su conformación.

18. Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera que tanto la Resolución 599-2012-PCNM, mediante la cual el CNM resolvió no ratificar a la demandante en el cargo de jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, como la Resolución 117-2013-PCNM, que declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución 599-2012-PCNM, son nulas por incurrir en una violación del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones, reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política.

Sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad.

19. La demandante ha sostenido que las resoluciones del CNM cuestionadas, al haber incurrido en un vicio de indebida motivación, incurren también en una violación del principio de interdicción de la arbitrariedad. Por su parte, el demandado, al discrepar de la alegada afectación del deber de debida motivación, discrepa también de la aducida vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad.

20. Este Tribunal, en reiteradas oportunidades, ha establecido la relación conceptual necesaria entre el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones y el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así, se ha sostenido que "[e] l derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional" (cfr. Sentencia 5601-2006-PA, fundamento 3; 0728-2008-PHC, fundamento 8; entre otras).

> En esa línea, se ha agregado que "[l]o expuesto se fundamenta (…) en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3 y 43 de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente

de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión" (cfr. Sentencia 0728-2008-PHC, fundamento 9).

21. Por consiguiente, al haberse determinado supra la violación del derecho a la debida motivación por parte de las Resoluciones 599-2012-PCNM y 117-2013-PCNM, corresponde concluir, a su vez, que ellas incurren también en una afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Sobre el principio de publicidad en los procedimientos de ratificación de jueces y fiscales.

22. La recurrente alega que durante su procedimiento de ratificación se violó el principio de publicidad, puesto que, si bien la fecha de su entrevista personal, programada originalmente para el 18 de abril de 2012, fue debidamente publicada, ella fue reprogramada en tres ocasiones a las que no se le dio debida publicidad, realizándose la entrevista recién el 7 de junio de 2012.

23. Con relación a ello, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del CNM, tal como lo hiciera el propio Consejo a través de la Resolución N° 117-2013-PCNM (Considerando 5), sostuvo que el planteamiento carece de sustento legal, puesto que el Reglamento aplicable no contempla la exigencia de dar publicidad a la referida reprogramación de la entrevista.

24. El Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente con relación a la necesidad de dar publicidad a los procedimientos de ratificación de jueces y fiscales:

> Al ser un proceso público, la ratificación de magistrados se presenta también como una oportunidad para que la ciudadanía pueda reivindicar al buen juez o pueda acusar directamente, y con las pruebas debidas, al juez incapaz, deshonesto o corrupto. La crítica ciudadana a la función pública es un elemento fundamental en el fortalecimiento de las instituciones de la democracia participativa. Un modelo abierto a la participación del pueblo como es el Estado social y democrático, no puede desperdiciar un momento como este para que la magistratura dé cuenta pública de sus funciones cada siete años. Eso sí, el sistema debe permitir que el magistrado responsable, capaz y honesto, espere sin temor ni incertidumbre de lo que pueda ocurrir con su destino funcionarial luego del proceso de ratificación. La sociedad peruana, que ha vivido en los últimos años con las puertas del poder público poco permeables a la crítica pública, necesita abrir espacios de diálogo entre el ciudadano y la función pública" (cfr. Sentencia 3361-2004-PA, fundamento 15 d.).

25. De esta forma, este Colegiado ha entendido que el procedimiento de ratificación de jueces y fiscales debe estar acompañado de modo transversal de la debida publicidad, a efectos de cumplir con diversas funciones constitucionales por las que ha sido instituido. La ausencia de dicha publicidad impide considerar como debido al procedimiento de ratificación, violándose no solo el debido procedimiento (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), sino también el derecho de la ciudadanía de participar en forma individual o asociada en la vida institucional de la nación, reconocido en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución. Y es que, como bien se ha señalado en el artículo 13 del Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado mediante Resolución 1019-2005-CNM, de fecha 1 de julio de 2005, y que resultaba aplicable al procedimiento de ratificación sub examine, la participación de la ciudadanía en el procedimiento de ratificación de jueces y fiscales constituye una manifestación del referido derecho fundamental.

Pese a ello, el demandado ha sostenido que la etapa de la entrevista personal, que forma parte medular del procedimiento, no requiere de publicidad. Concretamente, ha sostenido que la reprogramación de la entrevista personal no requiere ser publicitada.

26. Desde luego, este Tribunal discrepa de dicha posición, no solo porque ella riñe con el principio de publicidad del procedimiento, tal como ha sido delimitado en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, sino también porque viola la forma en que ello había sido concretado en el propio Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, antes mencionado.

En efecto, en el artículo 17 de dicho Reglamento se establece lo siguiente: "El día programado para el inicio del proceso se publica el cronograma de actividades, que incluye la fecha de la entrevista personal. Dicha publicación se efectúa en el diario oficial y en otro de circulación nacional y regional. Se notificará en forma personal al magistrado sujeto a evaluación cursándose la citación respectiva" (énfasis agregado).

27. Así las cosas, es evidente que la publicidad de la programación de la entrevista personal, como una concretización del derecho fundamental al debido procedimiento administrativo y del derecho de participación ciudadana, venía exigida por el propio reglamento del procedimiento, exigencia que por razones elementales era extrapolable a una eventual reprogramación de la entrevista personal y que ha sido inconstitucionalmente desatendida en el caso de autos. Por lo demás, la recurrente ha acreditado que el CNM sí cumplió con dar debida publicidad a

otras reprogramaciones realizadas (cfr. fojas 161 y ss. de autos), lo que termina de hacer aún más cuestionable lo ocurrido en el caso de la recurrente.

28. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que, al no haberse publicado con la debida antelación la fecha de la reprogramación de la entrevista personal a la recurrente en el marco del procedimiento de ratificación al que estuvo sometida, se violó el derecho fundamental al debido procedimiento, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política, y el derecho fundamental de participación ciudadana, reconocido en el artículo 2, inciso 17, de la Norma Fundamental.

Sobre el derecho fundamental a la defensa

29. La demandante ha alegado también una supuesta violación de su derecho fundamental a la defensa en el procedimiento de ratificación. No obstante, del análisis de la demanda deriva que pretende sustentar dicha violación en el hecho de que durante la entrevista personal el CNM no le formuló interrogantes relacionadas con la razón que finalmente determinaría su no ratificación, a saber, la supuesta deficiencia en la motivación de sus resoluciones; y en el hecho de que uno de los abogados que evaluaron algunas de sus resoluciones carecía de especialización en materia penal.

30. Del análisis de autos deriva que, sin perjuicio de que, como ya ha quedado establecido, la resolución de no ratificación ha incurrido en un vicio de indebida motivación, la recurrente sí tuvo oportunidad de alegar lo pertinente en relación con las afectaciones constitucionales que consideraba que estaban teniendo lugar. De hecho, en el recurso extraordinario, obrante a fojas 22 y siguientes, se aprecia que tuvo oportunidad de plantear ante el CNM cada una de sus observaciones.

31. Cabe recordar que, tal como tiene expuesto este Colegiado, "se entiende por indefensión formal a aquella irregularidad que queda en el llano cumplimiento, constitucionalmente intrascendente, de una regla formalmente vinculada con el derecho de defensa. Se entiende, en cambio, por indefensión material, aquella situación en la que de modo real, efectivo y concreto la persona ha quedado privada de las garantías necesarias que permiten afirmar que el derecho de defensa ha sido constitucionalmente respetado" (cfr. Sentencias 6712-2005-PHC, fundamento 32; 4968-2014-PHC, fundamento 37).

    Dicho de otro modo, lo constitucionalmente relevante no consiste en si alguna formalidad vinculada a la defensa ha sido inobservada en el procedimiento, sino en analizar si materialmente, y de manera inequívoca y concreta, la persona ha carecido de la debida oportunidad para exponer los argumentos orientados a la protección de sus derechos.

32. En la presente causa ha quedado acreditado que la recurrente ha gozado de dicha oportunidad, motivo por el cual no se ha producido una violación de su derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política.

Sobre el derecho fundamental a un examinador imparcial

33. Alega la demandante que la participación del entonces consejero Gonzalo García Núñez en el procedimiento de ratificación ha vulnerado el derecho fundamental a un examinador imparcial. Afirma que fue la presidenta del Tribunal que condenó al Sr. Antauro Humala Tasso por una serie de delitos al haber encabezado en el año 2005 la toma de una comisaría en Andahuaylas. Sostiene que el referido condenado tuvo vínculo político con el Partido Nacionalista Peruano, agrupación política por la que el Sr. García Núñez postuló como vicepresidente de la República en el año 2006, bajo el nombre de Unión por el Perú.

34. El Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho fundamental a un examinador imparcial constituye una manifestación implícita del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política. Asimismo, tiene reconocimiento expreso en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ende, forma parte del derecho nacional (artículo 55 de la Constitución Política) y es base hermenéutica para la determinación del contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (Cuarta Disposición Final de la Constitución Política) (cfr. Sentencia 1460-2016-PHC, fundamentos 13-17).

35. Se ha sostenido de modo recurrente que el principio de imparcialidad posee dos acepciones: a) imparcialidad subjetiva, referida a la ausencia de compromiso por parte del examinador con las partes o en el resultado del proceso; b) imparcialidad objetiva, relativa a la necesidad de evitar la influencia negativa que pueda tener en el juzgador la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, la necesidad de que el sistema ofrezca suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable (cfr. Sentencias 4298-2012-PA, fundamento 8; 1460-2016-PHC, fundamentos 20 – 21; entre otras).

36. Ahora bien, en cualquier caso, resulta manifiesto para este Tribunal que los argumentos que busquen sustentar la ausencia de imparcialidad en el examinador en relación con las partes o el objeto de controversia no pueden estar llanamente cifrados en la subjetiva desconfianza por parte del justiciable. Tales argumentos deben estar referidos a datos objetivos y con respaldo normativo que permitan

afirmar, sin margen de duda razonable, que el examinador mantendrá un interés propio, y no sustentado en el Derecho, en canalizar la decisión en un determinado sentido.

37. De acuerdo con la VI Disposición General del Reglamento, aplicable al procedimiento de ratificación, los consejeros no pueden ser recusados, aun cuando deben abstenerse en caso de estar incursos en algún impedimento normativamente previsto.

38. El hecho de que la recurrente haya formado parte de una corte que condenó a una persona que mantuvo alguna relación con una agrupación política por la que uno de los consejeros postuló en el pasado a un cargo público, no solo no se encuentra previsto en norma alguna como causal de abstención, sino que el Tribunal Constitucional no considera que sea razón suficiente o atendible para sembrar una duda razonable acerca de la imparcialidad con la que actuará dicho consejero en el procedimiento de ratificación. En tal sentido, no se considera acreditada la afectación del derecho fundamental a la imparcialidad del examinador.

Sobre el principio-derecho de igualdad

39. La recurrente aduce una violación del principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución Política. Refiere que dicha vulneración se habría producido puesto que determinados jueces, a pesar de encontrarse en una situación menos favorable que aquella derivada del resultado de su evaluación, han sido ratificados en el cargo y ella no.

40. Es uniforme, pacífico y reiterado el criterio de este Tribunal en virtud del cual, "no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (…). La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables" (cfr. Sentencias 0048-2004-PI, fundamento 61; 0012-2010-PI, fundamento. 5).

41. A efectos de ingresar en el análisis de si ha existido o no un trato discriminatorio, se precisa, en primer término, la comparación de dos situaciones jurídicas, a saber, aquella que se juzga recibe el referido trato, y aquella otra que sirve como término de comparación para juzgar si en efecto se está ante una violación de la cláusula constitucional de igualdad. Desde luego, la situación jurídica que se propone como término de comparación no puede ser cualquiera. Esta debe os-

tentar ciertas características mínimas para ser considerada como un término de comparación "válido" en el sentido de pertinente para efectos de ingresar en el análisis de si la medida diferenciadora supera o no el test de igualdad. Una de tales características es la siguiente:

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 trate de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica prima facie relevante" (cfr. Sentencia 0012-2010-PI, fundamento 6 b).

42. Pues bien, cada uno de los casos evaluados en los procedimientos de ratificación de jueces y fiscales implica la evaluación de una variedad de rubros a la luz de ciertos indicadores valorados bajo la ponderación de los miembros del CNM, además de la entrevista personal. Así pues, entablar la analogía sustancial entre dos casos que sería necesaria para la aplicación del test de igualdad, aunque no puede rechazarse a priori, es claramente una posibilidad de muy compleja verificación, y se torna absolutamente inviable si no se aportan los elementos de juicio suficientes para ingresar en un análisis detenido de la cuestión.

43. En el caso de autos, con relación a los asuntos que se pretenden presentar como términos válidos de comparación, solo se han aportado las resoluciones del CNM que deciden ratificar —lo que no sucedió con la recurrente— a dos jueces, los cuales, por lo demás, a diferencia de la demandante que ejercía el cargo de jueza superior, eran jueces de primera instancia. Siendo ello así, en modo alguno puede considerarse que se goza de bases sólidas para establecer la exigida analogía sustancial tanto fáctica como jurídica. Por consiguiente, no se ha acreditado a la alegada violación del principio-derecho a la igualdad.

Sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad

44. Finalmente, la demandante sostiene que la resolución a través de la cual se decidió no ratificarla en el cargo de jueza superior, vulnera el principio de proporcionalidad. Argumenta que dado que la única razón por la que fue evaluada negativamente fue la supuesta baja calidad en la motivación de sus resoluciones, la medida de no ratificación no era necesaria, puesto que existía otra medida menos restrictiva de su derecho de mantenerse en el cargo que hubiese permitido alcanzar el mismo fin; tal medida sería exigirle una mayor capacitación.

45. Este Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que para que una medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental o bien constitucional resulte conforme con la Constitución Política debe superar el test de proporcionalidad (cfr. Sentencias 0034-2004-PI, fundamento 63; 4119-2005-PA, fundamento 70;

1209-2006-PA, fundamento 56; 1576-2007-PA, fundamento 9; 0001-2008-PI, fundamentos 18-19; 3610-2008-PA, fundamento 39; 0032-2010-PI, fundamento 30; entre otras).

46. Ahora bien, para que resulte justificado ingresar en la aplicación del mencionado test, la aludida medida debe resultar, cuando menos prima facie, conforme con la Norma Fundamental. Ya ha quedado establecido que tanto la Resolución 599-2012-PCNM, mediante la cual el CNM resolvió no ratificar a la demandante en el cargo de jueza superior, como la Resolución 117-2013-PCNM que declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución 599-2012-PCNM, son nulas por haber violación del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones. Por ende, no existe mérito para aplicar el test de proporcionalidad a las referidas medidas.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo al haberse afectado la debida motivación de las resoluciones, y, en consecuencia, nulas las Resoluciones Nros. 599-2012-PCNM y 117-2013-PCNM.

2. Reponiendo las cosas al estado inmediatamente anterior al momento de la afectación, ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura restituir a la demandante en el cargo de jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, y emitir una nueva resolución en el marco del procedimiento de ratificación al que fue sometida, con pleno respeto del derecho fundamental a la debida motivación y al principio de publicidad de estos procedimientos, conforme a los fundamentos 2 a 28 de esta sentencia.

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas, pero, al respecto, debo señalar lo siguiente:

1. La función jurisdiccional en un Estado Constitucional puede ser también objeto de labores de evaluación de desempeño e incluso de control disciplinario. Es más, y como bien se señala en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se encuentra ya afirmada en nuestro contexto aquella máxima que señala que "no existen espacios exentos de control constitucional". Los jueces, desde luego, no escapan a la fuerza normativa de la Constitución y se encuentran sujetos a sus parámetros.

2. Ahora bien, ello no significa que dichas labores de evaluación, y, sobre todo, esas tareas de control, puedan ejercerse de cualquier manera. Señalar eso es abrir la puerta al abuso y a la arbitrariedad, a la eventual violación de derechos fundamentales. En síntesis, a la negación de un Estado Constitucional. La evaluación y el control debe darse a través de ciertos mecanismos y estándares que, con pleno respeto de la independencia judicial, pueden realizar, en su caso, una evaluación o un control razonable del ejercicio de esta importante función del Estado.

3. De otro lado, no debe olvidarse que los espacios judiciales históricamente han buscado ser comprendidos y hasta coaptados por parámetros distintos a los jurídicos, buscando así satisfacer múltiples propósitos. En consecuencia, el control que sobre los jueces se ejerce debe ejercerse con cautela pues directa o indirectamente, voluntaria o involuntariamente, pueden generarse condicionamientos que ponen en riesgo una impartición de justicia independiente e imparcial. El control disciplinario, o la evaluación de desempeño, por tanto, no pueden hacerse de cualquier manera. Es más, los estándares establecidos para evaluar o destituir deben intentar ser lo más objetivos posibles, para ser predecibles, máxime si, como ocurre en este caso en particular, los actores llamados a calificar o eventualmente destituir jueces son prácticamente los mismos o, en cualquier caso, cuentan con las mismas atribuciones.

4. De allí la preocupación por contar con resoluciones motivadas; y entre ellas también con resoluciones administrativas motivadas, como bien se dice en la misma sentencia. Centrándonos en el caso concreto, debemos recordar que los están-

dares de motivación no son los mismos en el contexto del Consejo Nacional de la Magistratura frente al control de las resoluciones judiciales en el marco de un proceso constitucional.

5. En ese sentido, conviene recordar que para el control de motivación de las resoluciones judiciales este Tribunal Constitucional cuenta con parámetro para evaluar la motivación, recogido en el caso Llamoja (STC 00728-2008-PHC). Esta es la pauta utilizada en la sentencia, la cual da cuenta de vicios en la motivación de resoluciones judiciales.

6. Sin embargo, es necesario aquí recordar que el Tribunal también ha incorporado a su jurisprudencia algunos criterios que son específicos para evaluar la motivación de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. No perdamos de vista que eso es precisamente lo que cuestiona la recurrente. No se cuestiona aquí la decisión de la judicatura ordinaria, sino los pronunciamientos del Consejo Nacional de la Magistratura al no ratificar a Carmen Rojjasi como jueza superior.

7. Estos criterios fueron recogidos en el auto del 7 de octubre de 2014 correspondiente al expediente 00776-2014-PA/TC, caso "Hinostroza Pariachi". En dicho auto se señaló que existen "(...) elementos principales que una motivación de un órgano constitucional como el CNM debe expresar para justificar legítimamente sus decisiones" (f. 24).

8. Estos elementos o criterios son los siguientes: i) una adecuada identificación del objeto de razonamiento; ii) motivación interna (lógica); así como los criterios de motivación externa: iii) consistencia; iv) coherencia; v) aceptabilidad de las consecuencias; y, vi) universalidad. Asimismo, se dijo en ese mismo auto que "(..) Dichos estándares de motivación exigibles al CNM aumentarán, por ejemplo, en los casos de no ratificación de jueces y fiscales, o en aquellos donde se impongan sanciones disciplinarias, pues en tales casos el CNM debe tener acceso a mayores elementos probatorios generados en el respectivo periodo de ratificación o de investigación disciplinaria." (f.28)

9. Por tanto, más allá de las razones ya expresadas en la sentencia, también deben tomarse en cuentas los elementos aquí descritos, pues son los específicos para absolver situaciones como la del presente caso.

10. Por lo demás, considero necesario puntualizar que encuentro en lo resuelto una imprecisión de carácter conceptual, que se repite asimismo en otras resoluciones del Tribunal Constitucional, la cual consiste en utilizar las expresiones “afectación”, “intervención” o similares, para hacer a referencia ciertos modos de injerencia en el contenido de derechos o de bienes constitucionalmente protegidos, como sinónimas de “lesión” o “vulneración”.

11. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión; podría tener o no una connotación negativa; y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados prima facie (es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional) como formas de afectación o de intervención iusfundamental.

12. Sin embargo, hablar de "vulneración" o "lesión" es hablar de algo más acotado. Se alude a supuestos de "vulneración" o "lesión" al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales con una incidencia negativa, directa, concreta 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.

13. Finalmente, debo señalar que un error reiterado en el ámbito judicial es el de dar un tratamiento indistinto pero conjunto a los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad, cuando en realidad se trata de importantes herramientas para resolver problemas constitucionales con un corte en principio similar pero provenientes de un desarrollo independiente sustentado en tradiciones jurídicas distintas.

14. Es así que en rigor, un test de razonabilidad, de inspiración norteamericana, se centra en el análisis tanto de los fines como los medios utilizados en el caso concreto. Por otro lado, la proporcionalidad europea hace referencia a un análisis más principalmente de medios, en los que se evalúa la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de una medida determinada. De allí que sea conveniente puntualizar los alcances que se pretende dar a estos exámenes, de modo que pueda preverse adecuadamente su uso para la resolución de ciertos casos en particular.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a la opinión vertida por mis colegas magistrados, aunque coincidimos con el sentido del fallo de la sentencia, no concuerdo con algunos fundamentos en los que se apoya por las siguientes razones:

1. En primer lugar, es importante señalar que el objeto del petitorio se circunscribe a la declaratoria de nulidad del proceso de ratificación del cargo de jueza ante el CNM al haberse supuestamente vulnerado el principio derecho de interdicción a la arbitrariedad, de igualdad, derecho de defensa, a un examinador imparcial, principio de publicidad, y de proporcionalidad y razonabilidad.

2. Pues bien, de lo expuesto por la actora, soy de la consideración que el argumento o eje central del caso que nos ocupa, se ve reflejado en la verificación de la vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones, en este caso, de las resoluciones emitidas en el procedimiento de ratificación como juez de segundo grado ante el Consejo Nacional de la Magistratura. Es por ello, que el presente voto se circunscribe al análisis de este derecho.

3. El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el debido proceso es un derecho continente, en la medida que de él derivan y se fundamentan otros derechos fundamentales. Así, 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, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

4. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Ahora bien, en el expediente 03864-2014-AA, en el fundamento jurídico 27, este Tribunal ha indicado cuales son los vicios de la motivación que inciden en su contenido constitucionalmente protegido:

    i. *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la

motivación es inexistente o cuando esta es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

ii. *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

iii. *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

iv. *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva

constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

v. *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas, pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

vi. *Motivaciones cualificadas.* Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

5. Así, teniendo en cuenta que en el marco de los procedimientos administrativos y con relación a la actuación del CNM, el artículo 5, inciso 7 del Código Procesal Constitucional, establece que en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, cabe cuestionar sus resoluciones definitivas cuando no hayan sido debida y suficientemente motivadas o hayan sido emitidas sin previa audiencia del interesado.

6. En esa línea, considero que la Resolución 599-2012-PCNM, cuya nulidad se solicita, ha sido explicita en señalar que la recurrente merece una valoración favorable en todos los aspectos que son objeto de evaluación, excepto en uno

que revestía singular importancia, esto es, el rubro idoneidad, relativo a la calidad de algunas de sus decisiones. Es decir, la exclusiva razón en virtud de la cual el CNM decidió no ratificar en el cargo de jueza superior a la demandante reside en las supuestas "deficiencias graves en las resoluciones emitidas por la demandante" sin explicar o profundizar de que se tratarían cada una de ellas, incurriendo así en el supuesto de una motivación aparente que en términos constitucionales no resulta aceptable a los estándares de un debido proceso.

7. En consecuencia, de los fundamentos 11 a 18 de la sentencia, resulta suficiente para estimar la demanda de autos, en lo referente a la adecuada motivación de las resoluciones, reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución de 1993.

8. En cuanto al fallo de la sentencia considero que reponiendo las cosas al estado anterior a la afectación de su derecho a una adecuada motivación, se debe ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir una nueva resolución relativa a la ratificación de la demandante, con pleno respecto de sus derechos.

Por estos fundamentos, considero que la presente demanda de amparo debe ser declarada FUNDADA la demanda.

Sr.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, me aparto del fundamento 7 de la sentencia, adhiriéndome a sus demás fundamentos, que bastan para declarar fundada la demanda de amparo.

Dicho fundamento señala que una prueba inconstitucionalmente obtenida acarrea un vicio de motivación. Sin embargo, el vicio descrito nada tiene que ver con el problema constitucional planteado en el amparo de autos.

La señora Rojjasi Pella no argumenta en su demanda que el CNM haya utilizado una prueba prohibida o ilícita, que haya determinado su no ratificación como jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima. Así las cosas, el citado fundamento es impertinente para resolver la presente causa.

Por demás, y según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la valoración de una prueba tiene incidencia en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba (Cfr. STC Nº 6712-2005-HC/TC, fundamento 15) y no en el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, como erróneamente se afirma en el citado fundamento.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto, con fecha posterior, a fin de precisar que coincido con el resto de mis colegas en el sentido que debe declararse como FUNDADA la demanda de amparo al haberse afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones. Por ello, considero que lo que corresponde ordenar es, como han indicado mis colegas, que se restituya a la recurrente en su cargo de jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, y que se vuelva a emitir una nueva resolución en el marco del procedimiento de ratificación al que fue sometida. Del mismo modo, considero que la demanda debe ser declarada como INFUNDADA respecto de los demás puntos invocados.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lima, 02 de marzo de 2018

Sentencia 05903-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Julián Guevara Cáceres. El Tribunal declaró infundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de setiembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda motivada por el recurrente contra Enrique Saravia Arrescurrenaga y Sara Esmelda Rosales Sánchez, alegando la vulneración de sus derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen.

En ese sentido, el Tribunal precisó que el derecho al honor, a la buena reputación e imagen forman parte de los de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución, y tienen por finalidad proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva.

Por lo que el recurrente alegó que la publicación de su nombre en un aviso colocado en la parte superior de los ascensores del primer piso del edificio en el que reside vulnera su derecho al honor, la buena reputación e imagen. Este anuncio se le atribuye por una deuda ascendente a S/. 2103.60, correspondientes a 34 meses pendientes de cancelación por servicios comunes y mantenimiento del edificio.

El Tribunal advierte que se ha colocado un cartel en el que se consignan los nombres de los morosos del edificio. Este hecho se encontró acreditado en la copia certificada Nro. 5192-09-CAU-CC, y precisó que si bien se debería emplear los canales legales para la exigencia de pago de las obligaciones contraídas, tampoco puede dejar de advertir que la deuda que se le atribuye al recurrente asciende a una suma considerable.

Del mismo modo, en lo referente a las supuestas consignaciones que estaría efectuando en el Poder Judicial, no ha adjuntado prueba alguna que acredite dichos pagos. En consecuencia, el Tribunal concluyó que la alegada acefalia existente en la Junta de Propietarios del edificio no es un motivo que lo excuse de incumplir con los pagos que se generen por los servicios comunes que se le brinda.

Temas Claves: Derecho al honor — a la buena reputación y a la imagen — pago de obligaciones.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de marzo de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez 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 y con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, y el fundamento de voto del magistrado Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Julián Guevara Cáceres contra la resolución de fojas 203, de fecha 10 de setiembre de 2014, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 28 de diciembre de 2009, el recurrente interpone demanda de amparo contra don Enrique Saravia Arrescurrenaga y doña Sara Esmelda Rosales Sánchez, solicitando que se retire el aviso colocado en la parte superior de los ascensores del primer piso del edificio en el que reside, por considerar que vulnera sus derechos al honor, a la buena reputación y a la imagen. A través de dicho anuncio se le atribuye una deuda ascendente a S/ 2103.60, correspondientes a 34 meses pendientes de cancelación por concepto de servicios comunes y mantenimiento del edificio, pese a haber efectuado consignaciones para el pago de dicho concepto ante el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Lima, dado que la Junta de Propietarios no se encuentra inscrita en Registros Públicos.

Contestación de la demanda

Don Enrique Saravia Arrescurrenaga deduce la excepción de falta de legitimidad pasiva porque, según él, es la Junta de Propietarios debería ser emplazada, a pesar de no estar inscrita. Asimismo, aduce que la demanda resulta improcedente debido a que

existen otras vías para tutelar tal pretensión. En cuanto al fondo, manifiesta que la demanda resulta infundada ya que colocar un aviso en el que se indica que el demandante mantiene una deuda por concepto de servicios y mantenimientos del edificio donde reside, no puede ser considerado como lesivo a ningún derecho constitucional.

Sentencia de primera instancia o grado

El Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante auto de fecha 13 de junio de 2011, declaró infundada la excepción planteada. Empero, mediante auto de fecha 18 de setiembre de 2013 declaró improcedente la demanda de autos por estimar que los hechos y el petitorio de la demanda no inciden en forma directa en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados puesto que la información contenida en el aviso es cierta.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por considerar que la información contenida en el aviso cuestionado no ha vulnerado los derechos invocados al no evidenciarse un propósito de escarnio o humillación.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Tal como se aprecia de autos, el asunto litigioso consiste en determinar si la publicación, a través de una pancarta, de la cantidad que adeuda el actor por concepto de mantenimiento del inmueble y servicios comunes[1], es constitucional o no. Al respecto, el demandante manifiesta que ello constituye una agresión a su derecho al honor y a la buena reputación, mientras que la parte emplazada considera que tal proceder no conculca ningún derecho fundamental.

2. Por consiguiente, no se emitirá pronunciamiento sobre si finalmente la deuda ha sido honrada o no, o sobre si la Junta de Propietarios se encuentra debidamente inscrita o no, en tanto ambas cuestiones no guardan relación directa con el objeto de controversia constitucional. Únicamente es materia de impugnación la divulgación de la deuda en un área común del edificio, esto es, frente a ascensores del primer piso, a vista de residentes e invitados.

Análisis del caso en concreto

a) Derecho al honor y publicación de listas con nombres de deudores morosos

3. El derecho al honor, a la buena reputación e imagen forman parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7 del artículo 2 de la Constitu-

1 Conforme se advierte del tenor de la constatación policial incorporada a los actuados por el propio demandante (Cfr. fojas 3), lo único que se ha consignado en esa publicación es el monto que adeuda.

ción y, en tal sentido, están estrechamente vinculados con la salvaguarda de la dignidad de la persona humana. Tal como el Tribunal Constitucional los ha entendido, tienen por finalidad "proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva" [cfr. STC 2790-2002-AA/TC]. También hemos precisado que el honor "forma parte de la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investida, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos" [cfr. STC 00249-2010-AA/TC, fundamento 11].

4. Este Tribunal también ha precisado que, mientras que la dimensión del honor individual se refiere a un derecho personalísimo indelegable, en su dimensión de buena reputación también se expande como una posición ius fundamental que puede ampliar sus efectos para proteger posiciones similares no solo de personas naturales, sino incluso en los entes que, amparados en alguna manifestación de personalidad jurídica que les confiere el sistema jurídico, actúan en la sociedad proyectando una imagen o un nombre o una razón social [Cfr. STC 905-2001-PA/TC, STC 4099-2005-PA/TC, entre otras].

5. Ahora bien, es oportuno precisar que esta no es la primera ocasión en que este Tribunal Constitucional ha tenido que dirimir un conflicto en el que se publicitan deudas. En la Sentencia 1970-2008-PA/TC, por ejemplo, se declaró fundada la demanda para el retiro de la publicación en una página web de listas de deudores de una entidad estatal, al agregarse una imagen que asemejaba al deudor con un presidiario.

6. Por otro lado, también es cierto que, en la STC 03206-2012-PA/TC, se precisó que la publicación de los nombres de las personas que han incurrido en mora respecto de sus obligaciones como propietario de un inmueble sujeto a las reglas de la propiedad horizontal. no entraña, en principio, conculcación a los derechos fundamentales.

7. Sobre ello, este Tribunal estima, a propósito de este caso, que resulta necesario efectuar una serie de consideraciones a propósito de la publicación de los nombres de los morosos en lugares abiertos al público.

8. Al respecto, el Tribunal considera que, en el marco de una sociedad democrática, el Estado brinda distintos canales de reclamo frente al incumplimiento de las

disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. En particular, los procesos judiciales son el escenario en el cual las partes pueden presentar pruebas y exponer los argumentos que estimen convenientes para la defensa de sus casos. Los métodos o prácticas que sean ajenas a estos mecanismos deberían, en principio, ser dejados de lado, por cuanto representan medios de presión que evaden los conductos legales de reclamo a fin de exigir el pago de las deudas.

9. El Tribunal es consciente que la finalidad de la publicación de los nombres radica en el legítimo interés de todas las personas involucradas de que los morosos cumplan con pagar sus deudas, ya que, en muchos supuestos, ello deviene en una condición indispensable para el suministro de ciertos bienes y servicios. Sin embargo, también existen otros mecanismos que permiten realizar esta misma finalidad sin la necesidad de exponer públicamente el nombre de los morosos, y que deberían ser empleados en caso que no se cumplan con las obligaciones respectivas. Así, por ejemplo, se pueden repartir a los vecinos, en sobres cerrados, la lista de los morosos, a fin que tomen conocimiento respecto de las personas que no han cumplido sus obligaciones. De la misma forma, y a modo de ejemplo, es posible realizar reuniones periódicas en las que, aparte de tratar asuntos propios del manejo de los bienes, se pueda indicar qué personas aun mantienen deudas con la entidad. Todo ello no genera que la publicación de los nombres sea, per se, inconstitucional, pero sí advierte la necesidad de que se evalúe la posibilidad de adoptar otra clase de mecanismos para la exigencia del pago de una deuda.

10. En efecto, también advierte este Tribunal que existen supuestos en los que puede resultar válida la publicación de nombres en la lista de morosos. Sin embargo la información que se difunda debe cumplir ciertas características. Así, debe tratarse de una deuda que sea exigible, por lo que no debe existir margen de duda respecto de la existencia de una obligación de pago. Del mismo modo, no deberían ser objeto de publicación todas aquellas deudas que, por disconformidad de los supuestos morosos, se hayan sometido a litigio a nivel judicial. En un sentido similar, la Corte Constitucional de Colombia ha supeditado la publicación de esta clase de información al cumplimiento de una serie de requisitos, tales como "a) si la información contenida en las listas involucran aspectos que comprometen a todos los residentes de la unidad residencial; b) si no se describen aspectos estrictamente personales o familiares; c) si la información tiene relevancia económica para todos los miembros del conjunto […]" [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-630 de 1997, M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero].

11. En todo caso, el Tribunal también recuerda, conforme ya lo ha expuesto en su jurisprudencia, que la eventual difusión de información no puede ir acompaña-

da de simbología que degrade la imagen y autoestima del deudor [STC 03206-2012-PA/TC, fundamento 8].

b) La controversia en particular

12. En el presente caso, Julián Guevara Cáceres alega que la publicación de su nombre en un aviso colocado en la parte superior de los ascensores del primer piso del edificio en el que reside vulnera su derecho al honor, la buena reputación e imagen. Como se expuso con anterioridad, en dicho anuncio se le atribuye una ascendente a S/ 2103.60, correspondientes a 34 meses pendientes de cancelación por concepto de servicios comunes y mantenimiento del edificio. En su escrito de demanda, el recurrente alega que, debido a la supuesta acefalía existente en la Junta de Propietarios del edificio Fénix Wilson, ha debido realizar consignaciones ante el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Lima.

13. Al respecto, el Tribunal advierte que, en efecto, se ha colocado un cartel en el que se consignan los nombres de los morosos del edificio, el cual está colocado en la parte superior de los ascensores del primer piso. Este hecho se encuentra acreditado en la copia certificada Nro. 5192-09-CAU-CC, que obra a fojas 03, en la que se consigna una denuncia, suscrita por el Comandante PNP Vincenzo Ieva Lamarca, en la que se indica que existen "dos papelógrafos pegados en la parte superior de los ascensores del 1er piso con letras de color azul y números de color rojo con inscripción de (08) nombres, observándose en uno de ellos lo sgte: inscripción 506 Julián Guevara 34 meses S/. 2, 103.60". Esto también ha sido corroborado por el emplazado, quien, al contestar la demanda, sostiene que este acto no puede ser entendido como una perturbación al derecho al honor.

14. Si bien el Tribunal es consciente que, en principio, deberían emplearse los canales legales para la exigencia de pago de las obligaciones contraídas, tampoco puede dejar de advertir que, en este caso, la deuda que se le atribuye al recurrente asciende a una suma considerable (S/. 2103.60, correspondientes a 34 meses de cancelación por concepto de servicios comunes y mantenimiento del edificio). Del mismo modo, en lo referente a las supuestas consignaciones que estaría efectuando en el Poder Judicial, no ha adjuntado prueba alguna que acredite dichos pagos. Por lo demás, el Tribunal también advierte que la alegada acefalía existente en la Junta de Propietarios del edificio no es un motivo que lo excuse de incumplir con los pagos que se generen por los servicios comunes que se le brinda.

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese

SS

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con el fallo y con la fundamentación de la sentencia emitida en autos.

Sin embargo, me aparto de los obiter dicta contenidos en sus fundamentos 7 a 11. A mi criterio, sin perjuicio de su facultad para establecer precedentes, este Tribunal Constitucional debe limitarse a resolver los casos que se someten a su consideración absteniéndose de emitir opiniones o sugerencias sobre asuntos que no estén directamente vinculados a la controversia.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues si bien coincido con la parte resolutiva de la ponencia, no suscribo la parte final de su fundamento 3, cuando señala que el derecho al honor "forma parte de la imagen del ser humano (...)".

En mi opinión, la ponencia incurre aquí en una confusión entre derecho al honor y derecho a la propia imagen, que, aunque reconocidos en el mismo artículo constitucional (2, inciso 7), son derechos distintos.

S.

FERRERO COSTA

Sentencia 07279-2013-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Mirian Luzmila Silva Manrique. El Tribunal declaró fundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 08 de enero del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por la recurrente contra el auxiliar coactivo y el ejecutor coactivo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat)**,** en la que solicitó la devolución de sus ahorros indebidamente retenidos, con abono de los intereses, así como el pago de una indemnización por el daño moral y económico causado a su persona.

Sobre el acto procesal de la notificación, el Tribunal ha señalado que en él subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso o procedimiento el contenido de las resoluciones judiciales o administrativas; sin embargo, no cualquier irregularidad en su tramitación constituye una violación del derecho de defensa. Solo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, como consecuencia de la irregularidad en su tramitación, el justiciable o administrado quede en estado de indefensión.

Por lo que, el Tribunal precisó que la Sunat no ha hecho un ejercicio razonable de su facultad discrecional, o, ha realizado un ejercicio indebido, toda vez que a fin de garantizar el derecho de defensa de la recurrente, desde su primera inconcurrencia al procedimiento de fiscalización, debió disponer que la notificación también se lleve a cabo en la dirección consignada en el DNI de la demandante, evitando con ello un comportamiento tributario indebido, así como el pago de una multa que no correspondía. E indicó que hubo la afectación del derecho a la defensa de la recurrente por la indebida notificación.

En consecuencia, el Tribunal concluyó con la nulidad del procedimiento coactivo y de la orden de embargo y, en tal sentido, devolver el monto cobrado a la demandante.

No obstante lo señalado, esto no releva a la recurrente del cumplimiento de las obligaciones tributarias que tuviera, ni exime a la Sunat de exigir su cumplimiento a través

de la realización de los procedimientos que establezca la ley para el efecto, pero con pleno respeto de los derechos fundamentales de la demandante.

Por último, exhortó a la Sunat para que en los casos análogos futuros se resuelva atendiendo lo dispuesto por la regla establecida en el fundamento 21 de la presente sentencia.

Temas Claves: Derecho a la defensa- derecho al debido proceso- cobro indebido- indebida notificación

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 y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Urviola Hani, Ramos Núñez y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Mirian Luzmila Silva Manrique contra la sentencia de fojas 309, de fecha 13 de setiembre de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de noviembre de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra el auxiliar coactivo y el ejecutor coactivo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), con el objeto de que se declare la nulidad del procedimiento coactivo (Expediente N.º 0530060191854) iniciado en su contra, derivado de la Orden de Fiscalización – Esquela N.º 209052032439; así como la nulidad del embargo en forma de retención realizado en su cuenta de ahorros del Banco de Crédito del Perú y de la ejecución del cobro efectuado por la emplazada. En consecuencia, solicita que se disponga la inmediata devolución de sus ahorros indebidamente retenidos, con abono de los intereses y las costas correspondientes, así como el pago de una indemnización por el daño moral y económico causado a su persona.

Manifiesta que se han confiscado sus ahorros bancarios sin habérsele notificado ningún requerimiento conforme a ley. Agrega que al apersonarse a la Sunat advirtió que se consideró para la notificación un domicilio fiscal que generó en el año 2004 para un negocio que dejó de existir a los dos meses de creado y al cual le dio de baja conforme lo disponen las normas respectivas. Por ello, considera que se han vulnerado sus derechos a la vida, a la propiedad, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa.

El procurador público adjunto de la Sunat contesta la demanda (f. 136) y alega que cumplió con notificar debidamente a la demandante de la deuda materia de ejecución, dado que la aprobación de la baja del RUC no implica una baja automática del domicilio fiscal declarado, y precisa, además, que la baja del RUC no releva al deudor tributario del cumplimiento de las obligaciones tributarias que pudiese haber generado, ni exime a la Sunat de exigir su cumplimiento (artículo 27 de la Resolución de Superintendencia N.º 210-2004/SUNAT). Agrega que la demandante no ha deducido la nulidad de las resoluciones cuestionadas mediante la interposición de los recursos impugnatorios pertinentes.

El Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con fecha 21 de enero de 2013 (f. 213), declara infundada la demanda por considerar que de autos se desprende que los actos de notificación efectuados en el procedimiento coactivo iniciado en contra de la demandante son válidos. Asimismo, considera que el embargo en forma de retención realizado en su cuenta de ahorros se ejecutó de acuerdo a ley.

A su turno, la recurrida confirma la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

§. Delimitación del petitorio

1. La recurrente pretende que se declare la nulidad del procedimiento coactivo (Expediente N.º 0530060191854) iniciado en su contra, derivado de la Orden de Fiscalización – Esquela N.º 209052032439; así como la nulidad del embargo en forma de retención realizado en su cuenta de ahorros del Banco de Crédito del Perú y de la ejecución del cobro efectuado por la emplazada. Y, en consecuencia, solicita que se disponga la inmediata devolución de sus ahorros indebidamente retenidos, con abono de los intereses y las costas correspondientes, así como el pago de una indemnización por el daño moral y económico causado a su persona.
2. A partir del objeto perseguido, este Tribunal Constitucional analizará si en el procedimiento de fiscalización y de cobranza coactiva realizados por la Sunat se ha vulnerado los derechos de defensa y al debido proceso de la recurrente, en la medida que tal como ella alega, no pudo conocer de los apercibimientos dispuestos en su contra dado que no le fueron notificados debidamente.

§. El deber constitucional del Estado de exigir el cumplimiento de las deudas tributarias con pleno respeto a los derechos fundamentales de los contribuyentes

3. Este Tribunal ya ha dejado establecido hace algún tiempo que el Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de un

Estado social y democrático de Derecho. Ello se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

4. El Estado social y democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, si bien asume los fundamentos de este, le imprime funciones de carácter social; su pretensión es que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido social. Ello porque en este modelo de Estado, los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución). De ahí que este modelo de Estado promueva, por un lado, la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus objetivos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social (Cfr. STC N.° 0048-2004-AI, FF.JJ. 4, 5).

5. Por tanto, se puede afirmar con razón que nuestra Constitución ha recogido un modelo de Estado donde la economía no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento para la realización de la persona (Cfr. Häberle, Peter "La economía es solo el instrumento para lograr otros propósitos". En: Ius et veritas, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2004, Nº 28, p. 383); lo que supone que el respeto por esa persona y su dignidad no estará condicionado por los impactos económicos.

6. Cuando la Constitución reconoce en su artículo 74 la potestad tributaria del Estado, la misma que se expresa en su capacidad para crear, modificar o suprimir tributos, lo hace con el propósito de que el Estado pueda procurarse ingresos económicos y con ellos proveer a los ciudadanos de las condiciones materiales mínimas que abonen a su desarrollo integral; pero, a su vez, impone que el ejercicio de dicha potestad sea con pleno respeto por los derechos fundamentales.

7. Ahora bien, lógicamente el ejercicio de la potestad tributaria propicia situaciones particulares como el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de algunos ciudadanos, lo que desencadena, a su vez, en el despliegue de una actuación estatal de tipo coercitiva, como es el hecho de someter a los contribuyentes a un procedimiento de fiscalización y posterior cobranza coactiva de ser el caso. En esta circunstancia, el Estado también está obligado a cumplir con su deber de respetar los derechos fundamentales de los contribuyentes, tal como lo exige el mencionado artículo 74. Pero, si bien es cierto la Constitución hace referencia a todos los derechos en general; también lo es que dada la naturaleza de las obligaciones tributarias, se propicia un respeto especial por los derechos de propiedad, debido proceso e igualdad.

§. El procedimiento de fiscalización y el principio de razonabilidad como límite a la facultad discrecional de la Sunat

8. La potestad tributaria estatal, en su dimensión fiscalizadora, se encuentra regulada en el artículo 62 del Texto Único Ordenado del Código Tributario (aprobado mediante Decreto Supremo N.° 133-13-EF), y se ejerce en forma discrecional a fin de que la Administración Tributaria pueda cumplir con su labor recaudatoria. Esta actividad, normada por ley, otorga gran amplitud de acción a la Sunat, precisamente para combatir la evasión tributaria. No obstante, como ya advirtió el Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 4168-2006-PA/TC, este amplio margen de actuación se encuentra limitado. En efecto, mientras mayor sea la discrecionalidad de la Administración mayor debe ser la exigencia de motivación de tal acto, ya que la motivación expuesta permitirá distinguir entre un acto de tipo discrecional frente a un acto arbitrario; pero también la discrecionalidad debe estar guiada en su ejercicio por el principio de razonabilidad.

9. Como se sabe, la actividad estatal está regida por el principio de legalidad y, en ese sentido, admite la existencia de actos reglados y actos no reglados. Sobre estos últimos, la Administración goza de libertad (discrecionalidad) para decidir sobre asuntos concretos dado que la ley, en sentido lato, no ha determinado lo que debe hacer o cómo debe hacerlo. La discrecionalidad trata, pues, de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión acorde con las necesidades de cada momento.

10. Ahora bien, la facultad de discrecionalidad no es absoluta. Tiene que ser ejercida con razonabilidad a fin de excluir la arbitrariedad y asegurar una solución justa para cada caso. Así lo ha entendido el propio legislador cuando en el numeral 1.4 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo, enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa,

cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

11. Como ha dicho este Tribunal en su sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA la razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Como exige la doctrina, es necesario que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente "creador" o "motivador" del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél. Por lo que, la razonabilidad comporta entonces una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. De ahí que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa el principio de razonabilidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad.

12. Por lo tanto, es exigible, en el caso de la notificación al contribuyente que está siendo objeto de una fiscalización tributaria, que la Administración Tributaria tenga la certeza absoluta de que este ha tomado conocimiento de la existencia de dicho procedimiento y, para ello, atendiendo el caso, independientemente de lo dispuesto en el artículo 104 del Texto Único Ordenado del Código Tributario [la notificación de los actos administrativos se realizará, indistintamente, por cualquiera de las siguientes formas: a) Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia], en ejercicio razonable de su facultad discrecional reconocida legalmente, debe tomar las medidas complementarias y necesarias que le permitan cumplir con tal cometido de manera efectiva, vale decir, con el objeto de garantizar el derecho a la defensa del contribuyente.

§. La notificación de los actos administrativos tributarios y los derechos de defensa y al debido proceso

13. Sobre el acto procesal de la notificación, en líneas generales, este Tribunal ha señalado que en él subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del de-

recho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso o procedimiento el contenido de las resoluciones judiciales o administrativas; sin embargo, no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, per se, una violación del derecho de defensa. Solo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, como consecuencia de la irregularidad en su tramitación, el justiciable o administrado quede en estado de indefensión.

14. La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14 del artículo 139 y en virtud de este garantiza que los justiciables o administrados, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, tributaria, mercantil, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Así, el contenido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial o procedimiento administrativo, las personas resultan impedidas por concretos actos de los órganos judiciales o administrativos de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

15. En el presente caso, la demandante alega que se ha vulnerado sus derechos de defensa y al debido proceso por no haber sido notificada debidamente de los apercibimientos dispuestos por la Sunat en el marco del procedimiento de fiscalización y del inicio del procedimiento coactivo seguido en su contra.

16. En tal sentido, es pertinente recordar que el artículo 139 inciso 3 de la Constitución establece como principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no solo se limita a las formalidades propias de un proceso judicial, sino que también se extiende a los procedimientos administrativos. Y, sobre el caso particular de los actos de notificación de deudas tributarias y no tributarias, sea necesario atender lo establecido por este Tribunal en el sentido de que se rigen de acuerdo a la normatividad aplicable, según corresponda a cada caso, es decir, los actos de notificación de deudas tributarias se realizan de conformidad con lo dispuesto por el Texto Único Ordenado del Código Tributario, mientras que en el caso de las deudas no tributarias, se realizan con arreglo a lo dispuesto en la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo (Cfr. SSTC N.º 1741-2005-PA, F.J. 4; 4993-2007-PA, F.J. 6); siempre claro está, atendiendo al principio de razonabilidad y sin dejar de respetar los derechos fundamentales.

§. Análisis del caso

17. Cabe indicar que el amparo bajo análisis ya fue materia de un recurso de agravio constitucional, el mismo que fue presentado ante este Tribunal y al dejarse constancia del indebido rechazo liminar decretado por las instancias judiciales ordi-

narias, a través de la resolución recaída en el Expediente N.º 2679-2011-PA/TC, de fecha 19 de agosto de 2011, se dispuso la admisión a trámite de la demanda. En tal sentido, se realizó la actividad probatoria que correspondía, la misma que le permite al Tribunal confirmar que la presunta afectación invocada por la recurrente, es tal.

18. Así, se tiene que: i) consta en autos que la Sunat, luego de realizar cruce de información en el marco de un procedimiento de fiscalización, advirtió que la recurrente tendría registrados más de dos inmuebles y/o un inmueble subdividido, haciéndola presumir que estaría generando rentas por arrendamiento sin presentar declaraciones de impuestos (f. 112, 115); ii) en tal sentido, citó a la demandante para que comparezca a fin de esclarecer las inconsistencias, notificándola al domicilio fiscal consignado cuando solicitó su RUC en el año 2004 (f. 111); iii) ante su inasistencia (f. 116), la notifica por segunda vez en el mismo domicilio fiscal para que comparezca (f. 117, 118); iv) frente a su no comparecencia reiterada (f. 120), en aplicación de lo dispuesto por el artículo 177 numeral 7 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, le impuso multa (f. 107) notificándola de tal hecho a su domicilio fiscal (f. 106); v) ante el incumplimiento de pago de la multa, expidió la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 053-006-0191854 (f. 91) y la notificó al domicilio fiscal (f. 92); vi) asimismo se expidió la Resolución Coactiva N.º 0530070276387 que dispuso trabar embargo en forma de retención en la cuenta bancaria de la demandante (f. 93), no obstante, esta vez la Sunat señaló en la resolución el domicilio de la recurrente consignado en su DNI y, a partir de ese momento, los demás actos generados como la comunicación del embargo efectuado por la entidad bancaria, la orden de levantamiento de embargo, entre otros, fueron notificados a dicho domicilio (f. 97, 99).

19. De acuerdo con lo señalado en el fundamento 16 supra, los actos de notificación de deudas tributarias se realizan de conformidad con lo dispuesto por el artículo 104 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, cuyo texto aplicable al momento de ocurrido los hechos en el presente caso señalaba que:

> "La notificación de los actos administrativos se realizará, indistintamente, por cualquiera de las siguientes formas: a) Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia. (…)
>
> La notificación efectuada por medio de este inciso, así como la contemplada en el inciso f), efectuada en el domicilio fiscal, se considera válida mientras el deudor tributario no haya comunicado el cambio del mencionado domicilio. La notificación con certificación de la negativa a la recepción

se entiende realizada cuando el deudor tributario o tercero a quien está dirigida la notificación o cualquier persona mayor de edad y capaz que se encuentre en el domicilio fiscal del destinatario rechace la recepción del documento que se pretende notificar o, recibiéndolo, se niegue a suscribir la constancia respectiva y/o no proporciona sus datos de identificación, sin que sea relevante el motivo de rechazo alegado".

20. Al respecto este Tribunal considera que con excepción de la primera, todas las demás notificaciones realizadas por la Sunat al domicilio fiscal de la demandante son inválidas. Ello, por cuanto, si bien es verdad la recurrente tal como advierten los registros de la Sunat no varió su domicilio fiscal sino recién hasta el 20 de octubre de 2010 (f. 137), por lo que la Administración Tributaria tenía respaldo legal para notificarla en dicho domicilio; también es cierto que el hecho de que una persona no atienda ninguno de los llamados de la Sunat, permite presumir razonablemente que esta no ha tomado conocimiento de los mismos, más aún, si su contenido está advirtiendo de la existencia de una obligación tributaria que legalmente puede promover el ejercicio del poder estatal coercitivo y este incidir en su patrimonio a través de la imposición de multas y embargos, como ocurrió en el presente caso.

676

21. Como ya se refirió supra, *en el caso de la notificación al contribuyente que está siendo objeto de una fiscalización tributaria, constituye una obligación para la Administración Tributaria tener la certeza absoluta de que este ha tomado conocimiento de la existencia de dicho procedimiento y, para ello, atendiendo el caso, independientemente de lo dispuesto en el artículo 104 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, la Sunat en ejercicio razonable de su facultad discrecional reconocida legalmente debe tomar las medidas complementarias y necesarias que le permitan cumplir con tal cometido de manera efectiva, vale decir, con el objeto de garantizar el derecho constitucional a la defensa del contribuyente. De ahí que, a juicio del Tribunal, una de las medidas complementarias que la Sunat está obligada a tomar frente a escenarios como el que el presente caso plantea, será notificar también en el domicilio que el contribuyente haya consignado en su DNI.*

22. En el caso de autos, llama mucho la atención del Tribunal que la Sunat haya insistido en notificar a la demandante en su domicilio fiscal, a pesar de que en más de una ocasión quedó certificado que ella no recibió las comunicaciones, ni tampoco se acercó ninguna de las veces tal como se le requirió; y solo recién cuando inicia el procedimiento de cobranza coactiva para exigir el cumplimiento del pago de la multa impuesta, decide incorporar como destino de la notificación la dirección domiciliaria consignada en el DNI de la demandante.

23. Por lo expuesto, a juicio del Tribunal, la Sunat no ha hecho un ejercicio razonable de su facultad discrecional, o, en todo caso, ha realizado un ejercicio indebido,

toda vez que a fin de garantizar el derecho de defensa de la recurrente, desde su primera inconcurrencia al procedimiento de fiscalización, debió disponer como se ha referido en el fundamento 21 de esta sentencia que la notificación también se lleve a cabo en la dirección consignada en el DNI de la demandante, evitando con ello un comportamiento tributario indebido (aunque involuntario), así como el pago de una multa que no correspondía.

§. Efectos de la sentencia

24. Habiéndose configurado la afectación del derecho a la defensa de la recurrente por la indebida notificación realizada por la Sunat y, atendiendo el petitorio de la demanda, el Tribunal considera que el procedimiento de fiscalización debe ser declarado nulo. Asimismo, a pesar de que la Sunat realizó el cobro de la multa generada trabando embargo de cuenta bancaria, debe declararse la nulidad del procedimiento coactivo y de la orden de embargo y, en tal sentido, devolver el monto cobrado a la demandante.

25. No obstante lo señalado, esto no releva a la recurrente del cumplimiento de las obligaciones tributarias que tuviera, ni exime a la Sunat de exigir su cumplimiento a través de la realización de los procedimientos que establezca la ley para el efecto, pero con pleno respeto de los derechos fundamentales de la demandante.

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, se ordena al juez a quo que cumpla con ejecutar la presente sentencia de conformidad con lo señalado en los fundamentos 24 y 25.

2. EXHORTAR a la Sunat para que en los casos análogos futuros resuelva atendiendo lo dispuesto por la regla establecida en el fundamento 21 de la presenten sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO QUE LA DEMANDA TAMBIEN DEBE SER DECLARADA FUNDADA POR HABERSE LESIONADO LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, A LA DEFENSA Y A LA PROPIEDAD, EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si bien concuerdo con las razones expresadas en la ponencia, considero necesario señalar que en el caso de autos también se han lesionado los derechos al debido procedimiento administrativo, a la defensa y a la propiedad, el principio de interdicción de la arbitrariedad y la presunción de inocencia, por las razones que a continuación paso a exponer.

1. En el presente caso, la sanción impuesta a la recurrente y en virtud de la cual se produjo el embargo en forma de retención de su cuenta bancaria, tiene su origen en la Esquela 209052032439 (f. 112), documento mediante el cual la demandante fue requerida por la Sunat bajo el siguiente tenor:

> Sr. contribuyente:
>
> Por medio de la presente hacemos de su conocimiento que como parte de la labor de control, la Sunat viene realizando acciones con el fin de brindar las facilidades necesarias para el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias a cargo de los contribuyentes, de acuerdo a las disposiciones legales vigentes.
>
> En este sentido, como resultado de los permanentes cruces de información que realiza la Sunat, le informamos que, según información proporcionada por terceros:
>
> > 01. Ud. tendría registrado más de dos inmuebles y/o un inmueble subdividido (1). Este hecho hace presumir que estaría generando rentas por arrendamiento o cesión en uso y no presenta declaraciones de impuestos por este concepto, por el ejercicio 2008.
>
> En consideración a ello, solicitamos su comparecencia a las oficinas de la Administración Tributaria, de tal manera que usted pueda esclarecer la(s)

inconsistencia(s) citada(s). Esta solicitud la hacemos al amparo de nuestras facultades de fiscalización, referidas en el numeral 4 del artículo 62º y el numeral 9º del artículo 87 del Texto Único Ordenado del Código Tributario (Decreto Supremo Nº 135-99-EF).

En ese sentido, le solicitamos su comparecencia a las oficinas de la Administración Tributaria, sito en calle Mercaderes No 201, Cercado – Arequipa, el día 18/06/2009 a la(s) 11:00 horas, donde será atendido por el(la) Sr. (Srta.) (Sra) Meza Chávez Aldo Dilmer, personal del Área de Auditoría de la Intendencia Regional Arequipa. A fin de agilizar la citación, debe acompañar la documentación que se detalla en el anexo adjunto. (…)

Solo si de manera excepcional no pudiese acudir personalmente, podrá designar a otra persona para que asista en representación suya, la que deberá acreditarse mediante carta poder con firma legalizada notarialmente, en la que se exprese su autorización en este sentido. (…) Le agradeceremos tomar las previsiones del caso para evitar la imposición de la sanción por no comparecer. Infracción prevista en el numeral 7 del artículo 177º del Código Tributario ('No comparecer ante la administración tributaria o comparecer fuera del plazo establecido').

Es importante indicar que con la subsanación voluntaria de sus obligaciones puede acogerse a los beneficios del régimen de gradualidad de sanciones o del régimen de incentivos de ser el caso, según lo establecido en el Código Tributario y normas correspondiente. Por lo que es recomendable que usted revise sus declaraciones y pagos realizados, determine la existencia de alguna omisión en los ingresos declarados y proceda voluntariamente a efectuar las rectificatorias y pagos correspondientes (sic).

2. La recurrente no atendió la referida citación, razón por la cual la Sunat procedió a citarla nuevamente mediante la esquela 209052032439-02-2009-SUNAT (f. 118). En dicho documento se expresa lo siguiente:

Sr. contribuyente:

Habiendo sido notificado con el documento de la referencia, se le cita en una segunda oportunidad, para lo cual deberá apersonarse a las oficinas de la Sunat, sito en calle Mercaderes No 201, Cercado – Arequipa con el verificador Meza Chávez Aldo Dilmer el 16/11/2009 a la(s) 10:00 horas, en consecuencia se reitera lo siguiente:

02. Ud. tendría registrados más de dos inmuebles y/o un inmueble subdividido (1). Este hecho hace presumir que estaría generando rentas por

arrendamiento o cesión en uso y no presenta declaraciones de impuestos por este concepto, por el ejercicio 2008.

En caso de no cumplir con la presente citación reiterativa, la administración tributaria dará inicio a otros procedimientos de fiscalización, en base a las facultades señaladas en los art. 62° y 63° del Código Tributario, así como la aplicación de las sanciones correspondientes.

Se reitera que es recomendable que con anticipación, usted revise sus declaraciones y pagos realizados, determine la existencia de alguna omisión en los ingresos declarados y proceda voluntariamente a efectuar las rectificatorias y pagos correspondientes.

Si subsana voluntariamente las omisiones incurridas, podrá acogerse a los beneficios de la subsanación espontánea, contenida en el régimen de gradualidad de sanciones, o del régimen de incentivos, de ser el caso, según lo establecido en el Código Tributario y normas correspondientes.

Finalmente, se le recuerda que, en caso no acuda a la segunda citación, o lo hiciera fuera del plazo establecido, estaría cometiendo la infracción tipificada en el numeral 7 del artículo 177° del Código Tributario, la que luego podrá regularizar si comparece y a la vez efectúa el pago de la multa, que tendrá una rebaja, según lo establece el régimen de gradualidad de sanciones. De no hacerlo, se le remitirá la multa sin rebaja alguna.

Atentamente

3. El contenido de las citadas esquelas grafican la existencia de tres conductas de la administración tributaria que merecen ser evaluadas en atención al principio iura novit curia contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las mismas que sin duda inciden en derechos fundamentales no invocados.

   a) El requerimiento de la Sunat sobre la demandante a efectos de que esta última se apersone a sus oficinas para esclarecer una supuesta inconsistencia relacionada con el registro de múltiples inmuebles a su nombre, y que ha permitido presumir la existencia de rentas por arrendamiento o cesiones de uso que no habrían sido declaradas para el ejercicio 2008.

   b) La sugerencia que la Sunat formula al contribuyente a efectos de que admita la existencia de renta no declarada y de este modo pueda beneficiarse del régimen de gradualidad de sanciones o del régimen de incentivos.

   c) La imposición a la recurrente de la obligación de atender la citación de la Sunat invocando el numeral 7 del artículo 177 del Código Tributario, e indicando

expresamente que la ausencia a dicha cita configura una infracción pasible de sanción.

4. Las conductas antes detalladas carecen de un hecho objetivo probado por la emplazada que explique por sí mismo la fiscalización seguida contra de la recurrente, conforme se desprende del contenido del procedimiento coactivo que a continuación paso a exponer.

   De la Resolución de Multa 054-002-0025966 (f. 107), la imposición de una multa a la demandante de S/ 888.00, más el pago de intereses moratorios por S/ 146.00 –determinados al 31 de mayo de 2010–, se produjo por el solo hecho de *"no comparecer ante la administración tributaria o comparecer fuera del plazo establecido para ello"*, y ello es así, pues del contenido del expediente administrativo de auditoría y del expediente administrativo de ejecución coactiva presentado por la Sunat mediante el Oficio 72-2012 del 31 de enero de 2012, no se advierte la existencia de documento alguno que identifique un hecho cierto que permitiera presumir a la Sunat, la existencia de rentas no declaradas, pese a que esta entidad tiene la capacidad de cruzar información, por ejemplo, con las empresas que prestan servicio de suministro de energía eléctrica y de agua potable a fin de identificar un incremento en el uso de dichos servicios que pudiera indicar un probable uso distinto de la propiedad inmueble.

5. Esta ausencia de razonabilidad en la imposición de la sanción en contra de la recurrente, lesiona diversos bienes jurídicos constitucionales que a continuación paso a detallar.

6. Por un lado, contraviene el principio de interdicción de la arbitrariedad, por cuanto, la multa impuesta a la recurrente y el posterior procedimiento de ejecución coactiva mediante el cual se embargó su cuenta bancaria, carece de un hecho objetivo que permita identificar una infracción tributaria sancionable, pues lo que se castiga con S/ 888.00, en el caso particular, es no haber asistido a las oficinas de la Sunat para explicar una supuesta inconsistencia en la declaración de tributos por alquiler o cesión en uso de inmuebles, la cual durante el desarrollo del procedimiento sancionador y el trámite de la presente causa, no ha podido ser demostrada, pues incluso el propio procurador de la Sunat mediante escrito de fecha 28 de abril de 2014 (obrante en el cuaderno del Tribunal Constitucional) afirma que la recurrente *"hasta la fecha no ha explicado como así tiene consumos de servicios públicos en tres inmuebles pero no paga el impuesto a la renta por arrendamiento por el año 2008"*, sin presentar prueba alguna que acredite un uso distinto del inmueble (algún tipo de comercio por ejemplo), ello pese a que la Sunat tiene la capacidad de acceder a dicha información.

Al respecto, es necesario precisar que el hecho de que un ciudadano tenga las posibilidades económicas de adquirir inmuebles, no necesariamente indica un deseo de explotación de su propiedad, pues incluso existen diversas formas legales de ejercer su derecho de propiedad que no generan ganancias, como por ejemplo la constitución de un usufructo a favor de un tercero, o la constitución del derecho de uso o de habitación a favor de familiares. También cabe la posibilidad de que un ciudadano considere pertinente adquirir inmuebles a modo de inversión futura, por lo que solo cuando estás configuren un hecho imponible, existirá la obligación de declararlas para cumplir con el pago de los impuestos respectivos. O que simplemente haga uso de sus propiedades según su libre decisión o conveniencia, ya sea por temporadas en el año (casa de playa o de campo), por el desplazamiento que deba desarrollar la naturaleza del trabajo que realice (alojamiento por destaque temporal), por razones de unidad familiar, entre otras opciones.

7. Asimismo, las referidas conductas también lesionan el derecho al debido procedimiento administrativo, específicamente el derecho de defensa y la presunción de inocencia consagrados en el inciso e) del artículo 2 y el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución y aplicables en sede administrativa, pues en el caso concreto, la administración tributaria presumió la existencia de una inconsistencia respecto de una supuesta omisión en la declaración de impuestos de la accionante, sin contar con medio de prueba que demuestre la existencia dicha inconsistencia; pese a ello, procedió a sancionar a la recurrente por el solo hecho de no haber asistido a sus oficinas a explicar esas supuestas infracciones que a la fecha no han sido acreditadas por la Sunat.

El hecho de que un ciudadano adquiera a su nombre diversos inmuebles y que registre consumos por energía eléctrica o agua en cada uno de ellos, no permite presumir per se, que este haya decidido explotar su propiedad mediante un contrato de arrendamiento o cesión en uso. Para presumir razonablemente la existencia de una explotación de la propiedad en dichos términos, la Sunat deberá acceder a información que le permita verificar la existencia de un consumo de servicios inusual con relación a los meses o años anteriores, para luego requerir la presencia del contribuyente para que explique dicha situación, previa notificación de la información que identifique este hecho.

8. En el caso concreto, de la documentación obrante de fojas 91 a 135, se aprecia que la Sunat requirió la presencia de la recurrente para que proceda a explicar las supuestas inconsistencias sobre la omisión de declaración de rentas por arrendamiento o cesión en uso por el solo hecho de tener registrado a su nombre varios inmuebles, sin expresar ni detallar en qué consistían estas inconsistencia, ni po-

ner en su conocimiento la información que supuestamente demostraba dicha infracción, recortando así el derecho de defensa de la recurrente. Asimismo, al impedir irrazonablemente la defensa de la demandante ante la imputación efectuada, invirtió la presunción de licitud contenida en el inciso 9, del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, pues asumió sin indicio razonable alguno que la recurrente venía omitiendo la declaración de rentas por arrendamiento y/o cesión en uso, al extremo que le impuso una multa por el solo hecho de no acudir a sus oficinas en la fecha citada para explicar dicha supuesta inconsistencia, sin tomar en consideración la ausencia probatoria de la supuesta infracción, hecho que indica la contravención de la presunción de inocencia en sede administrativa, pues hasta la fecha la Sunat no ha demostrado que la accionante incurrió en una supuesta infracción para el ejercicio 2008.

9. En tal sentido, al haberse encontrado viciada de inconstitucionalidad la imposición de la sanción en contra de la recurrente, el posterior procedimiento de ejecución coactiva y su respectiva medida de embargo lesionaron el derecho de propiedad de la recurrente, pues ejecutaron una medida a todas luces inconstitucional sobre su patrimonio, razón por la cual, a mi juicio, corresponde estimarse la demanda también por estas razones, debiendo condenarse a la Sunat al pago de costos.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

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

26. La recurrente pretende que se declare la nulidad del procedimiento coactivo (Expediente N.º 0530060191854) iniciado en su contra, derivado de la Orden de Fiscalización – Esquela N.º 209052032439; así como la nulidad del embargo en forma de retención realizado en su cuenta de ahorros del Banco de Crédito del Perú y de la ejecución del cobro efectuado por la emplazada. Y, en consecuencia, solicita que se disponga la inmediata devolución de sus ahorros indebidamente retenidos, con abono de los intereses y las costas correspondientes, así como el pago de una indemnización por el daño moral y económico causado a su persona.

27. Sustenta su pretensión en que se habría vulnerado sus derechos de defensa y al debido proceso en el procedimiento de fiscalización y de cobranza coactiva realizados por la Sunat, toda vez que no pudo conocer los apercibimientos dispuestos en su contra dado que no le fueron notificados debidamente a su domicilio.

28. En anterior ocasión ya me pronuncié sobre la controversia sobre si se notificó válidamente a la demandante en su domicilio, como puede verse de la resolución de 18 de enero de 2011 recaída en el expediente 04009-2010-PA/TC, mediante la cual declaré improcedente la demanda conforme a lo establecido en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, siendo que aquella se basó en que la emplazada le habría

    (…) notificado en un domicilio fiscal que no le pertenece, tal como puede evidenciarse de su propio documento nacional de identidad.

29. Manifesté entonces que esta discusión podía abordarse a través del proceso contencioso- administrativo establecido en la Ley N. º 27584, que constituye una vía procedimental específica y, a la vez, igualmente satisfactoria al proceso de amparo, de ahí que, a fin de ser consistente con dicha posición, debo votar en el mismo sentido en el caso de autos, dado que estamos ante una controversia sustancialmente igual.

30. En el interín, el Tribunal Constitucional ha dictado el precedente recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, publicado en el diario oficial El Peruano el 22

de julio de 2015, por lo que debo adecuar mi posición a dicho precedente, más aún si, como advierte el Magistrado Sardón de Taboada en su voto singular,

(…) no existe necesidad de otorgar tutela de urgencia (…) porque el embargo trabado contra los bienes de la recurrente fue levantado por la Sunat antes de la interposición de la demanda.

Por lo expuesto, mi voto es por declarar IMPROCEDENTE la demanda y por habilitar el plazo para que, en la vía ordinaria, la parte demandante pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados.

S.

URVIOLA HANI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NUÑEZ

Con respeto por la opinión de mis colegas disiento de las razones y la decisión que se ha adoptado en el presente caso.

El argumento central para declararse fundada la demanda y, en consecuencia, nulo el procedimiento coactivo realizado contra la recurrente, se funda en una presunción [cf. Fundamento N°20]. Esta consiste en asumir que cuando el contribuyente no atienda a los requerimientos de la SUNAT notificados al domicilio fiscal que este declaró, el órgano recaudador debe considerar, "razonablemente", que el sujeto pasivo de la obligación tributaria no tuvo conocimiento del requerimiento efectuado. Es deber de la SUNAT, se dice, que esta se cerciore, con "certeza absoluta", que el contribuyente conoce del procedimiento de fiscalización, pues de otro modo se afectaría el derecho de defensa.

En mi opinión, las cosas son exactamente al revés. El domicilio fiscal es la localización donde le pedimos a la administración tributaria que nos curse todo tipo de comunicación que tenga que ver con nuestra condición de contribuyentes. Esta no se obtiene a partir de inferencias o cruce de información que realiza la SUNAT. Se fija mediante una declaración de voluntad, que no tiene el carácter de un acto único e imperecedero, sino que puede ser constantemente actualizado y renovado por el interesado.

Cuando dicha renovación no se efectúa, pese a haber variado el domicilio donde queremos que el Estado nos notifique de todo lo relacionado con nuestros derechos y deberes fiscales, quien actúa displicentemente no es la SUNAT. Se fija mediante una declaración de voluntad, que no tiene el carácter de un acto único e imperecedero, sino que puede ser constantemente actualizado y renovado por el interesado.

Nada de lo anterior debe entenderse como reñido con la facultad de la administración tributaria de notificar en domicilios distintos al fiscal. Pero, compréndase bien, esto forma parte de lo constitucionalmente posible y no de lo constitucionalmente necesario, cuya omisión puede desencadenar una afectación del derecho de defensa. Así pues, soy de la opinión que los hechos y la pretensión no tienen ninguna relación con el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, por lo que la demanda debió declararse improcedente.

Sr.

RAMOS NUÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Suscribo el presente voto singular por no concordar con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría, la cual se pronuncia sobre el fondo de la controversia sin evaluar debidamente la procedibilidad de la demanda de amparo.

La recurrente solicita que se declare la nulidad del procedimiento de ejecución coactiva derivado de la Orden de Fiscalización 209052032439 y que, en consecuencia, se deje sin efecto el embargo en forma de retención trabado en su cuenta bancaria por la Sunat.

No se advierte, empero, que dicho embargo fue levantado por la propia Sunat a través de la Resolución Coactiva 0530070279821 (fojas 98), notificada el 8 de noviembre de 2010 en el domicilio consignado en el DNI de la recurrente.

Así, dado que la demanda fue interpuesta recién el 9 de noviembre de 2010, corresponde declararla improcedente en dicho extremo, de conformidad con el artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

Adicionalmente, no se ha considerado que el procedimiento de ejecución coactiva puede ser objeto de control en sede judicial a través del recurso de apelación (sic) previsto en el artículo 122 del TUO del Código Tributario.

Dadas las circunstancias del caso, este constituye una vía procesal igualmente satisfactoria al amparo, toda vez que:

1. Allí también puede discutirse la validez de las notificaciones realizadas por la Sunat al interior del procedimiento coactivo.

2. No existe necesidad de otorgar tutela de urgencia, precisamente, porque el embargo trabado contra los bienes de la recurrente fue levantado por la Sunat antes de la interposición de la demanda.

Así, corresponde desestimar también el extremo de la demanda referido al pedido nulidad del procedimiento coactivo, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

Por lo expuesto, mi voto es por declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 04233-2016-PA/TC

Proceso de amparo sobre reajuste de pensión de jubilación. El Tribunal declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de enero del 2018

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.

El Tribunal tomó en cuenta la avanzada edad del accionante (104 años), así como el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda. También, consideró la necesidad de superar exigencias de tipo formal para conseguir los fines esenciales de los procesos constitucionales; esto es, garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución.

Ordenó a la emplazada que emita nueva resolución a favor del recurrente sobre la base del cálculo de la pensión principal de acuerdo a lo establecido en la Ley 24245, a partir del 18 de setiembre de 1985, con la deducción de lo ya percibido, más los intereses legales, así como los costos procesales. Además, se agrega el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini.

Asimismo, para el tema de los intereses legales recalcó la aplicación al caso del Expediente 2214-2014-PA/TC, el cual estableció en calidad de doctrina jurisprudencial, aplicable incluso a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, que el interés legal aplicable en materia pensionable no es capitalizable conforme al artículo 1249 del Código Civil.

Por último, en lo que se refiere al pago de los costos procesales, dice el Tribunal que corresponde que dicho concepto sea abonado de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Tema Clave: Derecho a la pensión.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eugenio Wenceslao Ibáñez Incháustegui contra la resolución de fojas 800, de fecha 8 de junio de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto de que se reajuste su pensión de jubilación, a partir de 1985, en atención a los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley 24245, que modificó el artículo 16 del Decreto Ley 17262.

La emplazada contesta la demanda manifestando que el demandante actualmente forma parte del Decreto Ley 19990, por lo que su pensión únicamente está sujeta a los topes de este régimen y no a los de la Ley 24245.

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 22 de junio de 2015, declaró improcedente la demanda por considerar que no se encuentra comprometido el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, puesto que el recurrente percibe una pensión superior al mínimo vital.

La Sala superior competente confirma la apelada argumentando que no se ha acreditado que al actor se le haya otorgado una pensión menor a la que le correspondería según el Decreto Ley 17262 y la Ley 24245.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Mediante el presente proceso, el recurrente solicita que se reajuste su pensión de jubilación, a partir de 1985, en atención a los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley 24245, que modificó el artículo 16 del Decreto Ley 17262.

Precisiones previas

2. En el documento nacional de identidad (folio 2) se advierte que el actor a la fecha cuenta con 104 años de edad.

3. Las instancias previas han desestimado la demanda argumentando que el recurrente recibiría una pensión que no comprometería el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. En efecto, de autos puede advertirse que el actor ya recibe una pensión. Sin embargo, dada la avanzada edad del accionante (104 años), teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda y atendiendo a que constituyen fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, los cuales obligan a superar exigencias de tipo formal, este Tribunal emitirá pronunciamiento respecto del fondo de la controversia.

Análisis de la controversia

4. El Decreto Ley 17262 creó el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares (Fejep), estableciendo que el beneficio de jubilación de los empleados comprendidos en la Ley 10624 y sus normas complementarias sería regido por el estatuto del referido fondo.

5. Los artículos 16 y 17 del referido decreto ley establecieron que el Fejep se encontraba obligado a pagar como pensión el monto del último sueldo mensual más el importe de una bonificación legalmente establecida, hasta un máximo del triple del sueldo máximo que fija la Ley 13724. Si del cómputo resultara un exceso sobre dicho monto, este debería ser pagado adicionalmente por el empleador hasta el límite de otro sueldo máximo asegurable.

6. El Fondo Especial fue liquidado en 1973 con la entrada en vigor del Decreto Ley 19990, pasando sus beneficiarios a formar parte del Sistema Nacional de Pensiones. Sin embargo, el 20 de julio de 1985 se dictó la Ley 24245, restableciendo este régimen y permitiendo el ingreso a este sistema de nuevos miembros, además de modificar el sistema de cálculo para determinar el monto de la pensión principal y de la pensión complementaria a cargo del empleador. A partir del 14 de mayo de 1988 quedó totalmente cerrada la posibilidad de ingresar a este sistema con la derogatoria de la Ley 24245 por la Ley 24804.

7. Al respecto, en el artículo 2 de la Ley 24245, que modificó el artículo 16 del Decreto Ley 17262, se establece que el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) solo estará obligado a pagar como pensión el monto que resulte del cómputo a que se refiere el artículo 17 del mencionado Decreto Ley 17262 y hasta un máxi-

mo del 80 % de 11 remuneraciones mínimas vitales, señaladas para la provincia de Lima, fijada por el Decreto Supremo 034-84-PCM. Adicionalmente, el empleador abonará hasta el máximo de 8 remuneraciones mínimas vitales señaladas para la provincia de Lima.

8. En el presente caso, de la Resolución 81054178, de fecha 18 de setiembre de 1985 (folio 3), se observa que se otorgó al demandante pensión de jubilación definitiva, ascendente a 36 000.00 soles oro, a partir del 1 de julio de 1969, conforme al Decreto Ley 17262. Asimismo, de la hoja de liquidación del monto de la pensión (folio 679), consta que el haber básico del demandante era de 16 700.00 soles oro, el 30 % de su bonificación por tiempo de servicios era S/ 5010.00 y el promedio mensual de sus gratificaciones y bonificaciones ordinarias era de S/ 22 508.33. De los montos anteriores se obtuvo la pensión de S/ 44 218.33 y de dicha suma el Fejep debía pagar el monto de 36 000.00 soles oro.

9. Tal como se advierte, la pensión definitiva principal otorgada al recurrente, a cargo del IPSS, fue calculada en aplicación del artículo 16 del Decreto Ley 17262, que estableció que el Fejep estaba obligado a pagar como máximo el triple del sueldo máximo asegurable, tope que en el presente caso ascendió a 36 000.00 soles oro.

10. En la sentencia emitida en el Expediente 842-2011-PA/TC, este Tribunal precisó que la modificación del sistema de cálculo para determinar el monto de la pensión principal y de la pensión complementaria a cargo del empleador se aplica siempre y cuando la pensión definitiva haya sido otorgada con posterioridad al inicio de la vigencia de la disposición que regula dichos conceptos (Ley 24245), es decir, a partir del 20 de julio de 1985. Ello es así porque, en el artículo 103 de la Constitución, se establece que la ley, desde su entrada en vigor, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos.

11. En tal sentido, en el caso de autos se observa que, aún cuando al recurrente se le otorgó la pensión definitiva principal el 18 de setiembre de 1985, es decir, cuando ya estaba en vigencia la Ley 24245, dicha norma no se aplicó para el cálculo de la pensión principal del actor, pues, como ya se ha precisado, esta fue liquidada en atención a los artículos 16 y 17 del Decreto Ley 17262, por lo que corresponde amparar la demanda y efectuar el cálculo de la pensión de jubilación del demandante conforme a lo establecido en la Ley 24245, a partir del 18 de setiembre de 1985, con la deducción de lo ya percibido.

12. Respecto a los intereses legales, este Tribunal, mediante auto emitido en el Expediente 2214-2014-PA/TC, ha establecido en calidad de doctrina jurisprudencial,

aplicable incluso a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, que el interés legal aplicable en materia pensionable no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil.

13. En lo que se refiere al pago de los costos procesales, corresponde que dicho concepto sea abonado conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.

2. Ordena a la emplazada que emita nueva resolución otorgando al recurrente la pensión principal de acuerdo al cálculo establecido en la Ley 24245, a partir del 18 de setiembre de 1985, con la deducción de lo ya percibido, conforme a los fundamentos de la presente sentencia, más los intereses legales a que hubiere lugar, así como los costos procesales.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE CORRESPONDE ORDENARSE EL PAGO DE INTERESES LEGALES CAPITALIZABLES POR TRATARSE DE DEUDAS PENSIONARIAS

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental a la pensión del demandante, discrepo de lo afirmado en el fundamento 13, que consigna que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable basándose en la denominada "doctrina jurisprudencial" establecida en el Auto 2214-2014-PA/TC, por cuanto, como repito y he dejado sentado en el voto singular que emití en dicha oportunidad, considero que los criterios contenidos en dicho auto son errados, ya que en materia pensionaria es de aplicación la tasa de interés efectiva, que implica el pago de intereses capitalizables.

Desarrollo mi posición en los términos siguientes:

1. En las Sentencias 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, sobre la Ley de Presupuesto Público del año 2013, el Tribunal Constitucional precisó la naturaleza y alcances de las leyes del presupuesto público y estableció, principalmente sus características de especialidad y anualidad. Con relación a esto último, especificó lo siguiente en su fundamento 29:

   > Dada la periodicidad anual de la Ley de Presupuesto, toda disposición legal que ella contenga, cuya vigencia supere, expresa o implícitamente, el período anual respectivo, o que establezca una vigencia ilimitada en el tiempo, es per se incompatible con el artículo 77 de la Ley Fundamental, como igualmente es inconstitucional, por sí mismo, que en la Ley de Presupuesto se regule un contenido normativo ajeno a la materia estrictamente presupuestaria.

   En tal sentido, es claro que el contenido de todas las normas que regula una ley de presupuesto solo tiene efecto durante un año; y solo debe regular la materia presupuestaria, pues son estas dos características –adicionales a su procedimiento de aprobación– las condiciones para su validez constitucional a nivel formal.

2. La nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013 (Ley 29951) dispone lo siguiente:

> Dispóngase, a partir de la vigencia de la presente Ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno. Asimismo, establézcase que los procedimientos administrativos, judiciales en trámite o en etapa de ejecución, o cualquier adeudo previsional pendiente de pago a la fecha, se adecuará a lo establecido en la presente disposición.

3. En principio, es claro que el mandato contenido en la citada disposición complementaria estuvo vigente durante el año 2013 y, por lo tanto, solo podía tener efecto durante dicho año, esto es desde el 1 de enero al 31 de diciembre de dicho periodo presupuestal.

4. Sin embargo, y como es de verse, su contenido precisa el tipo de interés aplicable a la deuda pensionaria; es decir, no regula una materia presupuestaria, sino su finalidad específica es establecer la forma cualitativa del pago de intereses de este tipo específico de deudas. Esta incongruencia de su contenido evidencia la inexistencia de un nexo lógico e inmediato con la ejecución del gasto público anual y, por lo tanto, una inconstitucionalidad de forma por la materia regulada.

5. Cabe precisar que el Sistema Nacional de Pensiones, en tanto sistema de administración estatal de aportaciones dinerarias para contingencias de vejez, se solventa, en principio, con la recaudación mensual de los aportes a cargo de la Sunat y de la rentabilidad que produzcan dichos fondos. A ello se adicionan los fondos del tesoro público que el Ministerio de Economía y Finanzas aporta y otros ingresos que pueda recibir el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

6. En tal sentido, aun cuando la Ley de Presupuesto Público debe incluir el gasto que supone la ONP como entidad pública para su funcionamiento, ello no termina por justificar, razonablemente, la incorporación de una disposición regulatoria de un tipo de interés específico para el pago de la deuda pensionaria, pues la norma en sí misma escapa a la especial materia regulatoria de este tipo de leyes.

7. En otras palabras, aun cuando es cierto que la ONP como entidad estatal genera gasto público que corresponde incluir en la Ley de Presupuesto (planilla de pago de trabajadores, pago de servicios, compra de bienes, entre otros gastos); dicho egreso, en sí mismo, no es otro que el costo que asume el Estado peruano para la

concretización del derecho fundamental a la pensión a favor de todos los ciudadanos a modo de garantía estatal, esto en claro cumplimiento de sus obligaciones internacionales de respeto de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y de garantizar su efectividad a través de medidas legislativas u otro tipo de medidas estatales (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

8. Por ello, la inclusión de una disposición que regula la forma cualitativa del pago de los intereses pensionarios no guarda coherencia con la materia presupuestal pública a regularse a través de este tipo especial de leyes, lo cual pone en evidencia la existencia de una infracción formal que traduce en inconstitucional la nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, pues su texto incorpora al ordenamiento jurídico una materia ajena a la presupuestaria como disposición normativa. Siendo ello así, su aplicación resulta igualmente inconstitucional.

9. En el caso de las deudas pensionarias reclamadas a propósito de los procesos constitucionales de amparo, se advierte la presencia de dos características particulares: a) El restablecimiento de las cosas al estado anterior. El proceso constitucional está destinado a restituir las cosas al estado anterior a la lesión del derecho a la pensión, lo que implica que el juez constitucional además de disponer la nulidad del acto u omisión lesiva, debe ordenar a la parte emplazada la emisión del acto administrativo reconociendo el derecho a la pensión a favor del demandante; y b) el mandato de pago de prestaciones no abonado oportunamente. En la medida que el derecho a la pensión genera una prestación dineraria, corresponde que dicha restitución del derecho incluya un mandato de pago de todas aquellas prestaciones no pagadas en su oportunidad.

10. Esta segunda cualidad particular de las pretensiones pensionarias en los procesos constitucionales a su vez plantea una problemática producto del paso del tiempo: la pérdida del valor adquisitivo de la acreencia dependiendo de cuán lejana se encuentre la fecha de la regularización del pago de la prestación pensionaria. Además, esta situación –consecuencia directa del ejercicio deficiente de las facultades de la ONP y, por lo tanto, imputable exclusivamente a ella– genera en el acreedor pensionario un grado de aflicción como consecuencia de la falta de pago de su pensión, que supone en el aportante/cesante sin jubilación no recibir el ingreso económico necesario para solventar sus necesidades básicas de alimentación, vestido e, incluso, salud (sin pensión no hay lugar a prestación de seguridad social), durante el tiempo que la ONP omita el pago y se demuestre judicialmente si tiene o no derecho al acceso a la pensión.

11. El legislador, mediante la Ley 28266, publicada el 2 de julio de 2004, inició la regulación de los intereses previsionales aparejándolos a la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

    La citada disposición estableció lo siguiente:

    > Establécese que el pago de devengados, en caso de que se generen para los pensionistas del Decreto Ley Nº 19990 y regímenes diferentes al Decreto Ley Nº 20530, no podrán fraccionarse por un plazo mayor a un año. Si se efectuara el fraccionamiento por un plazo mayor a un año, a la respectiva alícuota deberá aplicársele la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.
    >
    > El Ministerio de Economía y Finanzas efectúa las provisiones presupuestales a que haya lugar. (sic)

    Como es de verse, para el legislador el pago de las pensiones devengadas –no pagadas oportunamente producto de la demora en el procedimiento administrativo de calificación o de la revisión de oficio– que superara en su programación fraccionada un año desde su liquidación, merece el pago adicional de intereses conforme a la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Al respecto, es necesario precisar que el BCR regula dos tipos de tasas de interés a fin de establecer la referencia porcentual que corresponde imputar a deudas de naturaleza civil (tasa de interés efectiva) y laboral (tasa de interés laboral o nominal), esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1244 del Código Civil y el artículo 51 de su Ley Orgánica (Ley 26123).

12. Hasta aquí, lo dicho no hace más que identificar que las deudas previsionales por mandato del legislador, vencido el año de fraccionamiento sin haberse podido liquidar en su totalidad, generan un interés por el incumplimiento, pero ¿cuál es la naturaleza jurídica del interés que generan las deudas pensionarias?

13. En nuestro ordenamiento jurídico, las reglas sobre el incumplimiento de obligaciones se encuentran establecidas en el Código Civil. Estas reglas aplicables a las relaciones entre privados sirven de marco regulatorio general para la resolución de conflictos o incertidumbres jurídicas que se planteen en el desarrollo de dichas relaciones. Si bien es cierto que las controversias que se evalúan a través de los procesos constitucionales no pueden resolverse en aplicación del Derecho privado, ello no impide que el juez constitucional analice dichas reglas con el fin de identificar posibles respuestas que coadyuven a la resolución de controversias en las que se encuentren involucrados derechos fundamentales. Ello, sin olvidar que su aplicación solo es posible si dichas reglas no contradicen los fines esenciales de

los procesos constitucionales de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

14. Así, el artículo 1219 del Código Civil establece cuales son los efectos de las obligaciones contraídas entre el acreedor y el deudor:

> Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
>
> 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
>
> 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
>
> 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
>
> 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

En la misma línea, el artículo 1152 del Código Civil dispone lo siguiente ante el incumplimiento de una obligación de hacer por culpa del deudor:

> … el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda.

Finalmente, el artículo 1242 del mismo código regula los tipos de intereses aplicables a las deudas generadas en el territorio peruano. Así:

El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

15. Como es de verse, nuestra legislación civil establece como una de las consecuencias generales del incumplimiento de obligaciones, el derecho legal a reclamar una indemnización, y precisa que en el caso de deudas pecuniarias no pagadas a tiempo se generan intereses moratorios, cuya finalidad es resarcir al acreedor por la demora en la devolución del crédito.

16. Conforme lo he precisado supra, la tutela judicial del derecho a la pensión genera dos mandatos, uno destinado al reconocimiento de la eficacia del derecho por parte del agente lesivo (ONP), para lo cual se ordena la emisión de un acto admi-

nistrativo cumpliendo dicho fin; y otro destinado a restablecer el pago de la pensión (prestación económica), lo que implica reconocer también las consecuencias económicas generadas por la demora de dicho pago a favor del pensionista, a través de una orden adicional de pago de intereses moratorios en contra del agente lesivo, criterio establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la emisión de la Sentencia 0065-2002-PA/TC.

17. Es importante recordar que el derecho a la pensión es de naturaleza alimentaria por lo que su lesión continuada, producto de la falta de pago de la pensión, genera una desazón en los últimos años de vida del aportante/cesante sin jubilación, dada la ausencia de solvencia económica para la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vestido y salud. Es este hecho el que sustenta la orden de reparación vía la imputación del pago de intereses moratorios.

18. En tal sentido, se aprecia que los intereses que provienen de las deudas previsionales y que son consecuencia directa del pago tardío generado por el deficiente ejercicio de las competencias de la ONP, son de naturaleza indemnizatoria, pues tienen por finalidad compensar el perjuicio ocasionado en el pensionista por el retardo del pago de la pensión a la que tenía derecho, esto por cumplir los requisitos exigidos por ley y que ha sido demostrado en un proceso judicial.

19. Es importante dejar en claro que el hecho de que la ONP, a propósito de un deficiente ejercicio de sus funciones exclusivas de calificación y, pago de prestaciones pensionarias, lesione el derecho a la pensión y como consecuencia de dicho accionar –o eventual omisión–, genere un pago tardío de dichas prestaciones, en modo alguno traslada la responsabilidad de dicha demora hacia el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, en la medida que en los hechos, este fondo es objeto de administración y no participa ni revisa el ejercicio de las funciones de la ONP, por lo que no genera –ni puede generar– acciones ni omisiones lesivas al citado derecho.

    Al respecto, es necesario precisar que la Ley de Procedimientos Administrativos General (Ley 27444) establece la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas al señalar lo siguiente:

    > Artículo 238.1.- Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

> Artículo 238.4.- El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos[1].

20. Es por ello que, únicamente, el citado fondo responde –y debe responder a exclusividad– por el pago de la pensión y/o eventuales devengados y reintegros provenientes de un nuevo y correcto cálculo de dicha prestación, en tanto que la ONP debe responder y asumir la responsabilidad del pago de los intereses generados por dicho pago tardío (mora), como entidad pública legalmente competente para calificar y otorgar el pago de pensiones del Sistema Nacional de Pensiones, al ser la responsable de la lesión del derecho fundamental a la pensión. Esto quiere decir que la ONP, a través de sus fondos asignados anualmente y/o fondos propios, es la que debe responder por el pago de los intereses generados a propósito del ejercicio deficiente de sus facultades para asumir, independientemente, el pago de dicho adeudo, sin que ello afecte al Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

21. Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de los intereses previsionales, es necesario determinar cuál es el tipo de tasa de interés aplicable para su determinación.

22. El Banco Central de Reserva (BCR), por mandato del artículo 84 de la Constitución, es el órgano constitucional encargado de regular la moneda y el crédito financiero. Asimismo, por mandato del artículo 1244 del Código Civil, de la Ley 28266 y del Decreto Ley 25920, es el órgano estatal facultado para establecer las tasas de interés aplicables a las deudas de naturaleza civil, previsional y laboral.

    Aquí cabe puntualizar que la regulación del interés laboral viene a constituir la excepción a la regla general del interés legal, dado que por mandato del Decreto Ley 25920, el legislador ha preferido otorgar un tratamiento especial para el pago de intereses generados por el incumplimiento de obligaciones laborales a fin de evitar un perjuicio económico al empleador con relación a la inversión de su capital, fin constitucionalmente valioso tan igual que el pago de las deudas laborales. Sin embargo, esta situación particular, no encuentra justificación similar en el caso de deudas previsionales, en la medida que el resarcimiento del daño causado al derecho a la pensión no afecta una inversión privada ni el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, conforme lo he precisado en los considerandos 19 y 20.

23. Teniendo ello en cuenta, se aprecia que el interés moratorio de las deudas previsionales, en tanto el pago de pensiones no provienen de acreencias producto de

1 El texto de las normas citadas corresponden a la modificatoria introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

un contrato suscrito a voluntad entre el Estado y el aportante (deudas civiles) ni de una relación laboral, será aquel determinado por el Banco Central de Reserva (BCR) a través de la tasa de interés efectiva, en atención a lo establecido en la Ley precitada 28266. Cabe indicar, que dada la previsión legal mencionada, los intereses previsionales tampoco se encuentran sujetos a la limitación del anatocismo regulada por el artículo 1249 del Código Civil, pues dicha disposición es exclusivamente aplicable a deudas provenientes de pactos entre privados; y su hipotética aplicación para la resolución de controversias en las que se vean involucrados derechos fundamentales, carece de sustento constitucional y legal.

24. Por estas razones, la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad del adulto mayor, en su forma más básica como lo es la manutención propia. Más aún, si se considera que el derecho a la pensión comprende el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria; situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad del adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas.

S.

BLUME FORTINI

Sentencia 4609-2016-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por don Luis Felipe Tinoco Torres. El Tribunal declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de enero del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, en consecuencia, ordenó que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) otorgue al demandante pensión de jubilación reducida.

Dicha pensión se estableció sobre la base del Decreto Ley 19990, con el pago de las pensiones devengadas a partir del 7 de abril de 2002 y los intereses legales correspondientes, sin el pago de los costos del proceso. Este criterio se establece, dice el Tribunal, de conformidad con el artículo 81 del Decreto Ley 19990, que precisa que solo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un periodo no mayor de doce meses anteriores a la presentación de la solicitud del recurrente.

El Tribunal calculó la pensión objeto del caso, bajo el criterio que el actor, al 18 de diciembre de 1992, ya había cumplido 60 años de edad y acreditado 11 años y 10 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por ello, estimó que este se encuentra dentro de los alcances del artículo 38, concordante con el artículo 42 del Decreto Ley 19990.

El Tribunal desprende una razonable exoneración de que la entidad asuma los costos procesales, puesto que esta ha resuelto aplicando la suplencia de lo que ha llevado a una nueva delimitación de la pretensión demandada.

Tema Clave: Derecho a la pensión.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los treinta días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Felipe Tinoco Torres contra la resolución de fojas 208, de fecha 20 de julio de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto de que se declaren inaplicables la Resolución 16316-2013-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 13 de agosto de 2013, y la Resolución 2620-2014-ONP/DPR/DL 19990, de fecha 7 de marzo de 2014; y que, en consecuencia, se le otorgue pensión del régimen especial de jubilación según lo previsto en el artículo 47 del Decreto Ley 19990, con el abono de los respectivos devengados e intereses legales de conformidad con lo prescrito en el artí 81 del Decreto Ley 19990 y el artículo 1246 del Código Civil, más los costos del proceso.

La entidad emplazada contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada. Alegando que el actor no ha cumplido los requisitos señalados en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Ley 19990, al no haber acreditado fehacientemente en sede administrativa contar con, por lo menos, cinco años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto Ley 19990.

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 1 de octubre de 2015, declara improcedente la demanda por considerar que el accionante nació el 26 de mayo de 1923 y que, por lo tanto, cumplió 60 años de edad el 26 de mayo de 1983, esto es, durante la vigencia del Decreto Ley 25967, que derogó tácitamente los regímenes especiales del Decreto Ley 19990, al establecer en su artículo 1 que para acceder a una

pensión de jubilación se requiere haber acreditado un mínimo de 20 años de aportaciones. En lo que se refiere a las aportaciones efectuadas por el actor, en calidad de empleado, señala que del certificado de trabajo de R. Correa & Cía. S.A., que obra en autos, se desprende que laboró del 26 de mayo de 1957 al 31 de marzo de 1969, por espacio de 11 años y 10 meses, y que de la ficha registral, la constancia de trabajo y la declaración jurada emitidas por Confecciones Moroni SRL, se advierte que laboró del 4 de enero al 15 de mayo de 1998, por un lapso de 4 meses; periodo que no le fue reconocido por la administración, por lo que, en el marco de lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 6120-2009-PA/TC, se debe reconocerle las aportaciones correspondientes al mencionado periodo laborado. Sin embargo, toda vez que no reúne los 20 años de aportaciones exigidos por el Decreto Ley 25967 no le corresponde acceder a una pensión de jubilación del Decreto Ley 19990.

La Sala superior competente confirma la apelada, por considerar que si bien el actor acredita 11 años y 10 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, por el periodo comprendido del 26 de mayo de 1957 al 31 de marzo de 1969, derivadas de su relación laboral con su exempleador R. Correa & Cía. S.A., y 4 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones de pensiones, por el periodo comprendido del 4 de enero al 15 de mayo de 1998, derivadas de su relación laboral con su exempleador Confecciones Morón S.R.L., lo que hace un total de 12 años y 2 meses de aportaciones acreditadas al Sistema Nacional de Pensiones, su fecha de cese laboral fue el 15 de mayo de 1998, esto es, cuando se encontraba en vigor el Decreto Ley 25967, que rigió desde el 19 de diciembre de 1992, norma que regula que ningún trabajador podrá gozar de pensión de jubilación si no acredita haber efectuado aportaciones por un periodo no menor de 20 años completos.

FUNDAMENTOS

Cuestiones Preliminares

1. Previamente debe indicarse que las instancias judiciales inferiores han reconocido que el demandante acredita un total de 11 años y 10 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, por el periodo comprendido del 26 de mayo de 1957 al 31 de marzo de 1969, derivadas de su relación laboral con su exempleador R.Correa & Cía. S.A., y un total de 4 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, por el periodo comprendido del 4 de enero al 15 de mayo de 1998, derivadas de la relación laboral con su exempleador Confecciones Morón S.R.L. Así, este Tribunal procederá a realizar el análisis respectivo, a fin de determinar si el actor reúne los requisitos exigidos para acceder a la pensión del régimen especial de jubilación regulada por el Decreto Ley 19990 que solicita.

2. Cabe anotar, que, atendiendo la avanzada edad del accionante, 94 años, y atendiendo a los fines esenciales de los procesos constitucionales cuales son garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución, los cuales obligan a superar las exigencias de tipo formal, este Tribunal, en forma excepcionalísima, decide emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin vista de la causa; máxime si se encuentra comprometido el derecho a una pensión de jubilación reconocido en los artículos 10 y 11 de la Constitución.

Delimitación del petitorio

3. El objeto de la demanda es que se otorgue al accionante pensión del régimen especial de jubilación con arreglo en lo previsto en el Decreto Ley 19990, con el abono de los respectivos devengados e intereses legales de conformidad con lo prescrito en el artículo 81 del Decreto Ley 19990 y el artículo 1246 del Código Civil, más los costos del proceso.

4. Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional son susceptibles de protección a través del amparo los casos en que se deniegue una pensión de jubilación a pesar de cumplirse las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención.

5. 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.

Sobre la afectación del derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución)

Consideraciones del Tribunal Constitucional

6. De conformidad con los artículos 47 y 48 del Decreto Ley 19990, vigentes hasta el 18 de diciembre de 1992, a efectos de obtener una pensión de jubilación, el régimen especial exigía la concurrencia de cuatro requisitos en el caso de los hombres: a) tener 60 años de edad; b) tener por lo menos 5 años de aportaciones; c) haber nacido antes del 1 de julio de 1931, y d) haber estado inscrito en cualquiera de las Cajas de Pensiones del Seguro Social al 1 de mayo de 1973.

7. En el presente caso, de la Resolución 54624-2006-ONP/DC/DL 19990, de fecha 31 de mayo de 2006 (f. 4), se advierte que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 40844-2003-ONP/DC/DL 19990, de fecha 19 de mayo de 2003, por considerar que el recurrente no acredita un total de 5 años completos de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones para el otorgamiento de una

pensión de jubilación reducida, requisito exigido por el artículo 42 del Decreto Ley 19990.

8. Consta en las Resoluciones 16316-2013-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 13 de agosto de 2013 (f. 7), y 2620-2014-ONP/DPR/DL 19990, de fecha 7 de marzo de 2014 (f. 11), que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) le deniega al actor la pensión de jubilación especial con el argumento de que no reúne el mínimo de aportes necesarios al Sistema Nacional de Pensiones.

9. Sobre el particular, resulta pertinente recordar que este Tribunal ha sostenido, como línea jurisprudencial, que el derecho a percibir una pensión de jubilación se genera en el momento que se produce la contingencia. En otras palabras, en la fecha en que el recurrente reúne los requisitos (edad y aportes) exigidos por la ley para acceder a una prestación pensionaria, sin necesidad de que, concurrentemente, se cumplan tales requisitos. En el caso de autos, corresponde determinar si antes del 19 de diciembre de 1992, fecha en la que entró en vigor el Decreto Ley 25967, que derogó el régimen de jubilación especial del Decreto Ley 19990, el recurrente reunía los requisitos a los que se hace referencia en el fundamento 6 supra.

10. De la copia del documento nacional de identidad que obra a fojas 1 se observa que el accionante, al haber nacido el 26 de mayo de 1923, cumple el requisito etario y de haber nacido antes del 1 de julio de 1931, y que con respecto al periodo de aportaciones, al haberle reconocido las instancias judiciales inferiores, en la vía del amparo, 11 años y 10 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, por el periodo comprendido del 26 de mayo de 1957 al 31 de marzo de 1969, derivadas de su relación laboral con su exempleador R.Correa & Cía. S.A., cumple el periodo de aportaciones exigido hasta el 18 de diciembre de 1992. No obstante, toda vez que no obra en los actuados documento alguno que permita acreditar que se encontraba inscrito en cualquiera de las Cajas de Pensiones del Seguro Social al 1 de mayo de 1973, este Tribunal concluye que no satisface todos los requisitos para acceder a una pensión del régimen especial de jubilación de conformidad con los artículos 47 y 48 del Decreto Ley 19990, vigentes hasta el 18 de diciembre de 1992.

11. Cabe precisar, sin embargo, que de conformidad con los dispuesto en el artículo 38, concordante con el artículo 42 del Decreto Ley 19990, para obtener una pensión de jubilación reducida en el caso de hombres, se requería, hasta el 18 de diciembre de 1992, tener cuando menos 60 años de edad y entre 5 y 13 años de aportaciones, pues, como ya se señaló, a partir del 19 de diciembre de 1992, según el artículo 1 del Decreto Ley 25967, se exige tener no menos de 20 años completos de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

12. Por consiguiente, este Tribunal considera que, a efectos de evitar un perjuicio innecesario a la parte demandante, procede la aplicación de la suplencia de queja consagrada en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional. Por ello, en el caso de autos, la configuración legal del derecho a la pensión del demandante deberá ser analizada según lo dispuesto por las normas que regulan la pensión de jubilación reducida del Decreto Ley 19990.

13. Conforme a lo indicado en el fundamento 10 supra, de la copia del documento nacional de identidad (f. 1) se advierte que el demandante nació el 26 de mayo de 1923; por lo tanto cumplió 60 años de edad el 26 de mayo de 1983, antes del 19 de diciembre de 1992.

14. Por otro lado, en el fundamento 1 supra, se menciona que las instancias judiciales inferiores reconocen al demandante, en la vía del amparo, 11 años y 10 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, por el periodo comprendido del 26 de mayo de 1957 al 31 de marzo de 1969, derivadas de la relación laboral con su exempleador R.Correa & Cía. S.A.; por consiguiente, cumple el mínimo de aportaciones exigidas antes del 19 de diciembre de 1992.

15. En consecuencia, comoquiera que el actor, al 18 de diciembre de 1992, ya había cumplido 60 años de edad y acreditado 11 años y 10 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, este Tribunal estima que se encuentra dentro de los alcances del artículo 38, concordante con el artículo 42 del Decreto Ley 19990; por lo que corresponde otorgarle pensión de jubilación reducida de acuerdo con los citados artículos del Decreto Ley 19990.

16. En cuanto al pago de las pensiones devengadas, atendiendo a que a la fecha de presentación de su primera solicitud,7 de abril de 2003 (f. 48 del expediente administrativo), el recurrente ya satisfacía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación reducida prevista en el Decreto Ley 19990, corresponde ordenar a la entidad demandada que abone al accionante las pensiones devengadas generadas a partir del 7 de abril de 2002 de conformidad con el artículo 81 del Decreto Ley 19990, que precisa que solo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un periodo no mayor de doce meses anteriores a la presentación de la solicitud del beneficiario.

17. Respecto al pago de los intereses legales, estos deberán ser liquidados conforme a lo dispuesto en el fundamento 20 del auto emitido en el Expediente 02214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante.

18. Por último, si bien correspondería, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar que dicha entidad asuma los costos procesales,

sin embargo, de autos se desprende un supuesto objetivo y razonable de exoneración, en aplicación de lo establecido por el artículo 412 del Código Procesal Civil, que regula supletoriamente esta materia, que se materializa en el hecho de que la controversia constitucional ha sido resuelta aplicando la suplencia de queja conforme al fundamento 12 supra, lo que ha llevado a una nueva delimitación de la pretensión demandada.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.

2. En consecuencia, ordena que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) otorgue al demandante pensión de jubilación reducida con arreglo al Decreto Ley 19990, con el pago de las pensiones devengadas a partir del 7 de abril de 2002 y los intereses legales correspondientes, sin el pago de los costos del proceso de conformidad con lo expuesto en los fundamentos 15 a 18 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE CORRESPONDE ORDENARSE EL PAGO DE INTERESES LEGALES CAPITALIZABLES POR TRATARSE DE DEUDAS PENSIONARIAS

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental a la pensión del demandante, discrepo de lo afirmado en el fundamento 17, que consigna que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable basándose en la denominada "doctrina jurisprudencial" establecida en el Auto 2214-2014-PA/TC, por cuanto, como repito y he dejado sentado en el voto singular que emití en dicha oportunidad, considero que los criterios contenidos en dicho auto son errados, ya que en materia pensionaria es de aplicación la tasa de interés efectiva, que implica el pago de intereses capitalizables.

Desarrollo mi posición en los términos siguientes:

1. En las Sentencias 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, sobre la Ley de Presupuesto Público del año 2013, el Tribunal Constitucional precisó la naturaleza y alcances de las leyes del presupuesto público y estableció, principalmente sus características de especialidad y anualidad. Con relación a esto último, especificó lo siguiente en su fundamento 29:

   > Dada la periodicidad anual de la Ley de Presupuesto, toda disposición legal que ella contenga, cuya vigencia supere, expresa o implícitamente, el período anual respectivo, o que establezca una vigencia ilimitada en el tiempo, es per se incompatible con el artículo 77 de la Ley Fundamental, como igualmente es inconstitucional, por sí mismo, que en la Ley de Presupuesto se regule un contenido normativo ajeno a la materia estrictamente presupuestaria.

   En tal sentido, es claro que el contenido de todas las normas que regula una ley de presupuesto solo tiene efecto durante un año; y solo debe regular la materia presupuestaria, pues son estas dos características –adicionales a su procedimiento de aprobación– las condiciones para su validez constitucional a nivel formal.

2. La nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013 (Ley 29951) dispone lo siguiente:

> Dispóngase, a partir de la vigencia de la presente Ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno. Asimismo, establézcase que los procedimientos administrativos, judiciales en trámite o en etapa de ejecución, o cualquier adeudo previsional pendiente de pago a la fecha, se adecuará a lo establecido en la presente disposición.

3. En principio, es claro que el mandato contenido en la citada disposición complementaria estuvo vigente durante el año 2013 y, por lo tanto, solo podía tener efecto durante dicho año, esto es desde el 1 de enero al 31 de diciembre de dicho periodo presupuestal.

4. Sin embargo, y como es de verse, su contenido precisa el tipo de interés aplicable a la deuda pensionaria; es decir, no regula una materia presupuestaria, sino su finalidad específica es establecer la forma cualitativa del pago de intereses de este tipo específico de deudas. Esta incongruencia de su contenido evidencia la inexistencia de un nexo lógico e inmediato con la ejecución del gasto público anual y, por lo tanto, una inconstitucionalidad de forma por la materia regulada.

5. Cabe precisar que el Sistema Nacional de Pensiones, en tanto sistema de administración estatal de aportaciones dinerarias para contingencias de vejez, se solventa, en principio, con la recaudación mensual de los aportes a cargo de la Sunat y de la rentabilidad que produzcan dichos fondos. A ello se adicionan los fondos del tesoro público que el Ministerio de Economía y Finanzas aporta y otros ingresos que pueda recibir el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

6. En tal sentido, aun cuando la Ley de Presupuesto Público debe incluir el gasto que supone la ONP como entidad pública para su funcionamiento, ello no termina por justificar, razonablemente, la incorporación de una disposición regulatoria de un tipo de interés específico para el pago de la deuda pensionaria, pues la norma en sí misma escapa a la especial materia regulatoria de este tipo de leyes.

7. En otras palabras, aun cuando es cierto que la ONP como entidad estatal genera gasto público que corresponde incluir en la Ley de Presupuesto (planilla de pago de trabajadores, pago de servicios, compra de bienes, entre otros gastos); dicho egreso, en sí mismo, no es otro que el costo que asume el Estado peruano para la

concretización del derecho fundamental a la pensión a favor de todos los ciudadanos a modo de garantía estatal, esto en claro cumplimiento de sus obligaciones internacionales de respeto de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y de garantizar su efectividad a través de medidas legislativas u otro tipo de medidas estatales (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

8. Por ello, la inclusión de una disposición que regula la forma cualitativa del pago de los intereses pensionarios no guarda coherencia con la materia presupuestal pública a regularse a través de este tipo especial de leyes, lo cual pone en evidencia la existencia de una infracción formal que traduce en inconstitucional la nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, pues su texto incorpora al ordenamiento jurídico una materia ajena a la presupuestaria como disposición normativa. Siendo ello así, su aplicación resulta igualmente inconstitucional.

9. En el caso de las deudas pensionarias reclamadas a propósito de los procesos constitucionales de amparo, se advierte la presencia de dos características particulares: a) El restablecimiento de las cosas al estado anterior. El proceso constitucional está destinado a restituir las cosas al estado anterior a la lesión del derecho a la pensión, lo que implica que el juez constitucional además de disponer la nulidad del acto u omisión lesiva, debe ordenar a la parte emplazada la emisión del acto administrativo reconociendo el derecho a la pensión a favor del demandante; y b) el mandato de pago de prestaciones no abonado oportunamente. En la medida que el derecho a la pensión genera una prestación dineraria, corresponde que dicha restitución del derecho incluya un mandato de pago de todas aquellas prestaciones no pagadas en su oportunidad.

10. Esta segunda cualidad particular de las pretensiones pensionarias en los procesos constitucionales a su vez plantea una problemática producto del paso del tiempo: la pérdida del valor adquisitivo de la acreencia dependiendo de cuán lejana se encuentre la fecha de la regularización del pago de la prestación pensionaria. Además, esta situación –consecuencia directa del ejercicio deficiente de las facultades de la ONP y, por lo tanto, imputable exclusivamente a ella– genera en el acreedor pensionario un grado de aflicción como consecuencia de la falta de pago de su pensión, que supone en el aportante/cesante sin jubilación no recibir el ingreso económico necesario para solventar sus necesidades básicas de alimentación, vestido e, incluso, salud (sin pensión no hay lugar a prestación de seguridad social), durante el tiempo que la ONP omita el pago y se demuestre judicialmente si tiene o no derecho al acceso a la pensión.

11. El legislador, mediante la Ley 28266, publicada el 2 de julio de 2004, inició la regulación de los intereses previsionales aparejándolos a la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

    La citada disposición estableció lo siguiente:

    > Establécese que el pago de devengados, en caso de que se generen para los pensionistas del Decreto Ley Nº 19990 y regímenes diferentes al Decreto Ley Nº 20530, no podrán fraccionarse por un plazo mayor a un año. Si se efectuara el fraccionamiento por un plazo mayor a un año, a la respectiva alícuota deberá aplicársele la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.
    >
    > El Ministerio de Economía y Finanzas efectúa las provisiones presupuestales a que haya lugar. (sic)

    Como es de verse, para el legislador el pago de las pensiones devengadas –no pagadas oportunamente producto de la demora en el procedimiento administrativo de calificación o de la revisión de oficio– que superara en su programación fraccionada un año desde su liquidación, merece el pago adicional de intereses conforme a la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Al respecto, es necesario precisar que el BCR regula dos tipos de tasas de interés a fin de establecer la referencia porcentual que corresponde imputar a deudas de naturaleza civil (tasa de interés efectiva) y laboral (tasa de interés laboral o nominal), esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1244 del Código Civil y el artículo 51 de su Ley Orgánica (Ley 26123).

12. Hasta aquí, lo dicho no hace más que identificar que las deudas previsionales por mandato del legislador, vencido el año de fraccionamiento sin haberse podido liquidar en su totalidad, generan un interés por el incumplimiento, pero ¿cuál es la naturaleza jurídica del interés que generan las deudas pensionarias?

13. En nuestro ordenamiento jurídico, las reglas sobre el incumplimiento de obligaciones se encuentran establecidas en el Código Civil. Estas reglas aplicables a las relaciones entre privados sirven de marco regulatorio general para la resolución de conflictos o incertidumbres jurídicas que se planteen en el desarrollo de dichas relaciones. Si bien es cierto que las controversias que se evalúan a través de los procesos constitucionales no pueden resolverse en aplicación del Derecho privado, ello no impide que el juez constitucional analice dichas reglas con el fin de identificar posibles respuestas que coadyuven a la resolución de controversias en las que se encuentren involucrados derechos fundamentales. Ello, sin olvidar que su aplicación solo es posible si dichas reglas no contradicen los fines esenciales de

los procesos constitucionales de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

14. Así, el artículo 1219 del Código Civil establece cuales son los efectos de las obligaciones contraídas entre el acreedor y el deudor:

> Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
>
> 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
>
> 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
>
> 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
>
> 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

En la misma línea, el artículo 1152 del Código Civil dispone lo siguiente ante el incumplimiento de una obligación de hacer por culpa del deudor:

> … el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda.

Finalmente, el artículo 1242 del mismo código regula los tipos de intereses aplicables a las deudas generadas en el territorio peruano. Así:

> El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.
>
> Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

15. Como es de verse, nuestra legislación civil establece como una de las consecuencias generales del incumplimiento de obligaciones, el derecho legal a reclamar una indemnización, y precisa que en el caso de deudas pecuniarias no pagadas a tiempo se generan intereses moratorios, cuya finalidad es resarcir al acreedor por la demora en la devolución del crédito.

16. Conforme lo he precisado supra, la tutela judicial del derecho a la pensión genera dos mandatos, uno destinado al reconocimiento de la eficacia del derecho por parte del agente lesivo (ONP), para lo cual se ordena la emisión de un acto admi-

nistrativo cumpliendo dicho fin; y otro destinado a restablecer el pago de la pensión (prestación económica), lo que implica reconocer también las consecuencias económicas generadas por la demora de dicho pago a favor del pensionista, a través de una orden adicional de pago de intereses moratorios en contra del agente lesivo, criterio establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la emisión de la Sentencia 0065-2002-PA/TC.

17. Es importante recordar que el derecho a la pensión es de naturaleza alimentaria por lo que su lesión continuada, producto de la falta de pago de la pensión, genera una desazón en los últimos años de vida del aportante/cesante sin jubilación, dada la ausencia de solvencia económica para la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vestido y salud. Es este hecho el que sustenta la orden de reparación vía la imputación del pago de intereses moratorios.

18. En tal sentido, se aprecia que los intereses que provienen de las deudas previsionales y que son consecuencia directa del pago tardío generado por el deficiente ejercicio de las competencias de la ONP, son de naturaleza indemnizatoria, pues tienen por finalidad compensar el perjuicio ocasionado en el pensionista por el retardo del pago de la pensión a la que tenía derecho, esto por cumplir los requisitos exigidos por ley y que ha sido demostrado en un proceso judicial.

19. Es importante dejar en claro que el hecho de que la ONP, a propósito de un deficiente ejercicio de sus funciones exclusivas de calificación y, pago de prestaciones pensionarias, lesione el derecho a la pensión y como consecuencia de dicho accionar –o eventual omisión–, genere un pago tardío de dichas prestaciones, en modo alguno traslada la responsabilidad de dicha demora hacia el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, en la medida que en los hechos, este fondo es objeto de administración y no participa ni revisa el ejercicio de las funciones de la ONP, por lo que no genera –ni puede generar– acciones ni omisiones lesivas al citado derecho.

    Al respecto, es necesario precisar que la Ley de Procedimientos Administrativos General (Ley 27444) establece la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas al señalar lo siguiente:

    > **Artículo 238.1**.- Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

> **Artículo 238.4.-** El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos[1].

20. Es por ello que, únicamente, el citado fondo responde –y debe responder a exclusividad– por el pago de la pensión y/o eventuales devengados y reintegros provenientes de un nuevo y correcto cálculo de dicha prestación, en tanto que la ONP debe responder y asumir la responsabilidad del pago de los intereses generados por dicho pago tardío (mora), como entidad pública legalmente competente para calificar y otorgar el pago de pensiones del Sistema Nacional de Pensiones, al ser la responsable de la lesión del derecho fundamental a la pensión. Esto quiere decir que la ONP, a través de sus fondos asignados anualmente y/o fondos propios, es la que debe responder por el pago de los intereses generados a propósito del ejercicio deficiente de sus facultades para asumir, independientemente, el pago de dicho adeudo, sin que ello afecte al Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

21. Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de los intereses previsionales, es necesario determinar cuál es el tipo de tasa de interés aplicable para su determinación.

22. El Banco Central de Reserva (BCR), por mandato del artículo 84 de la Constitución, es el órgano constitucional encargado de regular la moneda y el crédito financiero. Asimismo, por mandato del artículo 1244 del Código Civil, de la Ley 28266 y del Decreto Ley 25920, es el órgano estatal facultado para establecer las tasas de interés aplicables a las deudas de naturaleza civil, previsional y laboral.

    Aquí cabe puntualizar que la regulación del interés laboral viene a constituir la excepción a la regla general del interés legal, dado que por mandato del Decreto Ley 25920, el legislador ha preferido otorgar un tratamiento especial para el pago de intereses generados por el incumplimiento de obligaciones laborales a fin de evitar un perjuicio económico al empleador con relación a la inversión de su capital, fin constitucionalmente valioso tan igual que el pago de las deudas laborales. Sin embargo, esta situación particular, no encuentra justificación similar en el caso de deudas previsionales, en la medida que el resarcimiento del daño causado al derecho a la pensión no afecta una inversión privada ni el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, conforme lo he precisado en los considerandos 19 y 20.

23. Teniendo ello en cuenta, se aprecia que el interés moratorio de las deudas previsionales, en tanto el pago de pensiones no provienen de acreencias producto de

---

1 El texto de las normas citadas corresponden a la modificatoria introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, publicado el 24 de junio de 2008

un contrato suscrito a voluntad entre el Estado y el aportante (deudas civiles) ni de una relación laboral, será aquel determinado por el Banco Central de Reserva (BCR) a través de la tasa de interés efectiva, en atención a lo establecido en la Ley precitada 28266. Cabe indicar, que dada la previsión legal mencionada, los intereses previsionales tampoco se encuentran sujetos a la limitación del anatocismo regulada por el artículo 1249 del Código Civil, pues dicha disposición es exclusivamente aplicable a deudas provenientes de pactos entre privados; y su hipotética aplicación para la resolución de controversias en las que se vean involucrados derechos fundamentales, carece de sustento constitucional y legal.

24. Por estas razones, la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad del adulto mayor, en su forma más básica como lo es la manutención propia. Más aún, si se considera que el derecho a la pensión comprende el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria; situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad del adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas.

S.

BLUME FORTINI

Auto 01245-2014-AA

Proceso de amparo promovido por el recurrente Jorge Pacheco Munayco y otros. El Tribunal declaró infundado el recurso de agravio constitucional de autos.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 04 de enero del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de agravio constitucional presentado por el recurrente contra la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El auto del TC refiere que, con fecha 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió sentencia en el «Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú», declarando que el Estado violó, en perjuicio de los recurrentes, los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicha Corte estableció que el Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia, a favor de las 257 víctimas, por concepto de daño inmaterial.

Asimismo, se narra la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio del Vigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima, mediante resolución de fecha 11 de enero de 2013 que resolvió la solicitud de aclaración relacionada con la resolución 379, de fecha 6 de agosto de 2012, decidiendo: (i) otorgar al Poder Legislativo un plazo final y perentorio de 10 días a fin de que cumpla con adecuar de manera efectiva el régimen laboral de los ejecutantes de la sentencia dentro de los alcances del Decreto Legislativo 728, bajo apercibimiento de proceder a denunciarse penalmente en caso de incumplimiento, sin perjuicio de aplicarse las medidas coercitivas que establecen los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional; y (ii) aclarar que el cambio y adecuación del régimen laboral al de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo 728, «deberá regir a partir del acto de reposición de cada uno de los trabajadores», a excepción de que «hayan expresado o expresen su disconformidad con dicho cambio de régimen».

El Tribunal indicó que la interposición del recurso de agravio constitucional no tiene su origen en una sentencia estimatoria dictada por el Poder Judicial o por este Tri-

bunal en el marco de un proceso de tutela de derechos fundamentales, sino en una emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal circunstancia no es ningún impedimento para afirmar la procedencia del recurso de agravio constitucional y también la competencia de este Tribunal. A tal efecto, el Tribunal estima que se encuentra en la obligación de recordar que fuimos los órganos de la justicia constitucional ante quienes se agotó la jurisdicción interna y, por ello, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, hemos reasumido la competencia para ejecutar lo dispuesto por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe mencionar que, conforme al punto resolutivo 4 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Especial, como órgano independiente e imparcial creado por mandato de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es quien decide en forma vinculante y definitiva lo relacionado con las consecuencias jurídicas del cese irregular e injustificado del que fueron objeto los trabajadores, así como las compensaciones debidas.

En consecuencia, el Tribunal explicó que, de lo expuesto por dicha Comisión Especial no se aprecia que esta haya dispuesto que el cambio y adecuación de régimen laboral de los impugnantes debería producirse desde el 18 de febrero de 1993 (en que se expidió la Resolución 010-93-CD/CCD que implementa el régimen laboral de la actividad laboral por el Congreso de la República), hasta la efectiva reposición. Afirmó que tan sólo termina decidiendo la Comisión Especial que se "Abone a las víctimas las remuneraciones devengadas o dejadas de percibir desde el momento de su cese hasta su efectiva reposición (...)".

En consecuencia, afirma el TC que no se evidencia que la impugnada resolución de fecha 21 de agosto de 2013 vulnere los derechos fundamentales de los recurrentes, declarando infundado el recurso de agravio constitucional de autos, relaciones con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tema Clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 3 de mayo de 2017

VISTOS

Los recursos de agravio constitucional interpuesto por doña Neida Eleonor Vizcarra Zorrila y otros contra la resolución de fojas 1053, de fecha 21 de agosto de 2013, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió aclarar que el cambio y adecuación del régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo 728, deberá regir a partir del acto de reposición de cada uno de los trabajadores, salvo que hayan expresado o expresen su disconformidad con dicho cambio de régimen; y, ordena el cumplimiento de la sentencia materia de ejecución bajo el apercibimiento contenido en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió sentencia en el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", declarando, por unanimidad, que el Estado violó, en perjuicio de los recurrentes, los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, especificadas en los artículos 1.1 y 2 de la referida Convención. Igualmente, declaró que la sentencia en cuestión constituía, por sí misma, una forma de reparación, por lo que dispuso que el Estado garantice a las víctimas el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo, para lo cual debía constituir a la mayor brevedad, un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir, en forma vinculante y definitiva, si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente por parte del Congreso de la República o, en caso contrario, fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas, en los términos de los párrafos 148, 149 y 155 de la sentencia. Precisó que las decisiones finales del órgano que se cree para dichos efectos deberán adoptarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de dicha sentencia.

2. En la misma sentencia, la Corte Interamericana estableció que el Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia, la cantidad fijada en el párrafo 151 a favor de las 257 víctimas, por concepto de daño inmaterial, en los términos de los párrafos 156 y 158 a 161 del fallo. Y, finalmente, precisó la obligación del Estado de pagar, dentro del mismo plazo, las cantidades fijadas en el párrafo 154, por concepto de costas, en los términos de los párrafos 157 a 161 de la Sentencia.

3. En ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Vigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima, mediante resolución de fecha 11 de enero de 2013, resolvió la solicitud de aclaración relacionada con la resolución 379, de fecha 6 de agosto de 2012, decidiendo: (i) otorgar al Poder Legislativo un plazo final y perentorio de 10 días a fin de que cumpla con adecuar de manera efectiva el régimen laboral de los ejecutantes de la sentencia dentro de los alcances del Decreto Legislativo 728, bajo apercibimiento de proceder a denunciarse penalmente en caso de incumplimiento, sin perjuicio de aplicarse las medidas coercitivas que establecen los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional; y, (ii) aclarar que "el cambio y adecuación del régimen laboral al de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo 728, deberá regir a partir del acto de reposición de cada uno de los trabajadores, salvo que hayan expresado o expresen su disconformidad con dicho cambio de régimen".

4. La Sala revisora, con fecha 21 de agosto de 2013 confirmó el extremo que aclaró el cambio y el momento a partir del cual debía entenderse la adecuación al régimen laboral del Decreto Legislativo 728.

5. En el recurso de agravio constitucional, se argumentó que: i) el carácter irrenunciable del derecho de los trabajadores; ii) la interpretación pro operario; iii) que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó la reposición de los trabajadores y la cancelación de sus beneficios sociales, de acuerdo a ley; y, iv) que la decisión es contraria a la resolución 13 correspondiente al Expediente 26604-2008-549, en la que se indicó que si "en años pasados los derechos de los recurrentes jamás hubieran sido afectados, éstos hubieran continuando laborando en la institución, Congreso de la República, por lo que actualmente sus regímenes laborales se ajustarían al de la Actividad Privada, regulada por el Decreto Legislativo 728 [...]." (sic).

Competencia del Tribunal Constitucional

6. En las RRTC 00168-2007-Q/TC y 00201-2007-Q/TC, el Tribunal esclareció los alcances del artículo 19 del Código Procesal Constitucional, admitiendo su

procedencia para evaluar el cumplimiento de las sentencias estimatorias, dictadas por los órganos competentes en la impartición de la justicia constitucional de las libertades. La finalidad de admitir el recurso de agravio constitucional, en esos casos, decíamos, era restablecer el orden jurídico constitucional, correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias, dictando las medidas correctivas que correspondan.

7. En el presente caso, el Tribunal hace notar que la cuestión suscitada con la interposición del recurso de agravio constitucional no tiene su origen en una sentencia estimatoria dictada por el Poder Judicial o por este Tribunal, en el marco de un proceso de tutela de derechos fundamentales, sino en una emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal circunstancia, sin embargo, no es ningún impedimento para afirmar la procedencia del recurso de agravio constitucional y también la competencia de este Tribunal. A tal efecto, el Tribunal estima que se encuentra en la obligación de recordar que fuimos los órganos de la justicia constitucional ante quienes se agotó la jurisdicción interna y, por ello, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales, hemos reasumido la competencia para ejecutar lo dispuesto por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Análisis del caso

8. El cumplimiento estricto de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia es una de las exigencias primarias y básicas de toda decisión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Tras el acatamiento de lo decidido por un tribunal de justicia no solo depende la efectividad de la justicia impartida en la solución de un caso concreto, sino también, se mide el grado de sumisión al derecho de todos los poderes formales y fácticos, pues, tras la decisión que subyace a ella existe una enérgica pretensión de restablecer el orden jurídico –constitucional y convencional- afectado. De ahí que este Tribunal haya destacado que el respeto y ejecución de las sentencias constituye uno de los elementos identificatorios básicos de todo Estado democrático de derecho, y su no observancia, una patología que compromete seriamente su existencia misma. La importancia del cumplimiento de una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada no está asociada al nivel funcional que tenga el juez o tribunal que la expida; tampoco tiene que ver, en última instancia, con su corrección desde el punto de vista del derecho. Su infalibilidad deriva de que lo decidido no puede ser ulteriormente revisado. Por ello, es que tiene que cumplirse en sus propios términos.

9. En el presente caso, se advierte que el cuestionamiento a la resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 21

de agosto de 2013, solo tiene que ver con el extremo que confirmó la apelada, en cuanto declaró –en vía de aclaración solicitada- que el cambio y adecuación del régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo 728 deberá regir a partir del acto de reposición de cada uno de los trabajadores, salvo que estos hayan expresado o expresen su disconformidad con dicho cambio de régimen. Los impugnantes sostienen que dicho cambio y adecuación debería producirse desde el 18 de febrero de 1993, en que se expidió la Resolución 010-93-CD/CCD que implementa el régimen laboral de la actividad privada por el Congreso de la República, hasta la efectiva reposición.

10. El Tribunal hace notar que el cuestionamiento respecto a la aclaración realizada por los órganos de la jurisdicción ordinaria no se sustenta en ningún aspecto resolutivo que contenga la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni en el Informe Final de fecha 14 de diciembre de 2010 de la Comisión Especial para la ejecución de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Trabajadores del Congreso", constituido en virtud del mandato que contiene la sentencia del último guardián de los derechos humanos en el Continente.

11. Debe tenerse presente que, de conformidad con el punto resolutivo 4 de la sentencia de la CIDH:

> El Estado debe garantizar a las 257 víctimas enunciadas en el Anexo de la presente Sentencia el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo, para lo cual deberá de constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas, en los términos de los párrafos 148, 149 y 155 de esta Sentencia. Las decisiones finales del órgano que se cree para dichos efectos deberán adoptarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

12. En el artículo segundo, numeral 2, de la parte resolutiva, del Informe Final de la referida Comisión Especial, de fecha 14 de diciembre de 2010, citada expresamente en el fundamento cuarto de la impugnada resolución de fecha 21 de agosto de 2013 (fojas 1055), se menciona lo siguiente:

> Artículo Segundo: medidas de reparación integral

> (…) 2. Abone a las víctimas las remuneraciones devengadas o dejadas de percibir desde el momento de su cese hasta su efectiva reposición en sus empleos o en los que ocupen, de ser el caso, en entidades públicas distintas al Congreso de la República. Dichas remuneraciones deberán ser calculadas con base en la remuneración mensual total que percibía la víctima en el momento del cese irregular de que fue objeto, de acuerdo a su posición en el Escalafón Salarial del Congreso, incluyendo las gratificaciones, bonificaciones, asignaciones o cualquier otra clase de remuneración adicional o complementaria que les hubiera correspondido de haber permanecido en sus empleos (…).

13. Asimismo, conviene mencionar que la impugnada resolución de fecha 21 de agosto de 2013, estableció lo siguiente:

> Sexto: (…) es imprescindible destacar que en ninguno de los pronunciamientos materia de ejecución se ha podido advertir como mandato, el acto que ordena el cálculo de los devengados de las remuneraciones dejadas de percibir conforme al régimen laboral de la actividad privada del Decreto Legislativo 728, contrariamente, tales pronunciamientos se ven limitados a consignar expresamente que: *"Dichas remuneraciones deberán ser calculadas con base a la remuneración mensual total que percibía la víctima al momento del cese irregular de que fue objeto"*; y conforme se desprende del fundamento 89.13 de la sentencia Supranacional materia de ejecución, los demandados fueron cesados en forma irregular mediante las Resoluciones Administrativas N.º 1303-A-92-CACL y N.º 1303-B-92-CACL, ambas de fecha 31 de diciembre de 1992, es decir, cuando mantenían el vínculo laboral con su empleador bajo el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N.º 276, no habiéndose implementado el régimen laboral de la actividad privada para los demandantes, ya que conforme a lo indicado por ellos mismos, en sus respectivos escritos de apelación, el régimen laboral de la actividad privada fue implementado en el Congreso de la República con la Resolución Administrativa N.º 010-93-CD/CCD de fecha 18 de febrero de 1993, por lo que podemos concluir que al momento de producida la vulneración del derecho constitucional al trabajo, los demandantes se encontraban en el régimen laboral de la actividad pública instaurada por el Decreto Legislativo N.º 276.

14. Sobre el particular, cabe precisar, en primer término, que conforme al punto resolutivo 4 de la aludida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien decide en forma vinculante y definitiva, entre otras cosas, lo relacionado con las consecuencias jurídicas del cese irregular e injustificado del que

fueron objeto los trabajadores, así como las compensaciones debidas, no es ningún órgano judicial sino la referida Comisión Especial, como órgano independiente e imparcial creado por mandato de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

15. En segundo lugar, de lo expuesto por dicha Comisión Especial, no se aprecia que ésta haya dispuesto, en algún extremo, que el cambio y adecuación de régimen laboral de los impugnantes debería producirse desde el 18 de febrero de 1993 (en que se expidió la Resolución 010-93-CD/CCD que implementa el régimen laboral de la actividad laboral por el Congreso de la República), hasta la efectiva reposición. Lo que tan sólo termina decidiendo la Comisión Especial es que se "Abone a las víctimas las remuneraciones devengadas o dejadas de percibir desde el momento de su cese hasta su efectiva reposición (…)".

16. Por tanto, no se evidencia que la impugnada resolución de fecha 21 de agosto de 2013 vulnere los derechos fundamentales de los recurrentes, debiendo desestimarse los recursos de agravio constitucional de autos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto singular del magistrado Blume Fortini que se agregan, además de la abstención del magistrado Miranda Canales aprobada en la sesión del Pleno del 19 de abril de 2017,

RESUELVE

Declarar **INFUNDADOS** los recursos de agravio constitucional de autos, relacionados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con el fallo y con la fundamentación del auto que resuelve la presente controversia. Sin embargo, estimo necesario realizar las siguientes precisiones:

La ejecución de sentencias internacionales debe realizarse de conformidad con el Código Procesal Constitucional y la Ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

Al respecto, el artículo 115 del citado código señala:

> Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna […].

Para estos efectos, dicha norma debe concordarse con el artículo 24 del Código Procesal Constitucional, según el cual: "[…] la resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el fondo agota la jurisdicción nacional".

En el caso de autos, la jurisdicción interna se agotó con la sentencia desestimatoria emitida en el Expediente 00338-1996-AA/TC.

Por tanto, en aplicación de los artículos 115 y 24 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal Constitucional tiene competencia para cautelar la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.

No corresponde, pues, crear recursos de agravio constitucional atípicos a favor de la ejecución de sentencias internacionales. La jurisprudencia (resoluciones emitidas en los Expedientes 00168-2007-Q/TC, 00201-Q/TC, entre otras) acepta ello solo para cautelar la ejecución de sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional recaídas en procesos constitucionales.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Si bien coincido con mis colegas en lo resuelto en el presente caso, considero necesario realizar algunas precisiones en relación con la competencia de este Tribunal Constitucional para conocer de este tipo de pedidos, así como sobre los alcances de la decisión.

2. Considero, como lo he señalado en otras ocasiones, que el empleo de formas atípicas o excepcionales de acceso al Tribunal Constitucional (por ejemplo los recursos de agravio constitucional atípicos y el recurso de ejecución por salto) es un asunto que merece un análisis prolijo así como una rica discusión por parte de los magistrados, la cual debe reflejarse en la solides de los argumentos contenidos en la sentencia que justifique dicha construcción pretoriana. Esto se debe a que, en dichos supuestos, el Tribunal se estaría pronunciando sobre competencias que, aunque legítimas, se apartan de las competencias inicialmente previstas de modo expreso a favor de este órgano colegiado.

3. En el presente caso, precisamente, estamos ante un supuesto de una posible nueva forma de acceder a este Tribunal, la cual permitiría discutir acerca de si una sentencia, emitida por una corte internacional en materia de derechos humanos, ha sido o viene siendo ejecutada correctamente en sede nacional. Este caso, si bien relacionado con el "recurso de agravio a favor de la ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional" (RTC Exp. Nº 0168-2007-Q) o con el "recurso de agravio a favor de la ejecución de sentencias del Poder Judicial" (RTC Exp. Nº 0201-2007-Q), por tratarse de asuntos también referidos a la ejecución de sentencias en materia de tutela de derechos básicos, en realidad parte de supuestos procesales y alcances sustantivos muy diferentes.

4. En efecto, los mencionados recursos de agravio a favor de la ejecución de sentencias constitucionales han sido previstos en el contexto de procesos constitucionales de protección de derechos, respecto a los cuales este Tribunal sí tiene una clara competencia. La finalidad de estos recursos, por cierto, está directamente vinculada con las competencias originarias del Tribunal Constitucional vinculadas con la defensa del ordenamiento constitucional, el cual comprende también a las sentencias definitivas del propio Tribunal y las del Poder Judicial en último grado.

5. Por otra parte, la ejecución de sentencias internacionales sobre derechos humanos tiene una regulación propia (Ley n.º 27775) que prevé una tramitación ad hoc, distinta a la que tienen los procesos constitucionales (procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales). Asimismo, si bien puede ser que un caso resuelto por la Corte Interamericana podría haber llegado previamente al Tribunal Constitucional, pues con ello se agotó la jurisdicción interna, ello no es necesariamente así en todos los casos, y por ende justificar esta nueva competencia del Tribunal solo sobre esa base no constituye una justificación suficiente. Más aun, posiblemente la decisión emitida por el Tribunal Constitucional habría resuelto en un sentido distinto al finalmente establecido por la Corte, por lo cual con el mismo argumento podría decirse que este Tribunal podría en tales circunstancias hacer las veces de juez (de ejecución) y parte (juzgada y sentenciada) del proceso internacional.

6. No obstante lo dicho, es necesario ofrecer mejores y más sólidos fundamentos para esta atribución que en adelante va a asumir al Tribunal. Consideramos que estos se encuentran en la materia iusfundamental de lo resuelto por una corte supranacional en materia de derechos humanos, y en el principio de retroalimentación recíproca de los ordenamientos, encaminado a la mejor tutela de los derechos.

7. Sobre lo primero, el Estado en general tiene el deber de proteger a las personas y sus derechos básicos (artículos 1 y 44 de la Constitución) y, dentro del Estado, el órgano especialmente encargado de velar por dicha tutela es, sin duda alguna, el Tribunal Constitucional (artículos 200 al 202 de la Constitución). En ese contexto, y más aun en una dinámica de "convencionalización del Derecho", este Tribunal debe velar por el respeto de los derechos humanos fundamentales, los cuáles son reconocidos también por la convención americana sobre Derechos Humanos y que son protegidos tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por este Tribunal, siendo las opiniones consultivas y sentencias de la referida corte supranacional parte del ordenamiento jurídico constitucional y vinculantes para al Estado peruano (artículos 3, 55 y cuarta disposición final y transitoria de la Constitución). En este orden de ideas, es claro que el Tribunal Constitucional tiene un mandato constitucional de hacer cumplir las sentencias de la Corte Interamericana, por similares razones de fondo que justifican que exija en cumplimiento es sus propios términos de sus propias sentencias y las del Poder Judicial dictadas en segundo grado.

8. En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta que la tutela de los derechos, en el marco de ordenamientos convencionalizados como el nuestro, en una actividad en el que participan interactuando la justicia nacional con la internacional,

encaminando sus acciones siempre a la mejor defensa de los derechos humanos y fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en el marco de su función republicana (afirmadora de los valores constitucionales en nuestra comunidad política), desde luego que puede y debe impulsar el cumplimiento debido de las sentencias emitidas por la justicia supranacional dedicada a la tutela de los derechos humanos, respetando siempre sus propios términos, o inclusive optimizando su contenido, si así lo exigiera el precipicio de retroalimentación recíproca entre el Derecho interno y el Derecho internacional de los derechos humano. Asimismo, en el marco de la ya mencionada función republicana, encaminada a la integración social basada en la Constitución, y su función moderadora, encaminada a la pacificación de controversias, considero que este órgano colegiado puede hacer uso de distintos mecanismos y apremios que, al margen de las típicas resoluciones emitidas en fase de ejecución, dedicadas básicamente a cotejar si lo dispuesto por el juez competente es compatible o no con la sentencia de fondo, permitan realmente garantizar aquello que la corte supranacional ha dispuesto en su decisión de fondo.

730 **S.**

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO QUE NO CORRESPONDE PRONUNCIARSE SOBRE EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL, SINO DIRECTAMENTE CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, ASI COMO EFECTUANDO PRECISIONES EN TORNO DE LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL CONOCIMIENTO DE RECLAMOS POR INOBSERVANCIA DE LAS DECISIONES EMITIDAS EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL

Con el debido respeto por mis colegas Magistrados, discrepo de la parte resolutiva del auto de mayoría, emitido en el presente proceso, promovido por don Jorge Luis Pacheco Munayco y otros contra el Congreso de la República del Perú, sobre proceso de amparo, que señala: "Declarar INFUNDADO el recurso de agravio constitucional", pues a mi juicio lo que corresponde es confirmar la resolución impugnada, por haberse ejecutado la sentencia en sus propios términos. Por otra parte y en cuanto al fondo mismo de lo solicitado, estimo pertinente efectuar algunas precisiones en relación con aquellas pretensiones relacionadas con el incumplimiento de sentencias o pronunciamientos emitidos en el ámbito de la justicia supranacional.

En relación a lo primero, considero que no corresponde emitir tal pronunciamiento en el sentido acotado por las siguientes razones:

Sobre el recurso de agravio constitucional

1. El recurso de agravio constitucional es un medio impugnatorio que persigue la revisión de la resolución (sentencia o auto) que deniega, en segunda instancia, una pretensión de tutela de derechos fundamentales, que declara infundada o improcedente la demanda; recurso que es exclusivo de los procesos constitucionales cauteladores de los derechos fundamentales.

2. En tal sentido, una vez interpuesto este medio impugnatorio, cumplidos los requisitos correspondientes y concedido el mismo, se habilita la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional para conocer, evaluar y resolver la causa, sea por el fondo o por la forma, y emitir pronunciamiento respecto de la resolución impugnada para anularla, revocarla, modificarla, confirmarla o pronunciarse directamente sobre la pretensión contenida en la demanda.

3. Sobre esto último, Monroy Gálvez sostiene que la impugnación "es la vía a través de la cual se expresa nuestra voluntad en sentido contrario a una situación jurídica establecida, la que pretendemos no produzca o no siga produciendo efectos jurídicos"[1].

4. En tal sentido, a mi juicio, una vez admitido un recurso de agravio constitucional, lo que procede es resolver la causa pronunciándose sobre la resolución impugnada.

5. El recurso de agravio constitucional, sea típico o atípico, no es una pretensión, figura propia del instituto procesal de la demanda, pues, como bien se sabe, esta última, además de canalizar el derecho de acción, contiene la pretensión o petitorio.

6. Confundir un medio impugnatorio con una pretensión o petitorio de demanda no resulta de recibo, ni menos se compadece con el significado de conceptos procesales elementales.

7. Una vez concedido el recurso de agravio constitucional y elevados los actuados al Tribunal Constitucional, lo que procede es el análisis de la resolución materia de impugnación y no del recurso mismo. Es decir, la revisión de la resolución judicial de la instancia inferior que ha sido impugnada para emitir un pronunciamiento sobre la misma y no sobre el recurso, como erróneamente se hace en la resolución de mayoría.

Sobre el cumplimiento de las sentencias supranacionales

8. En relación a lo segundo, y más allá de que me encuentre de acuerdo con que en el presente caso no se evidencia un supuesto de inobservancia o desnaturalización de la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 24 de noviembre del 2006 en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, considero indispensable, de cara a futuros reclamos de similar naturaleza dejar establecido lo siguiente:

   a) En el sistema jurídico peruano, es absolutamente incuestionable que en materia de derechos humanos, la protección o tutela no se agota en sede interna sino que se proyecta al plano supranacional conforme a la previsión contenida en el artículo 205 de la Constitución Política del Perú, cuyo texto legitima a que cualquier persona que se considere agraviada en sus derechos pueda recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que como país formamos parte.

1 MONROY GÁLVEZ, Juan: "Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano", en Revista Peruana de Derecho Procesal, Nº 1, Lima, septiembre 1997, p. 21.

b) Los alcances del mandato anteriormente referido permiten considerar que como Estado no sólo estamos obligados a acatar las decisiones de los tribunales reconocidos a nivel interno sino y con mayor razón, las provenientes de tribunales y organismos instituidos a nivel internacional, habida cuenta que estos últimos representan los órganos definitivos de cierre en todo reclamo vinculado a la temática de los derechos humanos.

c) En el contexto anteriormente descrito, una eventual vulneración o desnaturalización a las sentencias o pronunciamientos emitidos en el plano supranacional, no sólo pueden sino que deben ser reclamadas a través de diversas vías, pues queda claro que aquellas constituyen, por donde quiera que se les mire, cosa juzgada internacional.

d) En tal sentido y sin perjuicio de existir una regulación específica sobre el procedimiento de ejecución de sentencias internacionales sobre derechos humanos en la Ley 27775, desde mi punto de vista, quien opte por judicializar este tipo de reclamos tiene dos vías procesales perfectamente diferenciadas a la par que alternativas: a) la de acudir directamente al proceso constitucional de tutela en defensa de la cosa juzgada internacional, siguiendo para tal efecto la fórmula abierta desde muy temprano por este Tribunal Constitucional, conforme se aprecia en la Sentencia 0012-1995-AA/TC (Caso Rubén Toribio Muñoz Hermosa); o, b) la de deducir, como ocurre en el presente supuesto, un recurso de agravio atípico siendo menester precisar que su no desarrollo jurisprudencial hasta la fecha, no significa inviabilidad del mismo, pues siendo perfectamente legítimo haber estructurado instrumentos de acceso directo al Tribunal Constitucional, no sólo a favor de sentencias constitucionales emitidas por el Poder Judicial o, en su caso, por el Tribunal Constitucional, con mayor razón resulta un imperativo el justificarlo en el supuesto de las sentencias o pronunciamientos en materia internacional, mas aun cuando, con anterioridad, este Tribunal ha emitido un pronunciamiento a propósito de los alcances de este tipo de sentencias en la fase de ejecución (Sentencia 1722-2011-PA/TC).

e) En cualquiera de los casos descritos, queda claro que el interesado o reclamante, deberá considerar la alternativa más idónea para la defensa de sus derechos o intereses, pues el uso de alguna de ellas excluirá automáticamente las otras.

S.

BLUME FORTINI

Auto 02703-2016-AA/TC

Proceso de amparo motivado por el recurrente José Montenegro Gómez. El Tribunal declaró improcedente el auto.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 02 de julio del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró improcedente el auto motivado por el recurrente contra la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por motivo de vulneración de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, a la pensión y a la seguridad social.

El Tribunal precisó que el derecho fundamental de acceso a la justicia posee una dimensión objetiva al constituir parte del orden material de valores en los cuales se cimienta el ordenamiento constitucional. En virtud de esa dimensión objetiva, el Estado Constitucional se encuentra obligado a garantizar que la impartición de justicia que brinda, cumpla con satisfacer las necesidades de todos los sectores de la población, poniendo singular énfasis en los sectores menos favorecidos y en los sujetos que merecen una especial protección constitucional.

En ese sentido, agregó que la parte demandante es un sujeto de especial protección constitucional debido a su avanzada edad, y que el Estado Constitucional tiene el deber de adoptar, a modo de mandato de optimización, todas aquellas medidas que resulten necesarias para permitirle acceder a la justicia, en virtud de lo establecido en el artículo 4 de la Constitución y demás obligaciones internacionales asumidas por el Estado que tienen rango constitucional.

Además, estimó que no se puede supeditar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de un adulto mayor nonagenario a la presentación de una copia de su DNI vigente. Subordinar la admisión de la demanda a que el actor culmine el trámite de la actualización del referido documento, no solamente se encuentra reñido con la lógica tutelar del proceso constitucional de amparo; también desconoce lo expresamente estipulado en el artículo 39 de la Ley 26497, Ley Orgánica del Reniec, y en la Resolución Jefatural 060-2003/JEF/Reniec.

A eso, el demandante no ha ahondado en mayores detalles respecto al fundamento de su reclamación, ni sobre la manera en que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados le ha sido menoscabado. En efecto, y tal como se advierte del tenor de su demanda, en lugar de sustentar las razones por las cuales entiende que se han violado los mencionados derechos fundamentales, únicamente se ha limitado a descalificar el criterio de los jueces que participaron en la etapa de ejecución de la sentencia subyacente. En consecuencia, se declaró improcedente la demanda.

Temas Claves: Tutela jurisdiccional efectiva — derecho al debido proceso — derecho a la pensión y derecho a la seguridad social.

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 20 de diciembre de 2017

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Alberto Asunción Reyes y doña Lilvana Fiorella Ugaz Sernaque (integrantes del Estudio Jurídico Asunción & Abogados Sociedad Civil) contra la resolución de fojas 122, de fecha 1 de octubre de 2015, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que comfirmó el rechazo de la demanda; y,

ATENDIENDO A

Demanda

1. Con fecha 11 de febrero de 2015, don José Antonio Montenegro Gómez interpuso demanda de amparo contra los integrantes de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, a fin de que se deje sin efecto la Resolución 3, de fecha 15 de diciembre de 2014 (cfr. fojas 19), que confirmó la Resolución 37, de fecha 22 de mayo de 2014, que convalidó −de manera inconstitucional− la liquidación de intereses efectuada por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), que desconoce lo expresamente resuelto en el proceso contencioso-administrativo subyacente, a pesar de que ello debe ser ejecutado en sus propios términos (sic).

2. En síntesis, el actor denuncia la violación de los siguientes derechos fundamentales: (i) a la tutela jurisdiccional afectiva, en sus manifestaciones del derecho a la ejecución de sentencias y del respeto de la cosa juzgada; (ii) al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; (iii) a la pensión; y (iv) a la seguridad social.

Autos de primera Instancia o de grado

3. Con fecha de 18 de febrero de 2015, el (Primer) Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declaró inadmisible la demanda (cfr. fojas 89) con el objeto de que, en un lapso no mayor de tres días hábiles

   a. Precise en qué fecha se le notificó la resolución cuestionada, para lo cual se le exigió que cumpla con adjuntar: (i) la cédula de notificación de ese auto y (ii) la

cédula de notificación de la resolución que ordenó el cumplimiento de lo resuelto;

b. Se constituya a las instalaciones del juzgado para ratificar su firma, dado que la consignada en la demanda no coincide con la registrada en la base de datos del Reniec (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil);

c. Adjunte copia del documento nacional de identidad (DNI) vigente; y, finalmente,

d. Precise si debe emplazarse al Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de Poder Judical, en cuyo caso: (i) deberá señalar su dirección y (ii) adjuntar un juego adicional de copias de la demanda y sus anexos.

4. Dado, que en opinión del juzgado de primer grado o intancia, la parte demandante no cumplió con subsanar "el defecto advertido en su plenitud" (sic), el mismo juzgado rechazó la demanda mediante resolución de fecha 15 de mayo de 2015 (cfr. fojas 101).

Auto de segunda instancia o grado

738

5. Mediante resolución de fecha 1 de octubre de 2015 (cfr. fojas 122), la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en segunda instancia o grado, confirmó el rechazo de la demanda, arguyendo, para tal efecto, que

> (...) el demandante no ha cumplido con subsanar idóneamente todas las omisiones advertidas dentro del plazo concedido, solo se ha limitado a señalar que su patrocinado se encontraba delicado de salud y por tal motivo no podía ratificar su firma ni adjuntar el DNI vigente; sin embargo no acredita su aseveración con medio probatorio alguno; siendo así, materializar el apercibimiento decretado por la A quo, no constituye ningún error, puesto que solo se ha actuado de conformidad con lo previsto en la última parte de artículo 426 del Código Procesal Civil ; por lo que debe confirmarse la recurrida (sic).

Competencia de este Tribunal Constitucional para evaluar el presente recurso de agravio constitucional

6. El derecho fundamental de acceso a la justicia no solamente tiene una dimensión subjetiva [esto es, no vale únicamente como derecho subjetivo]; posee, al mismo tiempo, una dimensión objetiva al constituir parte del orden material de valores en los cuales se cimienta el ordenamiento constitucional. En virtud de esa dimensión objetiva, el Estado Constitucional se encuentra obligado a garantizar que la impartición de justicia que brinda cumpla con satisfacer las necesidades de todos

los sectores de la población, poniendo singular énfasis en los sectores menos favorecidos y en los sujetos que merecen una especial protección constitucional, tal como será desarrollado con mayor amplitud en los fundamentos subsiguientes.

7. En ese entendido, resulta pertinente citar lo indicado en el auto emitido en el Expediente 2687-2013-PA/TC:

> El artículo 202º, inciso 2) de la Contitución Política del Perú, establece que corresponde al Tribunal Constitucional "(...) conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento". En tal sentido, la jurisprudencia de este Tribunal es constante y uniforme en sostener que una resolución denegatoria, que habilita su competencia, puede ser tanto una sentencia sobre el fondo como un auto que impide el inicio o la culminación del debate jurisdiccional, si se pronuncia sobre la carencia de alguno de los aspectos de forma (Cfr. STC Nº 0192-2005-PA/TC, fundamento 2), debiendo exigirse en este último supuesto que las razones por las cuales se declara improcedente o inadmisible la demanda (o en general se la rechaza de alguna forma) revelen la exigencia de requisitos irrazonables, impertinentes y/o carentes de utilidad que *per se* constituyan barreras burocráticas judiciales y vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva.

8. Por consiguiente, aunque los autos que confirman la improcendencia de la demanda derivada de una inadmisibilidad en la que se ha ordenado la subsanación de requisitos (i) irrazonables, (ii) impertinente o (iii) carentes de utilidad no son formalmente denegatorios, no puede soslayarse que, al obstruir −de una manera inconstitucional− el acceso a la justicia, *materialmente* sí lo son. Al respecto, y a manera de mayor abundamiento, corresponde examinar qué se entiende por tales conceptos:

- Califica como exigencia irrazonable todo aquel requerimiento de complicado o imposible cumplimiento para el demandante, o que resulte contrario al sentido común, o que sea absurdo o caprichoso.

- Califica como exigencia impertinente todo aquel requisito que no guarde la más mínima relación con la solución de la litis.

- Califica como exigencia carente de utilidad (para la absolución del problema jurídico planteado) todo aquel requerimiento que si bien guarda relación con el objeto de controversia, amerita ser obviado debido a que resulta notoriamente intrascendente.

Por ende, únicamente en estos últimos escenarios corresponderá que el Tribunal Constitucional conozca tales recursos de agravio constitucional.

9. Por estos supuestos, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer el recurso de agravio constitucional no puede quedar subordinada al mero respeto de las formas por las formas(cfr. sentencia emitida en el Expediente 5-2005-PCC/TC), puesto que el proceso constitucional de amparo −así como el resto de procesos constitucionales destinados para la tutela de derechos fundamentales− no se caracterizan precisamente por ser instrumentos rígidos sino dúctiles. Siendo ello así, este Tribunal Constitucional considera, a la luz de los hechos del caso, que es competente para pronunciarse respecto del recurso de agravio constitucional interpuesto, al haberse supeditado la tramitación de la demanda al cumplimiento de requisitos irrazonables.

10. Efectivamnete, no parece razonable supeditar la admisión de la presenta demanda de amparo a

    a. Una estricta similitud entre la firma consignada en la base de datos del Registro Nacional de Identificacion y Estado Civil (Reniec) y la que figura en el texto de la demanda y, peor aún, que se exija la concurrencia del demandante −quien tenía en el momento de la presentación de la demanda 95 años− a las instalaciones del juzgado en la ciudad de Chiclayo para ratificarla.

    b. Una copia de DNI vigente.

11. En cuanto a lo primero, este Tribunal Constitucional juzga que ni los achaques crónicos y propios de un nonagenario que vive en situación de pobreza, ni el previsible y natural menoscabo de sus facultades físicas y mentales que le impidan suscribir la demanda o hacerlo de una manera sustancialmente idéntica a la consignada en el DNI pueden cercernar el ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la justicia, más aún si lo que dicha persona pretende es tutelar el ejercicio de otros derechos constitucionales ante violaciones o amenazas de conculcación de tales derechos.

12. Es más, incluso en el hipotético escenario en el que ese adulto mayor se encuentre privado de discernimiento, tampoco es viable subordinar la procedencia de la demanda a que ella sea presentada por su curador, porque la tutela de sus derechos fundamentales no puede encontrarse supeditada a que, previamente, la judicatura ordinaria declare la interdicción del adulto mayor y le nombre un curador.

13. A la luz de los hechos del caso, conminar al hoy recurrente a concurrir a las instalaciones del juzgado en Chiclayo para que ratifique la demanda resulta manifiestamente inconveniente, dado que está plenamente acreditado que el demandante

reside en una zona rural de Chepén, esto es, a más de 70 kilómetros de Chiclayo. Se pudo haber optado −entre otras medidas menos gravosas− por disponer que el demandante ratifique su firma ante el Juzgado Mixto de Chepén vía exhorto, como él mismo lo ha solicitado (Cfr. Escrito de subsanación de fecha 17 de marzo de 2015), a fin de disipar cualquier duda en torno a si el actor suscribió la demanda o no.

14. Al respecto, de acuerdo con lo señalado por este Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 08156-2013-PA/TC, el demandante tiene el derecho a ser tratado con preferencia por su avanzada edad, por lo que su demanda debe ser tramitada con premura, lo cual supone que los jueces se abstengan de exigirle requerimentos que pospongan el problema jurídico sometido a su conocimiento o, peor aún, que se le impida acceder a la justicia.

15. A mayor abundamiento, y en ese mismo sentido, resulta pertinente puntualizar que el Código Procesal Constitucional recoge el principio de socialización del proceso, el cual impone a los jueces que tramitan demandas constitucionales el deber de impedir que la desigualdad material de la parte demandante postergue o impida la dilucidación de cualquier reclamación *iusfundamental.*

16. En consecuencia, si la parte demandante es un sujeto de especial protección constitucional debido a su avanzada edad, el Estado Constitucional tiene el deber de adoptar −a modo de mandato de optimización− todas aquellas medidas que resulten necesarias para permitirle acceder a la justicia, en virtud de lo establecido en el artículo 4 de la Contitución y demás obligaciones internacionales asumidas por el Estado que tienen rango constitucional.

17. En cuanto a lo segundo, este Tribunal Constitucional estima que no se puede supediar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de un adulto mayor nonagenario a la presentación de una copia de su DNI vigente. Subordinar la admisión de la demanda a que, previamente a su interdisposición, el actor culmine el trámite de la actualización del referido documento, no solamente se encuentra reñido con la lógica tutelar del proceso constitucional de amparo, también desconoce lo expresamente estipulado en el artículo 39 de la Ley 26497, Orgánica del Reniec, y en la Resolución Jefatural 060-2003/JEF/Reniec. Como se indica en este última:

> por una deficiencia ocurrida en años anteriores, se señaló erróneamente en el Documento Nacional de Identidad, emitido a personas mayores de sesenta (60) años, la fecha de caducidad del mismo, sin considerarse su vigencia indefinida, conforme a ley.

18. Queda claro, entonces, que ambos requerimientos constituyen, en términos ya utilizados por este Tribunal, una barrera burocrática judicial (Cfr. Auto emitido en el Expediente 02687-2013-PA/TC). Aquello supone que este Tribunal Constitucional es competente para examinar el recurso de agravio constitucional ahora interpuesto.

La inviabilidad de remitir los actuados al juez de primera Instancia o grado

19. Conforme a lo precedentemente indicado, la demanda ha sido rechazada indebidamente. Sin embargo, este Tribunal Constitucional, en tanto director general del proceso, no estima pertinente remitir los actuados al juez de primera instancia o grado porque: (i) el demandante es un adulto mayor; y (ii) ni las formalidades del proceso de amparo ni los errores de apreciación en que incurrieron los jueces pueden justificar que la solución del problema jurídico se dilate aún más. Ello, por lo demás, resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, así como con el principio de economía procesal, tal cual lo enuncia el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

20. En todo caso, proceder de otro modo implicaría dar mayor importancia a los ritualismos procesales que a la finalidad misma del precente proceso, lo cual no es correcto.

Delimitación del asunto litigioso y examen de procedencia de la demanda

21. Aunque del tenor del recurso de agravio constitucional este Tribunal Constitucional advierte que lo argüido por el actor gira en torno a impugnar el indebido rechazo de la demanda, no se puede soslayar que la demanda ha cumplido con identificar la expedición del Auto 1000, de fecha 15 de diciembre de 2014, emitido por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, como agraviante de los citados derechos fundamentales. El recurrente alega esto pues, en su opinión, dicho antes ha confirmado, según él, de manera inconstitucional, la Resolución 37, de fecha 22 de mayo de 2014, que remitió decho expediente a la oficina de liquidaciones, a fin de que se practique la liquidación de intereses conforme a la Nonagésima Sétima Disposición Complementaria de la Ley 29951.

22. Tal como se aprecia de lo actuado, la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque sustentó su posición en lo expresamente contemplado en el precedente judicial dictado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Repú-

blica en la Casación 5128-2013 LIMA, publicado el 25 de junio de 2014 en el diario oficial *El Peruano*, que expresamente proscribe la capitalización de intereses. Es más, en el auto emitido en el Expediente 2214-2014-PA/TC, este Tribunal Constitucional −con posteridad− también ha hecho suya esa posición, aunque como doctrina jurisprudencial.

23. En la presente causa, y como ha sido mencionado en los antecedentes de la presente resolución, el demandante denuncia la conculcación de los siguientes derechos fundamentales: (i) a la tutela jurisdiccional efectiva, en sus manifestaciones del derecho a la ejecución de sentencias y del respeto de la cosa juzgada; (ii) al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivaión de las resoluciones judiciales; (iii) a la pensión; y (iv) a la seguridad social. Según él, en la etapa de ejecución del proceso subyacente se ha tergiversado lo ordenado en la sentencia estimatoria expedida en su favor, cuyo puntual contenido se desconoce en tanto no obra en autos.

24. Empero, el demandante no ha ahondado en mayores detalles respecto al fundamento de su reclamación, ni sobre la manera en que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados le ha sido menoscabado. En efecto, y tal como se advierte del tenor de su demanda, en lugar de sustentar las razones por las cuales entiende que se han violado los mencionados derechos fundamentales, únicamente se ha limitado a descalificar el criterio de los jueces que participaron en al etapa de ejecución de la sentencia subyacente. En consecuencia, la demanda resulta improcedente, en virtud de lo contemplado en el numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

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

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

Sentencia 04532-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Fernando Martínez Ramos, representante legal de Icatom S.A. El Tribunal declaró fundada la demanda por vulneración del principio de razonabilidad y derecho al plazo razonable.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de octubre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda promovida por el recurrente contra la Sunat, con motiva de vulneración del principio de razonabilidad y el derecho al plazo razonable.

El Tribunal Constitucional precisó que el principio de razonabilidad es un parámetro indispensable de constitucionalidad que permite determinar la legitimidad de la actuación de los poderes públicos, especialmente cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales.

Asimismo, el Tribunal estableció que el cómputo del plazo razonable del proceso debe iniciarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o del cargo que le afecta sus intereses, y culmina con la decisión que resuelve de manera definitiva su situación jurídica o determina sus derechos u obligaciones.

En ese sentido, se cuestionó el cobro de intereses moratorios durante el periodo de impugnación de su deuda tributaria en sede administrativa. De manera específica, el cálculo de los intereses realizado desde el 31 de julio de 2007, fecha en la cual la Intendencia Regional de Tea elevó el expediente al Tribunal Fiscal hasta el 3 de febrero de 2012, fecha en la que este último emitió la resolución que resolvió el recurso de apelación planteado.

El Tribunal advirtió que pudo cuestionarse la demora del Tribunal Fiscal, en la resolución del recurso de apelación ante el Ministerio de Economía y Finanzas, tal y como lo prevén los artículos 144, y 155, literal b, del Código Tributario; sin embargo no resulta una causa objetiva que justifique un tratamiento legislativo diferenciado entre los recursos de reclamación y apelación en lo que respecta a la suspensión en el cobro de intereses moratorios luego de vencido el plazo legal establecido para que la

autoridad administrativa resuelva cursos. Ello es así toda vez que, si bien cada uno de ellos es conocido y resuelto por distintas entidades administrativas (Sunat y Tribunal Fiscal, respectivamente), dicho aspecto no resulta determinante para reconocer una naturaleza disímil a estos mecanismos impugnatorios, sino que, por el contrario, en ambos casos nos encontramos ante recursos administrativos que pretenden garantizar el derecho al debido procedimiento en su manifestación de facultad para recurrir las decisiones administrativas.

Por lo tanto, la disposición que establece la suspensión en el cobro de intereses moratorios durante el tiempo en exceso que, respecto del plazo legal establecido, tomara la administración tributaria para resolver, resulta aplicable durante la tramitación de ambos recursos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional precisó que los procedimientos administrativos ante la constatación de una vulneración al plazo razonable, declarar nulo el procedimiento administrativo y establecer la reposición de las cosas al estado anterior, no podría ser un efecto inmediato o automático, toda vez que las demás garantías procesales que conforman del debido procedimiento sí fueron respetadas. En ese sentido, el hecho de que los plazos máximos de un procedimiento hayan sido incumplidos no tiene como consecuencia directa que las resoluciones finales sean declaradas inválidas y sin efectos legales.

Asimismo, el Tribunal dispuso que la Sunat efectúe el cálculo de los intereses moratorios de las multas establecidas en las Resoluciones de Determinación 101-002-0001905; 101-002-0001906; 101-002-0001907; 101-002-0001908, y 101-002-0001909, sin aplicar la regla del cobro de intereses moratorios durante el tiempo en exceso que, respecto del plazo legal establecido, tomó el Tribunal Fiscal para resolver el recurso de apelación planteado por la recurrente, más los costos del proceso.

Temas Claves: Principio de razonabilidad — derecho al plazo razonable.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de agosto de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Icatom S.A., representada por Jorge Alejandro Girao Araujo, contra la resolución de fojas 227, de fecha 26 de junio de 2013, que declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – Sunat.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de julio de 2012, don Fernando Martínez Ramos, representante legal de Icatom S.A., interpone demanda de amparo contra la Sunat solicitando que: (i) se deje sin efecto la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-0016924, de fecha 17 de mayo de 2012, en el extremo que liquida los intereses legales desde la fecha de la imposición de las multas establecidas mediante las Resoluciones 101-002-0001905; 101-002-0001906; 101-002-0001907; 101-002-0001908, y 101-002-0001909 hasta el 17 de mayo de 2012; (ii) se ordene a Sunat liquidar los respectivos intereses legales hasta la fecha en la cual venció el plazo para que el Tribunal Fiscal emitiera pronunciamiento respecto de la apelación interpuesta contra la Resolución 1050140000946/SUNAT, de fecha 31 de mayo de 2007; y (iii) se ordene a la Sunat la devolución del monto cancelado en exceso por la demandante por concepto de los intereses derivados de las multas impuestas.

Con fecha 6 de noviembre de 2006, la recurrente interpuso recurso de reclamación contra las resoluciones de multa precitadas. Mediante Resolución de Intendencia 1050140000946/SUNAT, la Intendencia Regional de Ica declaró infundado dicho recurso el 31 de mayo de 2007. Contra esta última, la demandante interpuso recurso de apelación el 9 de julio de 2007 ante el Tribunal Fiscal, el cual mediante Resolución 01853-1-2012, de fecha 3 de febrero de 2012, confirmó la apelada.

La demandante manifiesta que, pese a haber impugnado la Resolución de Intendencia 1050140000946/SUNAT en sede administrativa, se computaron intereses moratorios durante el trámite de su recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal, el mismo que tardó cuatro años y siete meses en resolverse. Precisa que no tuvo una conducta obstruccionista que afectara el normal desarrollo del procedimiento de apelación, por lo que el Tribunal Fiscal debió emitir su pronunciamiento respecto de la apelación presentada dentro del plazo legal máximo de doce meses que establece el artículo 150 del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

La parte demandada, con fecha 17 de agosto de 2012, deduce la excepción de incompetencia y contesta la demanda. Sostiene que la recurrente no cumplió con agotar la vía administrativa previa, pues de conformidad con lo dispuesto en los artículos 144 último párrafo y 155 del T.U.O. del Código Tributario, esta pudo presentar un recurso de queja luego de vencido el plazo legal establecido para resolver su apelación ante el Tribunal Fiscal (fojas 149). Asimismo, manifiesta que la demandante debió acudir a la vía del proceso contencioso administrativo para cuestionar la resolución administrativa que resolvió dicha apelación.

A través de la resolución de fecha 12 de marzo de 2013, el Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por la Sunat, al considerar que la vía procesal del amparo no es la idónea para la ventilación de las pretensiones demandadas. A su turno, mediante resolución de fecha 26 de junio de 2013, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda consiste en que:

(i) Se deje sin efecto la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-0016924, de fecha 17 de mayo de 2012, en el extremo que liquida los intereses legales desde la fecha de la imposición de las multas establecidas mediante las Resoluciones 101-002-0001905; 101-002-0001906; 101-002-0001907; 101-002-0001908, y 101-002-0001909 hasta el 17 de mayo de 2012;

(ii) Se ordene a la Sunat liquidar los respectivos intereses legales únicamente hasta la fecha en la cual venció el plazo para que el Tribunal Fiscal emitiera pronunciamiento respecto de la apelación interpuesta contra la Resolución 1050140000946/SUNAT, de fecha 31 de mayo de 2007; y,

(iii) Se ordene a la Sunat la devolución del monto cancelado en exceso por la demandante por concepto de intereses generados por las multas impuestas.

§2. Cuestión previa

2. Este Tribunal advierte que consta a fojas 136 la Solicitud de Devolución 01546467 presentada por la recurrente a la Sunat pidiendo la devolución del saldo a favor materia de Beneficio – Exportadores correspondiente al periodo tributario 04/2012, mediante la emisión de un cheque no negociable por el importe de S/. 500 000. 00.

3. Dicha solicitud fue resuelta por la Intendencia Regional de Ica mediante la Resolución de Intendencia 102-180-0000643, de fecha 4 de junio de 2012, en la cual se autoriza la solicitud de devolución a través de la emisión de un cheque no negociable por el importe de S/. 169 931 y una nota de crédito negociable por la suma de S/. 330 069.00. Esta última fue aplicada por la Intendencia Regional de Ica para la cancelación de las multas tributarias pendientes en las resoluciones cuestionadas; aspecto que debe ser tomado en cuenta para la determinación de los efectos de la presente sentencia.

§3. Procedencia de la demanda

4. La parte demandada, con fecha 17 de agosto de 2012, deduce la excepción de incompetencia y contesta la demanda. Señala que la recurrente debió presentar recurso de queja después de vencido el plazo legal establecido en el T.U.O. del Código Tributario para resolver la apelación ante el Tribunal Fiscal (fojas 149). De otro lado, manifiesta que ante la resolución expedida por el Tribunal Fiscal que resolvió la apelación, la demandante debió acudir a la vía del proceso contencioso administrativo.

5. Las instancias precedentes declararon fundada la excepción de incompetencia por considerar que la vía del proceso de amparo no era la idónea para resolver el caso, sino la del contencioso administrativo.

6. Así las cosas, corresponde evaluar, en primer lugar, la procedencia de la demanda en la vía del amparo, de modo que, se analizarán los siguientes aspectos: (i) si se ha agotado la vía administrativa, y (ii) si existen vías igualmente satisfactorias al proceso de amparo. Ello de conformidad con los criterios establecidos por este Tribunal en el Expediente 04082-2012-PA/TC, en el cual se planteó una controversia similar.

Agotamiento de la vía administrativa

7. La demandada refiere que la recurrente debió interponer recurso de queja luego de vencido el plazo legal previsto para que el Tribunal Fiscal resuelva su recurso de apelación. Es decir, cuestiona que la parte demandante no haya agotado los recursos previstos en sede administrativa.

8. Al respecto, este Tribunal advierte que, en efecto, pudo cuestionarse la demora del Tribunal Fiscal en la resolución del recurso de apelación ante el Ministerio de Economía y Finanzas tal y como lo prevén los artículos 144 y 155, literal b, del Código Tributario. Sin embargo, ello no hubiera significado la suspensión del cobro de los intereses moratorios, dado que el procedimiento coactivo se suspende exclusivamente al concurrir alguna de las causales previstas en el artículo 119 del Código Tributario, entre las que no figura la presentación del recurso de queja.

9. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que se configura el supuesto previsto en el artículo 46, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, pues por el agotamiento de la vía previa, la agresión podría devenir en irreparable. No cabe, consecuentemente, declarar improcedente la demanda en aplicación del artículo 5, inciso 4, del Código Procesal Constitucional.

Ausencia de vías igualmente satisfactorias

10. Tanto la Sunat, como las instancias precedentes, han considerado que la demanda debe declararse improcedente, dado que el proceso contencioso administrativo constituye la vía procesal para resolver la pretensión de la recurrente.

11. La parte demandada sostiene que, por lo dispuesto en el artículo 157 del Código Tributario, la resolución del Tribunal Fiscal debió ser impugnada mediante el proceso contencioso administrativo. Sin embargo, en tanto eso no ocurrió, la autoridad administrativa llevó a cabo el procedimiento de cobranza coactiva. En ese sentido, precisa que la demandante no cuestiona ni impugna el procedimiento de cobranza coactiva, sino tan solo el monto de intereses cobrados.

12. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional advierte que el argumento de la demandada está dirigido a cuestionar que la recurrente no haya impugnado la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-0016924, de fecha 17 de mayo de 2012. Por tanto, corresponde analizar si la posibilidad de impugnar tal resolución en el proceso contencioso administrativo constituye causal de improcedencia de la presente demanda de amparo, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

13. Al respecto, en el fundamento 15 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 02383-2013-PA/TC, se ha dejado establecido que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo si, de manera copulativa, se demuestra el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca

la irreparabilidad; y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

14. En el presente caso, este Tribunal concluye que existe la necesidad de brindar tutela de urgencia, toda vez que conforme lo dispone el propio artículo 157 del Código Tributario, "la presentación de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria", es decir, se advierte un riesgo de irreparabilidad en la lesión de los bienes de relevancia constitucional invocados por la demandante, tales como el principio de razonabilidad que rige la actuación de la administración pública o el derecho a recurrir en sede administrativa; por lo que es menester emitir un pronunciamiento de fondo.

§4. Análisis de la controversia

15. En el caso de autos, la recurrente cuestiona el cobro de intereses moratorios durante el periodo de impugnación de su deuda tributaria en sede administrativa. De manera específica, el cálculo de los intereses realizado desde el 31 de julio de 2007 –fecha en la cual la Intendencia Regional de Ica elevó el expediente al Tribunal Fiscal– hasta el 3 de febrero de 2012, fecha en la que este último emitió la resolución que resolvió el recurso de apelación planteado. Refiere que al haber excedido en demasía el plazo que tenía el Tribunal Fiscal para resolver dicho recurso lo que corresponde es que los intereses legales sean calculados únicamente hasta la fecha en la cual venció el plazo legal de doce meses, esto es, hasta el 31 de julio de 2008. En ese sentido, alega la vulneración del derecho al debido procedimiento por haberse inobservado el principio de razonabilidad en la aplicación de los intereses moratorios.

§4.1. Sobre la aplicabilidad del criterio establecido en el Expediente 04082-2012-PA/TC

16. En el Expediente 04082-2012-PA/TC, doña Emilia Rosario del Rosario Medina de Baca solicitó, entre otros aspectos, que se inaplique a su caso el artículo 33 del Texto Único Ordenado (TUO) del Código Tributario, referido al cobro de intereses moratorios durante la etapa impugnatoria en el procedimiento contencioso tributario y su respectiva capitalización, en su versión vigente hasta el ejercicio 2006, así como el artículo 3 del Decreto Legislativo 969, que lo modificó, y la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 981. Al respecto, este Tribunal estableció que el cobro de intereses moratorios resultaba lesivo del derecho a recurrir en sede administrativa, así como del principio de razonabilidad, respecto al tiempo de exceso frente al plazo legal que tuvo el Tribunal Fiscal para resolver el procedimiento contencioso tributario.

17. Si bien en el caso precitado la recurrente era una persona natural que no ejercía actividad económica comercial, mientras que en el caso de autos la demandante es una persona jurídica dedicada a la actividad empresarial, este Tribunal Constitucional considera que el razonamiento establecido en el Expediente 04082-2012-PA/TC, en los extremos referidos a los intereses moratorios y su capitalización, resulta aplicable a la presente controversia.

18. Ello debido a que en ambos supuestos las recurrentes cuestionan el hecho que la Administración Tributaria les haya impuesto el cobro de intereses moratorios durante el periodo de impugnación de su deuda tributaria en sede administrativa por considerar que dicho actuar resulta lesivo del principio de razonabilidad. Es decir que, la distinta naturaleza jurídica de las entidades recurrentes y las divergencias en su configuración y desempeño económico no conllevan per se a afirmar que nos encontramos ante supuestos de hecho distintos, ya que, en ambos casos, las demandantes invocan un acto lesivo sustancialmente igual al amparo de una misma situación jurídica, como es en este caso, su condición de contribuyentes titulares del derecho a un debido procedimiento.

19. La finalidad del cobro de intereses moratorios frente a deudas tributarias está dirigida a incentivar el pago oportuno de estas obligaciones por parte de los contribuyentes, así como indemnizar al acreedor tributario por el no cobro oportuno de la deuda. Siendo así, el Tribunal Constitucional no advierte alguna causa objetiva y razonable que justifique una distinta responsabilidad jurídica en el cumplimiento de este deber. La distinta naturaleza jurídica de los contribuyentes (persona natural o persona jurídica dedicada a una actividad empresarial), así como el destino o uso económico que puedan dar al monto que adeudan a la administración tributaria, resultan criterios irrelevantes para establecer un tratamiento diferenciado en el cobro de intereses moratorios a los contribuyentes, toda vez que con dicho cobro no se busca sancionar un eventual provecho económico que pudiera obtener el contribuyente, sino indemnizar al Estado por el no pago oportuno de su acreencia.

20. Este criterio, conviene recordar, resulta por demás coherente con el establecido por el Tribunal en el Expediente 0905-2001-AA/TC, donde se reconoció que las personas jurídicas de derecho privado también pueden ser titulares de derechos fundamentales [fundamento 5], y el Expediente 01567-2006-AA/TC, donde se dejó establecida su titularidad del derecho al debido proceso [fundamento 9], cuya exigibilidad no se restringe a los procesos judiciales, sino que se extiende a los procedimientos administrativos [entre otros, los Expediente 04289-2004-PA/TC, fundamento 3 y 03741-2004-PA/TC, fundamento 18].

§4.2. El principio de razonabilidad en la administración pública y su vinculación en las medidas restrictivas de derechos

21. El principio de razonabilidad ha sido entendido por el Tribunal Constitucional como un parámetro indispensable de constitucionalidad que permite determinar la legitimidad de la actuación de los poderes públicos, especialmente cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales [Expediente 0050-2004-AI/TC, fundamento 109]. Bajo esa lógica el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, que regula el Procedimiento Administrativo General, ha reconocido que cuando se trate de una medida restrictiva de algún derecho del administrado, la legitimidad de dicha actuación depende de la concurrencia de dos aspectos fundamentales, de un lado, que la medida haya sido adoptada dentro de los límites de la facultad atribuida y, de otro, que en su aplicación se advierta una debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar. Así, la precitada norma dispone lo siguiente:

> 1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello implica que el acto estatal "debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado". Es decir que es necesario "acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél" [Expediente 0090-2004-AA/TC, fundamento 35].

22. En este caso, corresponde verificar entonces si el periodo por el que le fueron aplicados los intereses moratorios a la empresa demandante resulta lesivo o no del principio de razonabilidad que rige el actuar de la administración tributaria. Tal como fue advertido por este Tribunal en el Expediente 04082-2012-PA/TC, la determinación del periodo durante el cual resulta legítimo el cobro de intereses moratorios por parte de la administración tributaria frente al deudor tributario, adquiere especial trascendencia constitucional en la medida en que al tratarse de una actuación administrativa que tiene incidencia en el derecho al debido procedimiento –en su manifestación de facultad para recurrir las decisiones administrativas–, su legitimidad se encuentra vinculada al principio de razonabilidad desarrollado supra.

§4.3. Análisis del presente caso

23. De autos se advierte que la deuda contenida en las cinco resoluciones de multa, a la fecha de haber sido notificadas a la demandante (6 de octubre de 2006), ascendía a un total de S/. 179 890.00 (fojas 5 a 9), incluyendo la multa impuesta además de los intereses capitalizados y moratorios. Luego de la decisión del Tribunal Fiscal, mediante la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-0016924, de fecha 17 de mayo de 2012 (fojas 107), se calcularon nuevamente los intereses capitalizados y moratorios, con lo cual la multa ascendía a un total de S/. 328 932.00, monto que, actualizado a la fecha de pago de la deuda fue de S/. 330 069.00, cobrado por medio de la Resolución de Intendencia 102-180-0000643 (fojas 53).

24. Dicho cálculo fue efectuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del TUO del Código Tributario, modificado por el 6 del Decreto Legislativo 981, entonces vigente al momento del cómputo de los intereses moratorios (desde el 1 de abril de 2007 -de conformidad con lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final de dicho decreto- hasta el 13 de julio de 2014, fecha esta última en la que entra en vigencia la modificatoria del artículo 7 de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, de simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país).

El referido artículo 6 circunscribía la suspensión en el cobro de los intereses moratorios al tiempo en exceso que, respecto del plazo legal establecido, tomara la administración tributaria para resolver el recurso de reclamación planteado por un administrado, siempre que el vencimiento del plazo fuera por causa imputable a ésta.

Asimismo, de forma expresa, la norma proscribía cualquier suspensión en el cobro de intereses moratorios durante la tramitación del recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal. Así, la disposición establecía que:

> (...)
>
> La aplicación de los intereses moratorios se suspenderá a partir del vencimiento de los plazos máximos establecidos en el Artículo 142º hasta la emisión de la resolución que culmine el procedimiento de reclamación ante la Administración Tributaria, siempre y cuando el vencimiento del plazo sin que se haya resuelto la reclamación fuera por causa imputable a ésta.
>
> Durante el periodo de suspensión la deuda será actualizada en función del Índice de Precios al Consumidor.

> Las dilaciones en el procedimiento por causa imputable al deudor no se tendrán en cuenta a efectos de la suspensión de los intereses moratorios".
>
> La suspensión de intereses no es aplicable a la etapa de apelación ante el Tribunal Fiscal ni durante la tramitación de la demanda contencioso-administrativa.

25. Al respecto, cabe indicar que la finalidad del cobro de intereses moratorios en las deudas tributarias es compensar al acreedor tributario por la demora en el pago; finalidad que resultará legítima en tanto la demora sea imputable y razonablemente previsible por el deudor tributario. Así, a partir de lo establecido en la norma materia de análisis y a fin de dilucidar la legitimidad del cobro de intereses moratorios durante el procedimiento contencioso tributario, es importante verificar dos cuestiones esenciales.

26. En primer lugar, el periodo durante el cual se justifica la suspensión de los intereses moratorios, para lo que, será importante diferenciar dos escenarios en el procedimiento administrativo: i) de un lado, el plazo legal otorgado a la autoridad tributaria para resolver los recursos impugnatorios planteados por el contribuyente; y, ii) de otro, el tiempo que, más allá de este plazo legal, toma la autoridad administrativa para absolver efectivamente tales recursos. En segundo lugar, corresponde verificar si se justifica un tratamiento legislativo diferenciado entre los recursos administrativos de reclamación y apelación, ya que la norma cuestionada dispone la suspensión en el cobro de intereses moratorios durante el tiempo en exceso que, respecto del plazo legal establecido, tomara la administración tributaria para resolver el recurso de reclamación, y no así respecto del recurso de apelación.

27. En cuanto a los dos escenarios que se pueden identificar en el procedimiento contencioso tributario, este Tribunal entiende que el cobro de intereses moratorios durante el plazo legal con que cuenta la autoridad tributaria para resolver los recursos administrativos, resulta una restricción legítima y razonable del derecho a recurrir en sede administrativa, toda vez que la demora en el pago obedece al recurso administrativo planteado por el contribuyente y permite, en cierto modo, evitar un ejercicio abusivo o temerario de este derecho ya que, antes de proceder a su interposición, el administrado puede prever el cobro de tales intereses moratorios, durante el plazo cierto que el legislador otorga a la autoridad administrativa para resolver su recurso, como una de las implicancias del ejercicio de su derecho.

    Sin embargo, no sucede lo mismo en el segundo escenario, es decir, durante el tiempo que, más allá del plazo legal, toma la autoridad administrativa para absol-

ver efectivamente los recursos planteados, pues en este caso la demora en el pago de la deuda tributaria no puede ser prevista con certeza por el administrado, claro está, siempre que, el retraso en la resolución de los recursos sea exclusivamente atribuible a la autoridad administrativa, y no así a una actuación dilatoria del contribuyente. De incurrirse en este último supuesto, donde quede evidenciado el carácter inoficioso de la conducta procedimental del administrado, si corresponderá disponer que el contribuyente asuma el pago de los intereses moratorios derivados de su actuación irregular, siempre que se sustenten las razones por las cuales habría incurrido en un actuar dilatorio.

En consecuencia, dado que el derecho a impugnar en sede administrativa no tiene carácter absoluto, sino que puede ser objeto de ciertas restricciones, resulta constitucionalmente legítimo el cobro de intereses moratorios durante los plazos legales que tiene la autoridad administrativa tributaria para resolver los recursos administrativos que prevé el procedimiento contencioso tributario. Lo que sí resulta inconstitucional es su cobro injustificado o irrazonable en el tramo en el que la autoridad administrativa excede el plazo legal por causas atribuibles a ella.

28. Por otro lado, este Tribunal no advierte una causa objetiva que justifique un tratamiento legislativo diferenciado entre los recursos de reclamación y apelación en lo que respecta a la suspensión en el cobro de intereses moratorios luego de vencido el plazo legal establecido para que la autoridad administrativa resuelva tales recursos. Ello es así toda vez que si bien cada uno de ellos es conocido y resuelto por distintas entidades administrativas (Sunat y Tribunal Fiscal, respectivamente), dicho aspecto no resulta determinante para reconocer una naturaleza disímil a estos mecanismos impugnatorios, sino que, por el contrario, en ambos casos nos encontramos ante recursos administrativos que pretenden garantizar el derecho al debido procedimiento en su manifestación de facultad para recurrir las decisiones administrativas. Por lo tanto, la disposición que establece la suspensión en el cobro de intereses moratorios durante el tiempo en exceso que, respecto del plazo legal establecido, tomara la administración tributaria para resolver, resulta aplicable durante la tramitación de ambos recursos (reclamación y apelación).

29. Así las cosas, en el presente caso corresponde que en el cobro de las multas impuestas a la demandante mediante las Resoluciones 101-002-0001905; 101-002-0001906; 101-002-0001907; 101-002-0001908, y 101-002-0001909, la Sunat suspenda el cómputo de los intereses moratorios durante el tiempo en exceso que, respecto del plazo legal establecido, tomó el Tribunal Fiscal para resolver el recurso de apelación planteado por la recurrente. En ese sentido, corresponde asimismo declarar la nulidad de la Resolución de Intendencia 102-180-0000643

0000643 (fojas 137), de fecha 4 de junio de 2012, en el extremo que dispuso la aplicación del monto consignado en una nota de crédito negociable por el monto de S/. 330 069.00 para la cancelación de las deudas originadas en las resoluciones de multa.

§4.4. La garantía del plazo razonable como elemento del derecho al debido procedimiento administrativo

30. Si bien la parte recurrente no ha planteado de manera expresa la vulneración de su derecho al plazo razonable, este Tribunal advierte de lo puesto en autos que los cuestionamientos dirigidos contra la administración tributaria, están también relacionados con la presunta inobservancia del derecho al plazo razonable en sede administrativa. En efecto, ello se desprende del tenor de la demanda cuando la recurrente refiere que, a pesar que el Tribunal Fiscal tenía legalmente doce meses para emitir pronunciamiento respecto de la apelación que interpuso contra la Resolución de Intendencia 1050140000946/SUNAT, ello ocurrió luego de cuatro años y siete meses pese a que, según indica, Icatom S.A. no tuvo una conducta obstructiva que afectara el normal desarrollo del procedimiento administrativo (Cfr. fojas 68 y 69). Por lo tanto, en el caso de autos corresponde, en primer término, analizar si es que existió o no una vulneración del derecho al plazo razonable en sede administrativa.

31. Ahora, si bien es cierto que en el presente caso el Tribunal Fiscal no ha sido emplazado, este Colegiado debe advertir que el análisis respecto de la eventual vulneración del derecho al plazo razonable se hará sobre el contexto del procedimiento administrativo tributario como un todo, es decir, las actuaciones seguidas tanto ante la Sunat como ante el propio Tribunal Fiscal. Esto se justifica debido a que se trata de un análisis de puro derecho, que comprende una evaluación objetiva sobre las posibles demoras en que pudiera haber incurrido la administración tributaria en resolver el caso plantado en sede administrativa.

32. Como ha sido reiterado en reciente jurisprudencia de este Tribunal, el contenido del derecho al plazo razonable del proceso constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución y despliega sus efectos jurídicos a todo tipo de proceso o procedimiento penal, civil, laboral, administrativo, corporativo, etc. [STC 04179-2014-PHC/TC, fundamento 9; STC 00295-2012-PHC/TC, fundamento 2]. Así, el plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener

una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes.

33. Para determinar si en el ámbito de un procedimiento administrativo se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable se deberán evaluar criterios tales como la complejidad del asunto, la actividad o conducta procedimental del administrado, la conducta de la administración pública, así como las consecuencias que la demora produce en las partes [STC 3778-2004-AA/TC, fundamento 21]. De modo enunciativo, se puede afirmar que estos elementos pueden estar referidos a los siguientes aspectos:

    i) *La complejidad del asunto:* Aquí se consideran factores tales como la naturaleza de la situación fáctica que es materia de evaluación o fiscalización por la administración (procedimiento administrativo ordinario o sancionador), los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de administrados involucrados en el procedimiento, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.

    ii) *La actividad o conducta procedimental del administrado:* Se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el procedimiento, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procedimentales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del administrado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación.

    iii) *La conducta de la administración pública:* Se verifica el grado de celeridad con el que se ha tramitado el procedimiento. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos competentes para la tramitación del procedimiento, como por ejemplo: lo que ordinariamente se demora en resolver determinado tipo de procesos; la admisión y/o la actuación de elementos probatorios manifiestamente impertinentes; la reiterada e indebida anulación por parte del ente o tribunal administrativo de segundo grado respecto de las decisiones de la autoridad administrativa de primer grado; la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc.

    iv) *Las consecuencias que la demora produce en la situación jurídica del interesado:* Se evalúa si el paso del tiempo en el procedimiento incide o influye

de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante. Ello con la finalidad de que el procedimiento discurra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que éste incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante.

34. Si bien en el presente caso el Tribunal Fiscal ya expidió la resolución administrativa que puso fin al procedimiento contencioso tributario (Resolución 01853-1-2012, de fecha 3 de febrero de 2012, fojas 50), de conformidad con la facultad prevista en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera necesario verificar de autos si el acto lesivo denunciado por la parte demandante se ha configurado a fin de evitar posteriores conductas similares de la administración tributaria en agravio de los contribuyentes. Para tal efecto, se procederá al análisis de los criterios anteriormente expuestos en el caso concreto.

Inicio y fin del cómputo del plazo razonable del procedimiento contencioso tributario

35. Este Tribunal ha establecido que el cómputo del plazo razonable del proceso debe iniciarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o del cargo que le afecta a sus intereses, y culmina con la decisión que resuelve de manera definitiva su situación jurídica o determina sus derechos u obligaciones [Expediente 00295-2012-PHC/TC, fundamento 5]. En el ámbito de los procedimientos administrativos, que el artículo 29 del TUO de la Ley de Procedimientos Administrativos General –Decreto Supremo 006-2017-JUS- los define como el "conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados", resulta claro que el inicio del procedimiento se entiende desde que la administración pone en conocimiento del administrado algún acto administrativo que tenga incidencia en sus intereses.

36. En el presente caso, dado que las Resoluciones de Multa 101-002-0001905; 101-002-0001906; 101-002-0001907; 101-002-0001908; 101-002-0001909 –que fueron objeto de cuestionamiento en sede administrativa por parte de la recurrente– le fueron notificadas con fecha 12 de octubre de 2006 (fojas 5 a 9), esta será tomada en cuenta como término de inicio para efectos de verificar la vulneración o no del plazo razonable en sede administrativa.

37. En relación a la finalización del cómputo del plazo, este Tribunal entiende que el término del procedimiento administrativo opera en el momento en que la autoridad administrativa expide la decisión definitiva que resuelve la situación

jurídica de la persona en sede administrativa, lo cual incluye a los recursos que se establecen dentro del propio procedimiento administrativo para cuestionar una primera decisión de la autoridad. En ese sentido, este Tribunal advierte que, en el caso de autos, el procedimiento contencioso tributario culminó con la expedición de la Resolución 01853-1-2012 por parte del Tribunal Fiscal con fecha 3 de febrero de 2012 (fojas 50), considerando además que el artículo 153 del TUO del Código Tributario establece que "[c]ontra lo resuelto por el Tribunal Fiscal no cabe recurso alguno en la vía administrativa" (…).

38. Como se puede advertir el procedimiento administrativo tuvo una duración total de más de cinco años y tres meses. No obstante, la mera constatación de un periodo prolongado en la resolución de la controversia no supone automáticamente declarar la vulneración del derecho al plazo razonable, por ello, corresponde evaluar los cuatro criterios esbozados anteriormente para determinar si dicha vulneración se ha configurado o no en el caso sub examine.

Análisis del derecho al plazo razonable en la presente controversia

a) *Complejidad del asunto*

760

39. En el presente caso, este Tribunal advierte que el procedimiento contencioso tributario estuvo enfocado en determinar la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del Código Tributario referida a la declaración de cifras o datos falsos que habrían influido en la determinación de la obligación tributaria de la empresa demandante durante los meses de enero a mayo de 2002 (5 meses).

40. Del expediente se advierte, que la materia a dilucidar era el tributo omitido por la demandante con la presentación de las declaraciones rectificatorias en las que la empresa determinó el tributo a pagar por concepto del pago a cuenta del Impuesto a la Renta. Asimismo, se advierte que, mediante Resolución de Intendencia 1050140000946/SUNAT la Intendencia Regional de Ica rechazó el pedido de la empresa demandante de acumulación con otro reclamo signado con número de expediente 1050340001748 (fojas 28 parte posterior). Por lo tanto, todos estos elementos evidencian que el asunto materia de análisis en el procedimiento contencioso tributario no resultó ser complejo.

b) *Actividad o conducta del interesado*

41. En cuanto a la actividad o conducta procedimental de Icatom S.A., no se advierte que dicha empresa haya incurrido en algún tipo de acción que haya provocado la dilación del procedimiento. Asimismo, este Tribunal no advierte que la empresa demandante haya presentado gran cantidad de acervo documental al interior del

procedimiento y, de haber sido este el caso, se debe advertir que ello tampoco comportaría una conducta obstruccionista dado que en todo caso se estaría ante el ejercicio legítimo del derecho de defensa por parte del administrado. Por lo expuesto, este Colegiado no advierte que la conducta desplegada por la parte demandante haya perjudicado el desarrollo normal del procedimiento administrativo.

c) *La conducta de las autoridades administrativas*

42. La conducta de la administración tributaria en este caso ha tenido incidencia sobre la dilación del procedimiento. Esto se verifica del hecho que el Tribunal Fiscal demoró más de cuatro años para resolver el recurso de apelación planteado por la empresa recurrente contra la Resolución de Intendencia 1050140000946/SUNAT, pese a que el artículo 150 del Texto Único del Código Tributario establece un plazo legal máximo de hasta doce meses para resolver dicho recurso. Así, mientras que dicho recurso fue presentado el 9 de julio de 2007 (fojas 130), el Tribunal Fiscal lo resolvió recién mediante Resolución 01853-1-2012, de fecha 3 de febrero de 2012; confirmando la Resolución de Intendencia 1050140000946/SUNAT de fecha 31 de mayo de 2007.

43. Ahora, si bien es cierto que el incumplimiento del plazo legal no puede configurar per se una violación de la garantía del plazo razonable, toda vez que su evaluación debe tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, este Tribunal considera que el tiempo que tomó en este caso la administración tributaria para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad recurrente en el procedimiento administrativo resultó ser ciertamente excesivo, perjudicando de esa manera al contribuyente y poniéndolo en una situación prolongada de incertidumbre.

44. Asimismo, la excesiva carga procesal señalada por la administración tributaria como un factor que ocasionaría la demora en resolver (fojas 149), no puede ser invocada sin más como motivo justificante del retardo en la absolución de un recurso administrativo, máxime si se tiene en cuenta que en el caso de los procedimientos contencioso tributarios la demora en la resolución de los medios impugnatorios se encuentra directamente vinculada al cobro de intereses moratorios cuyo pago deberá ser asumido a fin de cuentas por los contribuyentes.

d) *Las consecuencias que la demora produce en la situación jurídica del interesado*

45. Finalmente, para este Tribunal resulta evidente que la demora en la resolución del procedimiento administrativo por parte de la administración tributaria se ha traducido en un perjuicio significativo para la demandante. En efecto, ello se

aprecia del hecho que, en todo el tiempo que duró el procedimiento la deuda se incrementó aproximadamente en un 180%, siendo que, como se indicó anteriormente, al inicio la deuda total ascendía a un monto de S/. 179 890.00 (fojas 5 a 9) y, luego de la decisión del Tribunal Fiscal, mediante la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-001624, de fecha 17 de mayo de 2012 (fojas 107), la deuda se incrementó y, al momento de ser pagada, ascendía a S/. 330 069.00 (fojas 53).

46. Esta situación, aun cuando ya se haya hecho efectivo el pago de la deuda, evidentemente ha significado un desmedro económico para la parte demandante. En consecuencia, resulta claro que el transcurso del tiempo ha afectado de manera particular la situación de la parte interesada, es decir, del contribuyente.

Conclusión sobre el plazo razonable

47. Luego del análisis de estos cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo, este Tribunal concluye que las autoridades administrativas a cargo del procedimiento tributario en el presente caso, no actuaron con la debida diligencia y celeridad a fin de resolver en un plazo razonable la situación jurídica de la parte demandante, razón por la cual se ha incurrido en una violación del derecho a que el procedimiento dure un plazo razonable.

Efectos de la vulneración del derecho al plazo razonable

48. De acuerdo a la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en el fundamento 12 de la STC N.º 00295-2012-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado, en el ámbito del proceso penal, que si se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como consecuencia de estimarse la demanda, se ordenará al órgano jurisdiccional que conoce el proceso penal que, en el plazo más breve posible, según sea el caso, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del procesado, bajo apercibimiento. Y es que el plazo para el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto no debe ser fijado una vez y para siempre, de modo que sea aplicable en todos los casos, sino que éste debe ser fijado de manera objetiva y razonable por el juez constitucional en atención a las circunstancias concretas de cada caso.

49. En cuanto a los procedimientos administrativos, este Tribunal ha entendido que, ante la constatación de una vulneración al plazo razonable, declarar nulo el procedimiento administrativo y establecer la reposición de las cosas al estado anterior, no podría ser un efecto inmediato o automático, toda vez que las demás garantías procesales que conforman del debido procedimiento sí fueron respetadas. En ese sentido, el hecho de que los plazos máximos de un procedimiento hayan sido incumplidos no tiene como consecuencia directa que las resoluciones finales sean

declaradas inválidas y sin efectos legales [STC 3778-2004-AA/TC, fundamento 23].

50. Dado que en el presente caso no resulta posible requerir a la administración tributaria que emita un pronunciamiento definitivo que ponga fin al procedimiento, puesto que ello ya ha ocurrido, este Tribunal, considera necesario instar a que las entidades emplazadas no vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la presente demanda. Más aun cuando, de conformidad con el numeral 1.9 del artículo IV del TUO de la Ley de Procedimientos Administrativos General –Decreto Supremo 006-2017-JUS-, los procedimientos administrativos se deben sustentar en virtud del principio de celeridad, según el cual se debe alcanzar una decisión en tiempo razonable.

§5. Sobre los efectos del criterio establecido en el Expedientes 04082-2012-PA/TC

51. Finalmente, advertida la existencia de controversias similares a la dilucidada en el Expediente 04082-2012-PA/TC, este Tribunal considera necesario, en aplicación del principio de previsión de consecuencias, precisar los alcances de la aplicación de esta decisión a casos sustancialmente iguales. Con el criterio allí establecido no se ha pretendido revivir procedimientos fenecidos ni mucho menos premiar a los contribuyentes que mantienen obligaciones antiguas con la Sunat. Ello en mérito a dos razones fundamentales: i) al tratarse de un proceso de control concreto, los efectos de lo resuelto sólo vinculan a las partes del mismo, y ii) el razonamiento allí desarrollado no puede ser aplicado retroactivamente, sino sólo a partir de la publicación de la aludida sentencia.

52. En ese sentido, dicho criterio no resulta aplicable a aquellos procedimientos contencioso-tributarios que se encuentren concluidos, esto es aquellos en los que los mecanismos de cobro de la deuda tributaria se hayan agotado en sede administrativa sin que haya existido de por medio recurso administrativo alguno que fuera ejercido por el contribuyente en contra de estos actos de cobranza, o que habiendo existido algún recurso, este haya sido denegado sin que posteriormente el contribuyente haya judicializado su cuestionamiento. Asimismo, tampoco resulta aplicable a aquellos procesos judiciales (contencioso administrativos o procesos constitucionales) que, con anterioridad a la publicación de dicha sentencia, cuenten con resolución judicial firme respecto al cálculo de intereses moratorios.

53. Sí corresponderá, en cambio, la aplicación de estos criterios en aquellos casos en los que, luego de publicada la sentencia, ya sea que se trate de procedimientos contencioso-tributarios o procesos judiciales, aún se encuentren en trámite

o pendientes de resolución firme, incluyendo para tal efecto la fase de ejecución del procedimiento o proceso en la que se suele proceder a la liquidación de los intereses moratorios.

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 principio de razonabilidad y del derecho al plazo razonable; en consecuencia, NULA la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-0016924 y NULA la Resolución de Intendencia 102-180-0000643 en el extremo que aplica el monto consignado en la nota de crédito negociable para la cancelación de las deudas originadas en las resoluciones de multa.
2. DISPONER que la Sunat efectúe el cálculo de los intereses moratorios de las multas establecidas en las Resoluciones de Determinación 101-002-0001905; 101-002-0001906; 101-002-0001907; 101-002-0001908, y 101-002-0001909 sin aplicar la regla del cobro de intereses moratorios durante el tiempo en exceso que, respecto del plazo legal establecido, tomó el Tribunal Fiscal para resolver el recurso de apelación planteado por la recurrente, más los costos del proceso.

3. Ordenar que la entidad emplazada y demás entidades competentes en el conocimiento de casos similares, tomen en cuenta, en lo sucesivo, los criterios establecidos en los fundamentos 51 a 53 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas magistrados, pero al respecto debo señalar lo siguiente:

1. Conviene tener presente que si bien todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional obligan, los mandatos que de ellos se pueden extraer no tienen todos los mismos alcances. Es así que el criterio recogido en el expediente 04082-2012-PA/TC es, como bien ha señalado la sentencia, un criterio, mas no un precedente o una doctrina de este Tribunal.

2. Y es que en un análisis constitucional, el efecto de la sentencia restitutoria que permite volver a una estado anterior no se da en abstracto sobre cualquier discusión de relevancia jurídica, sino que tiene que estar directamente atado a la vulneración de uno o varios derecho fundamentales.

3. En casos como el que se dio en el expediente 04082-2012-PA/TC o en este 04532-2013-PA/TC, el derecho que se encuentra en discusión es el del plazo razonable o, eventualmente, el derecho de propiedad. Las razones que podrían llevar a acreditar la vulneración de estos derechos pasan por realizar exámenes muy concretos y que se refieren a las circunstancias de cada caso en particular. Es así que el análisis para la confiscatoriedad, por ejemplo, requiere la atención, desde una perspectiva subjetiva, de diversos criterios recogidos en la jurisprudencia.

4. Para efectos del análisis del plazo razonable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional aprobó como doctrina jurisprudencial algunos criterios que tienen que evaluarse en casos que involucren a este derecho:

> "i) la complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.
>
> ii) la actividad o conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso,

por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado; y,

iii) la conducta de las autoridades judiciales, donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral; la admisión y/o la actuación de una prueba manifiestamente impertinente; la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional de segundo grado respecto de las decisiones del órgano jurisdiccional de primer grado, etc., vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias; la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo."

5. En similar sentido, el proyecto de sentencia adapta dichos criterios al ámbito administrativo, en tanto se habla de un procedimiento administrativo en lugar de un proceso o de la administración en lugar de los jueces. Sin embargo, la principal diferencia radica en la introducción de un cuarto criterio: las consecuencias que la demora produce en la situación jurídica del interesado. Este cuarto criterio tampoco es nuevo en la jurisprudencia pues ya había sido recogido desde el expediente 03778-2004-AA/TC.

6. Al respecto, considero importante explicar que esta diferencia se justifica en el hecho que la doctrina "Arce Paucar" ha sido aplicada en el contexto de un proceso de hábeas corpus en el que el derecho tutelado es el de plazo razonable en conexidad con la libertad personal. En dicho contexto, el análisis de las consecuencias sobre la situación jurídica es en la práctica irrelevante pues la incidencia siempre será intensa y, desde luego, relevante. Sin embargo, en el contexto de procedimientos administrativos, y entre ellos los de orden tributario, cada caso requiere un análisis particular de los efectos de la demora en la situación jurídica concreta. Ello permitirá atender a las diferencias que se presenten en cada caso, siempre que la parte demandante acredite la afectación con cierta gravedad de sus derechos en razón de la demora en resolver por parte de la Administración.

7. Por otro lado, y frente a la alegada necesidad de interponer una queja administrativa tributaria como paso ineludible para agotar la vía administrativa y pasar a reclamar tutela de derechos en sede jurisdiccional, conviene anotar que la obligatoriedad de presentar una queja de esta clase es un tema debatible incluso entre los magistrados de este mismo tribunal. En cualquier caso, y tratándose de un amparo, proceso de tutela urgente de derechos fundamentales, y siendo el acto lesivo alegado uno imputable a la Sunat corresponde preguntarse si aquí es factible acogerse a una de las excepciones al agotamiento de la vía administrativa previstas en el mismo Código Procesal Constitucional.

8. De la revisión de lo recogido en el Código Procesal Constitucional, considero que, aun cuando se acepte que estamos ante una queja de ineludible cumplimiento, aquí nos encontramos frente a un supuesto en el cual correspondía iniciar directamente un proceso de amparo.

9. De otra parte, un elemento en el cual existe una diferencia relevante en cuanto al caso recaído en el expediente 04082-2012-PA/TC, radica en que a diferencia de aquel, en este caso la parte demandante, que ha visto afectado su derecho al plazo razonable, es una persona jurídica.

10. En el proyecto de sentencia se ha señalado que ello no tendría relevancia alguna "(...) para establecer un tratamiento diferenciado en el cobro de intereses moratorios a los contribuyentes, toda vez que con dicho cobro no se busca sancionar un eventual provecho económico que pudiera obtener el contribuyente, sino indemnizar al Estado por el no pago oportuno de su acreencia," (fundamento 20)

11. Sin embargo, y a la luz de lo expuesto en este voto, considero que la calidad de persona jurídica si es un factor importante a tomar en cuenta respecto de la demora produce en la situación jurídica del interesado. Ello tomando en cuenta que en algunos casos será posible que una persona jurídica pueda soportar ciertas cargas económicas que no puedan ser soportadas por personas naturales. En ese sentido, considero que este debe ser un factor más a tomar en cuenta al momento de aplicar los criterios para resolver un caso sobre plazo razonable.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La mayoría del TC está creando criterios generales que no tienen que ver con el caso concreto y encima obligando a que la Administración tributaria siga tales criterios pese a que no son ni precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial vinculante

Considero que la demanda debe declararse **INFUNDADA**, toda vez que la demandante no reclamó a su debido tiempo la demora en resolver el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal, dado que no hizo uso del recurso de queja, regulado en el artículo 144 in fine del T.U.O. del Código Tributario, que procede "cuando el Tribunal Fiscal, sin causa justificada, no resuelva dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo 150".

Asimismo, la mayoría del Tribunal Constitucional ha fijado reglas futuras en este caso concreto (fundamentos 51, 52 y 53), obligando además a toda la Administración Tributaria a seguir tales criterios (punto resolutivo 3), pese a que no constituyen materia de su competencia: A) los criterios del caso Medina de Baca no resultan aplicables a aquellos procedimientos contencioso-tributarios que se encuentren concluidos; B) tampoco resulta aplicable a aquellos procesos judiciales -contencioso administrativos o procesos constitucionales- que, con anterioridad a la publicación de dicha sentencia, cuenten con resolución judicial firme respecto al cálculo de intereses moratorios; y, C) si corresponderá la aplicación de estos criterios en aquellos casos en los que, luego de publicada la sentencia, ya sea que se trate de procedimientos contencioso-tributarios o procesos judiciales, aun se encuentren en trámite o pendientes de resolución firme, incluyendo para tal efecto la fase de ejecución del procedimiento o proceso en la que se suele proceder a la liquidación de los intereses moratorios.

Si los criterios mencionados no son precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial vinculante, ni se relacionan con el caso concreto, ¿será justificada dicha actividad legislativa de la mayoría del Tribunal Constitucional? Estimo que no. Al parecer, con ello ya no será necesario que el Tribunal Constitucional resuelva casos más problemáticos o de mayor cuantía sobre intereses moratorios. En otras palabras, se está utilizando este caso para influir en la Administración tributaria ante casos que aún el TC no ha analizado y que deberían merecer un tipo de razonamiento específico. Tales criterios generales de la mayoría del TC no tienen nada ver con el caso concreto. ¿Así

se administra la justicia en nuestro país, desde el más Alto Tribunal? Qué preocupante realidad.

Mis razones son las siguientes:

Del recurso de queja

1. El procedimiento contencioso-tributario del T.U.O. del Código Tributario tiene establecidos como medios impugnatorios el recurso de reclamación ante la Administración Tributaria (Sunat, Aduanas, gobiernos locales, etc.) y el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal. Según los artículos 143 y 157 del referido código, la resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa. Luego de él, solo procede la vía judicial del proceso contencioso-administrativo.
2. El T.U.O. del Código Tributario también regula el recurso de queja que, de acuerdo al artículo 155, se presenta cuando, en el trámite del procedimiento contencioso-tributario, existen actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido en el Código Tributario, la ley de aduanas o las normas que atribuyan competencia al Tribunal Fiscal. No es, en estricto, un recurso, porque su interposición no supone que la Administración se pronuncie sobre el fondo; pero sí corrige las actuaciones administrativas o procedimientos que devienen en irregulares.
3. Entre la actuaciones administrativas irregulares, dicho código ha establecido en forma muy específica que, cuando se trata del Tribunal Fiscal, cuando no resuelva el recurso de apelación en el plazo legal, procede la queja. El artículo 144 in fine impone expresamente que "procede la formulación de la queja a que se refiere el artículo 155 cuando el Tribunal Fiscal, sin causa justificada, no resuelva dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo 150". Es decir, si el Tribunal Fiscal excede el plazo de doce meses para resolver la apelación, el deudor tributario tiene expedita la vía de la queja para reclamar por la demora injustificada.
4. El trámite de esta queja (por motivo de la demora en resolver la apelación en el plazo legal) se encuentra desarrollada en el Decreto Supremo 136-2008-EF, que regula el procedimiento del recuso de queja contra el Tribunal Fiscal; y, según él se presenta ante el Ministerio de Economía y Finanzas y lo resuelve el ministro en veinte días hábiles, previo descargo del Tribunal Fiscal y previo informe de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, dependencia que pertenece al ministerio.
5. En ese sentido, debemos entender que existe un mecanismo procesal específico a favor de los administrados para reclamar, concretamente, cuando el Tribunal Fiscal incumpla su deber funcional de resolver el recurso de apelación en el plazo

legal. Por eso, si existe esta vía legalmente establecida para denunciar esta irregularidad, se desprende entonces que, si el deudor tributario no lo interpone, es o porque intencionalmente no desea que se resuelva su recurso en el corto tiempo para, así, no tener que pagar, eventualmente, su deuda en forma inmediata; o, porque es simplemente negligente en la defensa de sus intereses. En ambos casos, el administrado consiente el paso del tiempo.

6. De esto no se sigue que la suscrita justifique que la Administración Tributaria no cumpla con resolver los recursos en un plazo razonable, pues se trata de la infracción de un deber funcional, producto del cual el fisco deja de recaudar los tributos y las multas debidas. Lo que quiero resaltar es que, en paralelo con ello, no es posible tampoco premiar al deudor que impugna, a sabiendas que su actividad recursiva generará intereses moratorios conforme al artículo 33 del T.U.O. del Código Tributario, y, ante el plazo vencido, se mantiene pasivo y no muestra interés en que ésta sea corregida mediante el recurso de queja especialmente habilitado por el legislador.

7. Discrepo con la mayoría del TC en cuanto a su decisión de tomar como criterio solamente la fecha del vencimiento del plazo legal para resolver el recurso de apelación como referencia para suspender la acumulación de intereses, en buena cuenta porque dicha fecha per se no discrimina, en ningún sentido, entre los deudores tributarios que son diligentes y los que no, entre los cuales, incluye a aquéllos que deliberadamente no desean pagar al fisco y solo les interesa alargar las deudas con las interposición de recursos administrativos, esperando que en el camino aparezca alguna excepción, una dispensa, algún cambio legislativo o jurisprudencial, que los favorezca.

8. Por ello, en mi opinión, la suspensión de los intereses moratorios debe estar restringido únicamente para aquellos contribuyentes que, con diligencia, han interpuesto el recurso de queja, cuestionando precisamente el exceso de tiempo del Tribunal Fiscal en emitir su resolución en el plazo legal. En ese sentido, hasta el 12 julio 2014, fecha en que se modifica el artículo 33 del T.U.O. del Código Tributario mediante la Ley 30230, el criterio para suspender los intereses moratorios no debe ser a partir del vencimiento del plazo legal máximo para resolver la apelación, sino la presentación del recurso de queja ante el Ministerio de Economía y Finanzas.

Análisis del caso concreto

9. En el presente caso, la empresa recurrente cuestiona el procedimiento de ejecución coactiva iniciado por la Sunat con la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-0016924, en vista que ha liquidado su deuda en S/. 328,932.00 nuevos soles, que corresponden a las multas impuestas y a la acumulación de intereses moratorios, liquidación la cual considera arbitraria. Afirma que el Tribunal Fiscal

tardó cuatro años y siete meses en resolver su recurso de apelación, lo que vulneró el principio de razonabilidad y, por ello, solo debe pagar los intereses moratorios calculados únicamente hasta la fecha en que el Tribunal Fiscal tuvo plazo para resolver su apelación, que fue el 31 de julio de 2008.

10. En efecto, de autos se aprecia que la recurrente fue notificada el 12 de octubre de 2006 con las resoluciones de multa, expedidas por la Sunat, por razón de haber declarado cifras o datos falsos que inciden en la determinación de la obligación tributaria, contra las cuales interpuso recurso de reclamación, la que fue declarada infundada el 31 de mayo de 2007 mediante la Resolución de Intendencia 1050140000946/SUNAT. Luego, el 9 de julio de 2007, el recurrente presentó recurso de apelación contra la precitada decisión, la cual fue elevada al Tribunal Fiscal el 1 de agosto de 2007 mediante Oficio 326-2007. Con Resolución 1853-1-2012, de fecha 3 de febrero de 2012, el Tribunal Fiscal resuelve el recurso de apelación, declarándolo infundado. Y finalmente, con fecha 2 de mayo de 2012, se notifica la resolución del Tribuna Fiscal y, con fecha 17 de mayo del mismo año, se notifica la Resolución de Ejecución Coactiva 101-006-0016924, que requiere el pago de S/. 328,932.00 nuevos soles.

11. Sobre el particular, debe precisarse que el recurso de apelación de la demandante debió resolverse hasta el 1 de agosto de 2008, plazo de doce meses establecido en el artículo 150 del T.U.O. del Código Tributario, no obstante, el Tribunal Fiscal emitió resolución el 3 de febrero de 2012. Es decir, tuvo un retraso de aproximadamente 3 años y 6 meses; sin embargo, de los autos, no se aprecia que en todo ese tiempo la recurrente haya interpuesto contra el Tribunal Fiscal el recurso de queja regulado en los artículos 144 in fine y 155 del T.U.O. del Código Tributario, reclamando por la demora en resolver su recurso.

12. Por lo tanto, consintió el paso del tiempo al no presentar el recurso de queja y, por ende, no es posible que, en etapa de ejecución coactiva del procedimiento contencioso-tributario, recién cuestione la demora y alegue la suspensión de los intereses moratorios por el retraso del Tribunal Fiscal, cuando teniendo la oportunidad no lo hizo.

En consecuencia, la demanda de amparo debe declararse INFUNDADA en todos sus extremos y continuarse la ejecución coactiva con la liquidación de la deuda notificada por la Sunat.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 00404-2015-PHC/TC

Proceso de Hábeas Corpus interpuesto por Bárbara Donnays Fernández Rosales. El tribunal declaró improcedente la demanda respecto al derecho de petición; asimismo, declaró fundada la demanda en cuanto al derecho de motivación de las resoluciones administrativas y a los derechos a la libertad de tránsito y a la unidad familiar.

Fecha de publicación en el Portal oficial del TC: 29 de mayo 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por la recurrente contra la Superintendencia Nacional de Migraciones y el Procurador Público del Ministerio del Interior, en razón de que se ha vulnerado sus derechos a la debida motivación de las resoluciones, al principio de legalidad penal, el derecho de petición y el derecho a la unidad familiar.

Este Tribunal Constitucional se pronunció con anterioridad sobre el derecho fundamental a la unidad familiar; conforme a ello se busca promover el que los integrantes de una familia, como primera alternativa frente a cualquier otra, permanezcan juntos. Consideró el Tribunal que se está ante el espacio considerado como el más próximo de seguridad y subsistencia, el cual contribuye directamente a la satisfacción de las necesidades afectivas, sociales y emocionales de sus miembros, así como al desarrollo de su personalidad y a su bienestar.

De igual modo, el Tribunal explicó que el derecho a la libertad de tránsito es un derecho fundamental que implica la facultad que tiene toda persona de poder desplazarse libremente con discrecionalidad por todo el territorio nacional, así como salir o ingresar del territorio nacional. Ahora bien, ciertamente, se puede establecer restricciones a los derechos, y para el caso del derecho a la libertad de tránsito, las restricciones que prevé la Constitución son las siguientes: razones de sanidad, mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería y regímenes de excepción.

Asimismo, el Tribunal señaló que en la jurisprudencia, la justificación de medidas que puedan tener un impacto negativo en el contenido o el ejercicio de los derechos

fundamentales deben contener una "motivación cualificada". Ello significa que, en tales casos, como tiene indicado este órgano colegiado, la motivación "opera como un doble mandato"; esto es, tanto al "propio derecho a la justificación de la decisión" como también al "derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal".

En consecuencia, el Tribunal Constitucional verificó que la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES tan solo ha aplicado las normas legales que regulan su actuación sin justificar las restricciones impuestas, y sin establecer un plazo de vigencia para la sanción establecida, lo cual resulta contrario al derecho a la motivación de las decisiones administrativas; y, en consecuencia, es asimismo lesivo de los derechos a la libertad de tránsito y a la unidad familiar.

Temas Claves: Derecho a la petición – derecho de motivación a las resoluciones judiciales – derecho a la libertad de tránsito y a la unidad familiar – derecho migratorio.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de febrero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Walter Chinchay Carbajal abogado de doña Bárbara Donnays Fernández Rosales, contra la resolución de fojas 104, de fecha 2 de setiembre de 2014, expedida por la Sexta Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de junio de 2014, don Walter Chinchay Carbajal interpone demanda de habeas corpus a favor de doña Bárbara Donnays Fernández Rosales, de nacionalidad cubana, y la dirige contra la Superintendencia Nacional de Migraciones y contra el Procurador Público del Ministerio del Interior. Solicita que se declare la nulidad de la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES, de fecha 4 de diciembre de 2013, y cuestiona la salida obligatoria y el impedimento de ingresar al territorio nacional. Alega la vulneración del derecho a la debida motivación de resoluciones, al principio de legalidad penal y al derecho de petición.

Al respecto, sostiene que la entidad demandada dispuso la salida obligatoria de la favorecida para el día 5 de junio de 2014, con impedimento de ingreso, lo cual significa que jamás podrá regresar al Perú y que tendrá que separarse de su esposo para siempre. Agrega que la resolución administrativa en cuestión hace referencia a un atestado policial, pero ni en la parte considerativa ni en la resolutiva se hace referencia al delito que habría cometido la favorecida ni al artículo correspondiente del Código Penal, máxime si la favorecida ha sido procesada por una falta administrativa.

Precisa también que se sancionó a la favorecida por una falta administrativa conforme a la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 703), a pesar de que en su Sexta Disposi-

ción Complementaria se dispone que, en el plazo de noventa días a partir de la promulgación de la Ley de de Extranjería, una comisión multisectorial formulará el proyecto del reglamento de la citada ley, el cual será aprobado por decreto supremo, pero han transcurrido más de veintidós años y no se ha promulgado dicho reglamento.

Señala también que la favorecida, al igual que un grupo de músicos cubanos, llegó legalmente al Perú con visa de trabajo, porque fueron contratados por un grupo de empresarios peruanos para realizar una serie de presentaciones musicales, los cuales se encargarían de regularizar todos sus trámites migratorios. Lamentablemente, y después de un tiempo, luego de haber efectuado varias presentaciones, un empresario no les pagó lo pactado en el contrato y la dejaron abandonada en el país. Por ello, no pudo renovar los permisos pertinentes, por lo que se convirtió en inmigrante ilegal. Ante esta situación, la favorecida y sus compañeros de trabajo, en el mes de noviembre de 2014, dejaron un escrito ante la Superintendencia Nacional de Migraciones, mediante el cual solicitaron acogerse a los alcances del Decreto Supremo 013-2012. Sin embargo, funcionarios de la mencionada institución se negaron a recepcionar el documento, por lo cual vulneraron su derecho de petición.

Chinchay Carbajal añade que también se estaría discriminando a la favorecida porque no se le ha permitido regularizar su situación migratoria como extranjera mediante el otorgamiento de una visa temporal o de residencia, hasta que consiga trabajo dentro del lapso de 180 días, conforme a lo previsto por la Ley 30103, y su reglamento establecido por Decreto Supremo 002-2014-IN; y que la entidad demandada no le ha otorgado otras facilidades.

La Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior, a fojas 74, se apersona a la instancia.

El Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de junio de 2014, declaró improcedente la demanda, porque la favorecida ingresó al Perú el 8 de mayo de 2013, con la calidad migratoria de artista, luego de lo cual realizó el trámite de la prórroga de permanencia hasta el 22 de junio de 2013. Sin embargo, al vencimiento de dicha prórroga se encontraba en situación de inmigrante ilegal, por lo que la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior le aplicó la sanción de la salida obligatoria del país, con lo cual quedó impedida de ingresar al territorio nacional conforme a la ley de extranjería, por lo que dicha sanción no resulta lesiva a sus derechos fundamentales. Más aún, ella ingresó al país por motivos laborales y para realizar actividades remunerativas; es decir, no con el ánimo de residir, con lo cual se desvirtúa la presunta violación al derecho a la unidad familiar. Asimismo, no se ha vulnerado su derecho de petición porque no ha demostrado con documento cierto que solicitó acogerse a los alcances del Decreto Supremo 013-2012.

La Sala superior revisora confirma la apelada por similares fundamentos.

En el recurso de agravio constitucional (fojas 111), la favorecida reitera los fundamentos de la demanda.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES, de fecha 4 de diciembre de 2013, la cual dispone la salida obligatoria de doña Bárbara Donnays Fernández Rosales y su impedimento de ingresar al territorio nacional luego de haberse aplicado a la favorecida la sanción de salida obligatoria del país. Alega la vulneración del derecho a la debida motivación de resoluciones, al principio de legalidad penal y al derecho de petición.

2. El abogado de la recurrente alega que se vulneró el derecho de petición de la favorecida, porque la Superintendencia Nacional de Migraciones se negó a recepcionar el documento presentado por la favorecida y otros en el mes de noviembre de 2014, mediante el cual solicitó acogerse a los alcances del Decreto Supremo 013-2012.

Consideraciones previas

3. El Tribunal Constitucional advierte que las instancias o grados precedentes rechazaron liminarmente la demanda, pese a que se cuestiona la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES, de fecha 4 de diciembre de 2013, que dispone la salida obligatoria de la favorecida y el impedimento de ingresar al territorio nacional, con lo cual se podría vulnerar el derecho de la favorecida en su condición de extranjera residente a ingresar, transitar o salir del territorio nacional. Por ende, el rechazo in limine aplicado no se basa en una manifiesta improcedencia de la demanda. En ese sentido, debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda. Sin embargo, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que en autos aparecen los elementos necesarios para ello, máxime si la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior se ha apersonado a la instancia en representación del referido ministerio y de la Superintendencia Nacional de Migraciones (fojas 74).

Derecho de petición

4. Este Tribunal Constitucional advierte que se cuestiona que la Superintendencia Nacional de Migraciones se negó a recepcionar el documento presentado por

la favorecida y otros en el mes de noviembre de 2014, mediante el cual solicitó acogerse a los alcances del Decreto Supremo 013-2012. Debido a ello, considera que se vulneró su derecho de petición.

5. Siendo el presente un proceso de hábeas corpus, lo primero que corresponde dilucidar es si corresponde analizar la alegada vulneración del derecho fundamental de petición en esta vía. Al respecto, como se sabe, el objeto protegido por el proceso de hábeas corpus es la libertad y seguridad personales (en su dimensión física o corpórea). Sin embargo, por mandato de la Constitución y del Código Procesal Constitucional, puede protegerse además los derechos constitucionales "conexos" a los antes mencionados.

6. De autos se tiene que, de una parte, no queda claro que el referido documento haya sido realmente presentado y rechazado conforme se alega en la demanda; y, por otra, que se trata, si fuera el caso, de un supuesto de "petición gracial" (cfr. STC Exp. n.º 01042-2002-AA 2.2.1.a) y, por ende, de un pedido que carecía de consideraciones vinculantes o determinantes para la autoridad. Esto último se aprecia claramente en la propia solicitud, en la cual se "hace de conocimiento" de la autoridad, básicamente, la "predisposición" y "compromiso" de un grupo de personas de cumplir con la ley de extranjería, y se "solicita[…] respetosamente" no emitir "pronunciamiento legal sobre los informes policiales que la División de extranjería remitió a su Administración".

7. Al no quedar claro que haya ocurrido lo alegado por la beneficiaria, y también en mérito a que lo solicitado, de ser el caso, no tendría incidencia directa en la situación migratoria de la recurrente, la demanda debe ser declarada improcedente en lo que corresponde a la vulneración del derecho de petición alegada. Ello en función a no haberse acreditado suficientemente la conexidad, conforme lo indicado en el fundamento jurídico 5, y en aplicación a contrario sensu de lo dispuesto en el artículo 25 del CPConst.

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la unidad familiar de la favorecida

8. Este Tribunal Constitucional, en diferentes sentencias y resoluciones, se ha pronunciado sobre el derecho fundamental a la unidad familiar. Conforme a este derecho, se busca promover, de diferentes modos y en diversos ámbitos, el que los integrantes de una familia, como primera alternativa frente a cualquier otra, permanezcan juntos. Y es que estamos ante el espacio considerado como el más próximo de seguridad y subsistencia, el cual contribuye directamente a la satisfacción de las necesidades afectivas, sociales y emocionales de sus miembros, así como al desarrollo de su personalidad y a su bienestar.

9. Ahora bien, en el caso concreto, de autos se verifica que, conforme se señala en la demanda, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia o grado emitida en el proceso de habeas corpus, y en el recurso de agravio constitucional (fojas 1, 53 y 111), la favorecida ingresó al Perú, procedente de Cuba, con visa de trabajo en fecha 8 de mayo de 2013, para realizar una serie de presentaciones artísticas, luego de lo cual permaneció en el país mediante la prórroga de su residencia, y hasta que esta venció, el 22 de junio de 2013. De ello derivó su situación migratoria ilegal, por lo que consideraba acogerse a los beneficios de la Ley 30103, "Ley que establece el procedimiento que regulariza la residencia de extranjeros en situación migratoria irregular", hasta que pudiera conseguir trabajo. Esta misma argumentación es la que aparece en el documento que, según la actora, quiso entregar a la autoridad migratoria (vide supra f. j. 4 y ss.)

10. Siendo así, de los actuados se verifica que la recurrente, en el marco del procedimiento administrativo seguido por autoridad de migraciones y de este proceso constitucional, no se ha referido particularmente, a efectos de discutir su situación migratoria o la medida que fue establecida por la autoridad competente, al derecho a la unidad familiar o la separación de su esposo de nacionalidad peruana (con quien habría contraído nupcias en diciembre de 2009, cfr. fojas 14), sino más bien a su deseo de realizar actividades como artista en el país, luego de acogerse a la Ley 30103. Asimismo, con el reporte de control migratorio, a fojas 68 del cuadernillo del Tribunal Constitucional, se verifica que la recurrente no se ha asentado en el país, sino que lo visitaba con cierta regularidad. Ello hasta que el año 2013 se determinó su supuesta situación migratoria ilegal. Allí la recurrente salió del país en cumplimiento de la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES.

11. Señalado todo ello, tenemos que la autoridad competente debió haber tenido en cuenta estas consideraciones al momento de resolver, máxime si con su decisión se vería restringido el derecho a la unidad familiar de la beneficiaria; esto, además, conforme a lo dispuesto en la STC Exp. n.º 02744-2015-PA, en la cual se señala que la Superintendencia Nacional de Migraciones debería aplicar "las normas referidas a sanciones migratorias, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, a fin de evitar vulneraciones a otros derechos o bienes de relevancia constitucional". Este estándar de justificación, ciertamente, debería encontrarse plasmado en la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES, y a partir de lo allí dispuesto es que corresponde evaluar si existió o no una injerencia irrazonable o desproporcionada en el derecho a la unidad familiar.

Derecho de la favorecida en su condición de extranjera a reingresar al territorio nacional

12. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 2, inciso 11, lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a:
>
> […] 11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

Asimismo, en el artículo 137 de la Constitución Política se prevé la restricción o suspensión (en rigor, la restricción del ejercicio de algunos elementos) del derecho a la libertad de tránsito en el supuesto de encontrarnos ante un estado de sitio o del estado de emergencia.

13. De otro lado, el artículo 25, inciso 6, del Código Procesal Constitucional, prevé lo siguiente:

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

> […] 6. derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.

14. En tal sentido, el derecho a la libertad de tránsito es un derecho fundamental que implica la facultad que tiene toda persona de poder desplazarse libremente con discrecionalidad por todo el territorio nacional, así como salir o ingresar del territorio nacional. Ahora bien, ciertamente se puede establecer restricciones a los derechos, y para el caso del derecho a la libertad de tránsito, las restricciones que prevé la Constitución son las siguientes: razones de sanidad, mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería y regímenes de excepción.

15. De otro lado, en el Expediente n.º 3482-2005-PHC/TC, este Tribunal Constitucional precisó que la protección del derecho a la libertad de tránsito que se busca a través del habeas corpus es la siguiente:

> "[…] reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo y por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país."

16. De la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES, de fecha 4 de diciembre de 2013 (fojas 12), se aprecia que se venció la prórroga de permanencia que se le otorgó a la favorecida hasta el 22 de junio de 2013, luego de que esta ingresara al país el 8 de mayo de 2013. Siendo así, se encontraba con una situación migratoria ilegal, en contravención con lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley de Extranjería aprobada por el Decreto Legislativo 703. Por ello se le aplicó la sanción de la salida obligatoria del país más el impedimento de ingresar al territorio nacional, hecho último que se materializó con su salida del territorio peruano.

17. Con respecto a lo ocurrido, es claro que la administración tiene competencias legales para poder resolver lo contenido en la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES. Sin embargo, además de las competencias legalmente establecidas, la constitucionalidad de la medida exige evaluar si se trata, además, de una decisión debidamente justificada. Así visto, debe tenerse presente que para evaluar si la restricción efectuada al derecho a la libertad de tránsito de la beneficiaria se ha materializado en una trasgresión del mismo, deberá analizarse las razones que justificaron dicha medida.

18. Además, debe tenerse en cuenta que la favorecida actualmente no se encuentra en el Perú, sino en Cuba, su país natal. No obstante ello, dado que aún se encuentra vigente la prohibición de su reingreso al Perú, este Tribunal Constitucional considera que no podría operar la sustracción de la materia por su salida del territorio nacional, y por ello resulta necesario emitir un pronunciamiento de fondo, el cual queda supeditado al análisis de la motivación de la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES.

Derecho a la motivación de las resoluciones administrativas

19. Conforme a lo explicado supra, en los fundamentos 11, 17 y 18, y a la luz de lo argumentado por la recurrente, es necesario evaluar la justificación contenida en la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES.

20. Conforme tiene señalado este Tribunal en abundante jurisprudencia, la justificación de medidas que puedan tener un impacto negativo en el contenido o el ejercicio de los derechos fundamentales deben contener una "motivación cualificada" (STC Exp. n.º 00728-2008-PHC, 7.f; STC Exp. n.º 03864-2014-AA, 27.f; RTC Exp. n.º 03536-2012-AA, f. j. 12 y 13, y RTC Exp. n.º 03536-2012-AA, f. j. 13). Ello significa que, en tales casos, como tiene indicado este órgano colegiado, la motivación "opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal".

21. Así considerado, es necesario analizar si la decisión que ha tomado la Superintendencia Nacional de Migraciones se encuentra debidamente justificada, en atención a que tendría una incidencia directa, concreta, negativa y sin justificación razonable en los derechos a la unidad familiar y a la libertad de tránsito.

22. Más propiamente, y con respecto a la unidad familiar, tenemos que la decisión tomada por la administración migratoria debió tomar en cuenta la existencia del matrimonio entre la recurrente y un ciudadano peruano. Ahora bien, ello en el contexto señalado supra, en los fundamentos jurídicos 9 y 10.

23. Asimismo, la decisión de sancionar a la recurrente con la salida obligatoria del país con impedimento de regreso, debió haber fijado un límite temporal, el cual debería quedar justificado en la Resolución de Superintendencia cuestionada. Ambos criterios aparecen esbozados, valga señalar, en la STC Exp. n.º 02744-2015-PA, que estableció un "estado de cosas inconstitucional", y que exhortó a la Administración a aplicar "las normas referidas a sanciones migratorias atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, a fin de evitar vulneraciones a otros derechos o bienes de relevancia constitucional" (punto resolutorio 4).

24. Señalado ello, verificamos que la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES tan solo ha aplicado las normas legales que regulan su actuación sin justificar las restricciones impuestas, y sin establecer un plazo de vigencia para la sanción establecida, lo cual resulta contrario al derecho a la motivación de las decisiones administrativas; y, en consecuencia, es asimismo lesivo de los derechos a la libertad de tránsito y a la unidad familiar.

25. Siendo ello así, corresponde declarar fundada la demanda, ordenándose a la Administración emitir un nuevo pronunciamiento debidamente fundamentado, sin que ello implique que, por la sola emisión de esta sentencia, la recurrente quede habilitada para reingresar al territorio nacional de manera automática. Al respecto, corresponderá a la autoridad migratoria recabar la información relacionada con el caso, o valorar adecuadamente la existente, para, sobre esa base, y de manera fundamentada, definir la situación migratoria de la recurrente o los alcances de una eventual sanción.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto al derecho de petición.

2. Declarar **FUNDADA** la demanda en cuanto al derecho de motivación de las resoluciones administrativas; y por ende, también respecto a los derechos a la libertad de tránsito y a la unidad familiar.
3. En consecuencia, se declara nula la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES, para que la autoridad migratoria emita una nueva resolución debidamente motivada.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

En el presente caso coincido con lo resuelto por la sentencia en mayoría por los fundamentos que allí se exponen. En ese sentido considero que corresponde declarar fundada en parte la demanda en cuanto al derecho a la motivación de las resoluciones administrativas, y por ende respecto a los derechos a la libertad de tránsito y a la unidad familiar; disponiéndose en consecuencia la nulidad de la Resolución de Superintendencia 0000343-2013-MIGRACIONES, para que la autoridad migratoria emita nueva resolución debidamente motivada. Asimismo, corresponde declarar improcedente la demanda en el extremo referido al derecho de petición.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lima, 17 de mayo de 2018.

Sentencia 861-2013-PHC/TC

Proceso de Hábeas Corpus interpuesto por Ghisela Rosario Quijandría Elías. El Tribunal declaró, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, fundada en parte la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a la pluralidad de instancia.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de agosto del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda motivada por la recurrente contra los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, por considerar que se ha vulnerado su derecho de defensa, a la pluralidad de instancia, al juez natural e imparcial y a ser juzgada dentro de un plazo razonable.

El Tribunal Constitucional señaló que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de 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.

Asimismo, el Tribunal estableció que el derecho a la pluralidad de instancia se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial"; esto quiere decir que "tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios, formulados dentro del plazo legal". Por lo que guarda una conexión con el derecho fundamental a la defensa, el que se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución. Por consiguiente, el Tribunal estima que la imposibilidad que se pueda recurrir o cuestionar el fallo condenatorio de la persona que ha sido absuelta en primera instancia vulnera el derecho a la pluralidad de instancias.

En efecto, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías implica que, en caso exista una sentencia condenatoria respecto del imputado, este pueda contar

con la posibilidad de que, al analizar su caso, el superior jerárquico pueda efectuar una nueva valoración de las mismas pruebas y los hechos ante su instancia. Esta valoración requiere la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Aquellas pruebas que requieran para su valoración la inmediación del Tribunal son las de carácter personal y deben reconducirse a las declaraciones de partes, testigos y peritos, sin que alcancen a la valoración de la prueba documental.

Por ello, el Tribunal Constitucional estimó que la casación no constituye un recurso eficaz que permita un análisis integral del fallo condenatorio de segunda instancia, sino que circunscribe su ámbito de competencia a una revisión de puro derecho de la sentencia recurrida. Ello afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, pues no permite que la Corte Suprema actúe como órgano superior de revisión de la primera sentencia condenatoria impuesta a Ghisela Quijandría Elías, en los mismos términos como actuó la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria (4 de julio del 2011), expedida por el Tercer Juzgado Unipersonal de Moquegua.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional advirtió que la formulación de la declaración de nulidad de la Resolución 9, de fecha 15 de noviembre del 2011, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, donde Ghisela Rosario Quijandría Elías sea absuelta del proceso penal en su contra, solo le corresponde al juez ordinario por lo que el Tribunal excedería sus funciones.

Es así que se tomó en cuenta la magnitud del agravio producido por la recurrente, ya que puede replicarse en casos posteriores, por lo que se estimó la demanda en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, corresponde al Congreso de la República habilitar un medio impugnatorio adecuado y eficaz que permita una revisión amplia e integral del fallo condenatorio del absuelto.

Temas Claves: Pluralidad de instancia— debido proceso.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión de Pleno del día 21 de noviembre de 2017. Se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Ghisela Rosario Quijandría Elías contra la resolución expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 487, Tomo II, de fecha 16 de enero del 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de diciembre del 2011, doña Ghisela Rosario Quijandría Elías interpone demanda de habeas corpus contra los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua. Alega la vulneración de sus derechos de defensa, a la pluralidad de instancia, al juez natural e imparcial, y a ser juzgada dentro de un plazo razonable. Solicita que se declare la nulidad de la sentencia recaída en la Resolución 9, de fecha 15 de noviembre de 2011, y ser absuelta de los cargos imputados.

La recurrente refiere que, en su condición de directora de Senasa Moquegua, se le inició proceso penal por el delito de peculado (Expediente 00269-8-2801-JR-PE-01), y por sentencia de fecha 27 de abril de 2010 fue absuelta de todos los cargos. Refiere que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, por resolución de fecha 13 de julio de 2010, declaró la nulidad de la precitada sentencia y dispuso la realización de un nuevo juicio oral. En el nuevo juicio llevado a cabo, por sentencia de fecha 16 de setiembre de 2010, fue absuelta de todos los cargos, pero la Sala superior, por Resolución de fecha 19 de enero de 2011, nuevamente dispuso la nulidad de la sentencia y ordenó la realización de nuevo juicio oral. Finalmente, sostiene que, en un tercer juicio, por resolución de fecha 4 de julio de 2011, nuevamente fue absuelta de todos los cargos, pero la Sala Superior emplazada, mediante Resolu-

ción 9 de fecha 15 de noviembre de 2011, la condenó a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por el plazo de dos años.

La demandante sostiene que las audiencias de apelación de fecha 8 y 15 de noviembre de 2011 se llevaron a cabo sin que ella o su abogado defensor estuvieran presentes, y tampoco se le nombró un abogado defensor de oficio, vulnerándose así su derecho de defensa. Señala también que se ha vulnerado su derecho al juez natural e imparcial porque los magistrados superiores De Amat Peralta y Laura Espinoza ya habían conocido anteriormente del proceso declarando la nulidad de la sentencia de primera instancia, por lo que, según aduce, existía una "fuerte carga psicológica" en los magistrados para condenarla, siendo que se la condenó por una modalidad diferente al delito que fue materia de la acusación fiscal y del que fue absuelta por sentencia de fecha 4 de julio de 2011. Además, la recurrente asevera que al haber sido absuelta y posteriormente condenada se vulnera su derecho a la pluralidad de instancias, porque ya no puede acudir a otra instancia para la revisión de la sentencia condenatoria. Considera que por todas estas vulneraciones debe declararse la nulidad de la sentencia condenatoria y ser absuelta.

El procurador público adjunto del Poder Judicial, al contestar la demanda, señala que la sentencia condenatoria cuestionada se encuentra conforme a ley y que en su emisión se han respetado las garantías del debido proceso.

A fojas 183, 184 y 257 obran las declaraciones de los magistrados superiores en las que sostienen que las resoluciones emitidas en el proceso penal contra la recurrente no han vulnerado el debido proceso y que la sentencia cuestionada no se encuentra firme, puesto que contra esta no se interpuso recurso de casación, el cual, conforme al artículo 429, incisos 1 y 2, del Nuevo Código Procesal Penal, procede por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y por inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad; o por la causal excepcional establecida en el artículo 427, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial por parte de la Corte Suprema. Aducen que en el nuevo proceso rige el principio dispositivo donde las partes deciden si van o no a la audiencia y que la recurrente pretende la nulidad de la sentencia basada en hechos propios, como no haber interpuesto casación ni haber asistido a la primera audiencia de apelación, puesto que sí asistió a la segunda audiencia junto con su abogado defensor. Alegan los magistrados que la supuesta "carga psicológica" ya fue tratada al interior del proceso penal y resuelta al denegarse la inhibición planteada por la recurrente; el magistrado Salinas Mendoza precisa que él solo suscribió la sentencia condenatoria, anteriormente no había conocido del proceso.

El Segundo Juzgado Unipersonal de Arequipa, con fecha 6 de diciembre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que se vulneró el derecho de defensa de la

recurrente en la audiencia de fecha 8 de noviembre de 2011, pues en dicha audiencia no participaron ni ella ni su abogado defensor; por lo que, al declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, dispuso la realización de nueva audiencia de apelación.

A su turno, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa revocó la apelada declarándola improcedente por considerar que la sentencia de fecha 15 de noviembre del 2011 no se encontraba firme, pues, si bien para interponer el recurso de casación se requiere que el delito tenga una penalidad mayor a seis años y el delito de peculado por el cual fue condenada la recurrente tiene una penalidad mínima de dos años, pudo interponer el recurso de casación excepcional conforme al artículo 427, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal, que procede cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, considere necesario admitir tal recurso para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

En el recurso de agravio la recurrente reitera los fundamentos de su demanda y señala que en la Casación 04-2007-HUARA, de fecha 14 de agosto del 2007, se estableció que para que proceda el recurso excepcional de casación, el delito debe tener una pena mínima mayor de seis años, lo que no sucedía en su caso.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La recurrente solicita se declare la nulidad de la sentencia, Resolución 09, de fecha 15 de noviembre de 2011, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, por la que fue condenada a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por el plazo de dos años, por el delito de peculado; y, en consecuencia, ser absuelta del proceso penal. Alega la vulneración de sus derechos de defensa, a la pluralidad de instancia, a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al juez natural e imparcial, y a ser juzgada en un plazo razonable.

Consideraciones previas

2. De acuerdo con la información recibida mediante Oficio 0099-2014-1ºJI-PMN-CSJMO-PJ, por Resolución 009 (a fojas 37 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), de fecha 23 de enero de 2014, se resolvió rehabilitar a doña Ghisela Rosario Quijandría Elías; es decir, a la fecha la sentencia cuestionada ya ha sido cumplida por lo que ya no tiene incidencia negativa en el derecho a la libertad personal de la recurrente y, por lo tanto, se habría producido la sustracción de la materia en el presente caso.

3. Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional: "[…] Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por

decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión […]". Al respecto, el Tribunal advierte que, si bien en el caso particular de la recurrente ha operado la sustracción de la materia, resulta necesario emitir un pronunciamiento de fondo respecto a uno de los temas cuestionados en la demanda, esto es, la vulneración del derecho a la pluralidad de la instancia en el supuesto que se permite a la Sala Superior emitir sentencia condenatoria aún cuando la sentencia de primera instancia haya sido absolutoria conforme a las disposiciones del Nuevo Código Procesal Penal.

4. La necesidad de emitir un pronunciamiento respecto de este extremo de la demanda radica en el considerable impacto que la decisión del Tribunal pueda generar en el esquema de los procesos penales en el Perú, más aun cuando, pese a los pronunciamientos que sobre esta materia ha emitido la Corte Suprema de Justicia de la República, no se han implementado las modificaciones necesarias para hacer compatible la legislación procesal penal con los mandatos que provienen tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

790 **Sobre la afectación del derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139, inciso 6, de la Constitución)**

Argumentos de la demandante

5. La parte demandante alega que la Sala Superior, en el presente proceso de habeas corpus, debió declarar la nulidad del proceso penal, pues, al haber sido condenada sin posibilidad de recurrir tal resolución, se vulneró su derecho a la pluralidad de instancia.

Argumentos del demandando

6. La parte demandada alega que el artículo 425, inciso 3, literal "b", del Nuevo Código Procesal Penal permite emitir sentencia condenatoria aún cuando la sentencia de primera instancia haya sido absolutoria y, además, sostiene que la recurrente pudo presentar recurso de casación contra la sentencia de la Sala Superior.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

7. El Tribunal ha precisado supra (fundamento 2) que en este caso ha operado la sustracción de la materia. Sin embargo, también ha considerado, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que es necesario emitir un pronunciamiento de fondo sobre los aspectos relativos a la posibilidad de impugnar un fallo que, en segunda instancia, condena al imputado que fuera absuelto

en primera instancia, que es lo que la doctrina procesal penal ha denominado "condena del absuelto". Sobre este aspecto, que, según la recurrente, incide en el derecho a la pluralidad de instancias, se ceñirá el presente pronunciamiento.

a) El derecho a recurrir el fallo y "la condena del absuelto"

8. El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Expedientes 1243-2008-PHC/TC, 5019-2009-PHC/TC, 2596-2010-PA/TC).

9. Respecto al contenido del derecho a la pluralidad de instancia, este Tribunal estableció, en el Expediente 4235-2010-PHC/TC, que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial, tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Expedientes 3261-2005-PA/TC, 5108-2008-PA/TC,5415-2008-PA/TC). Por ello, el derecho a la pluralidad de instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, el que se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución. No obstante, cabe resaltar que este derecho no implica que el justiciable pueda recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso de manera indefinida (Expediente 1243-2008-PHC/TC, fundamento 3).

10. En el ámbito interamericano, el artículo 8, inciso 2, literal "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de la Convención Americana:

> (…) debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. 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 de recurrir del 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 de 2 de julio de 2004, párrafo 161].

11. El Tribunal advierte que, tanto la Constitución Política del Perú (artículo 139.6) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h) reconocen el derecho de "recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior". Este derecho, según se desprende de la redacción de ambos documentos, pertenece a toda persona inculpada de cometer un delito. En ese sentido, y debido a que nos encontramos en el escenario de una persona que cuenta con sentencia condenatoria expedida por un juez, se podrían otorgar dos interpretaciones a estas cláusulas: i) que el derecho a recurrir el fallo es una facultad que se otorga al inculpado, y que se agota con el solo hecho que su caso haya sido examinado, al menos, por dos instancias (independientemente de si en una de ellas fue absuelto); y, una segunda interpretación, según la cual ii) el derecho a recurrir el fallo no solo se agota con la posibilidad que el caso sea conocido por, al menos, dos instancias; sino de que su propósito radica en que la persona que ha sido condenada por la comisión de un delito cuente con la posibilidad de cuestionar esa decisión ante un tribunal superior jerárquico.

12. Evidentemente, tanto la Constitución como la Convención Americana se refieren, en este punto, al segundo sentido interpretativo. En efecto, carecería de contenido la cláusula constitucional de la "instancia plural" si es que la principal persona involucrada en el proceso penal, que es el imputado, no contara con la posibilidad real y efectiva de cuestionar las razones de su condena. De hecho, esta forma de entender el derecho de recurrir el fallo es aun más evidente cuando se analiza el artículo 14, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De conformidad con esta disposición, "[t]oda 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".

13. Se aprecia, de esta disposición internacional, que el propósito del derecho de recurrir el fallo, que radica en la revisión del caso por parte de una instancia superior, obtiene una especial razón de ser cuando se trata de fallos condenatorios. En efecto, esta cláusula, que es acorde con el segundo sentido interpretativo al que se hizo referencia supra (fundamento 11), es enfática al precisar que este derecho se relaciona particularmente con una persona "declarada culpable de un delito". Este también ha sido el parecer de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, organismo internacional que ha seguido los criterios desarrollados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los casos M. Sineiro Fernández c. España (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrafos. 7 y 8; y Gómez Vásquez c. España (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1m. Así, la Corte ha indicado 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 pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. [Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 166].

En efecto, en el supuesto de la condena del absuelto, la Corte asume 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 respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado".

Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena [cfr. Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párrafo 92]. Este recurso debe posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria [cfr. Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina, párrafo 100].

14. Ahora bien, se podría argumentar que, en el proceso penal peruano, existe la posibilidad que el imputado pueda cuestionar la sentencia condenatoria de segunda instancia a través del recurso de casación penal. Sobre ello, este Tribunal considera que, si bien existe la posibilidad que se interponga este recurso, en la práctica sería inoficioso. Y ello es así no solo porque se trata de un recurso extraordinario -y que, por lo demás, solo es admisible en los supuestos que establece la normatividad procesal penal-, sino también porque no es mecanismo que permita un reexamen de los hechos o las pruebas que sustentaron la condena, aspecto que es crucial en la lógica del derecho a la instancia plural. De hecho, la importancia respecto de la posibilidad de que los órganos superiores jerárquicos puedan analizar los hechos y los pruebas de manera directa también ha sido resaltada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano que precisó que

> [...] cuando una instancia de apelación es llamada a conocer de un asunto de hecho y de derecho y a estudiar en conjunto la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que sostiene que no ha cometido el acto, considerado como una infracción penal (Dondarini c. San Marino, no 50545/99, 6 de julio de 2004, § 27, Ekbatani c. Suecia, 26 de mayo de 1988, § 32, serie A no 134, y Constantinescu c. Rumania, 27 de junio de 2000, § 55) [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso García Hernández vs. España. Sentencia de 16 de noviembre de 2010, párr. 25].

15. En efecto, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías implica que, en caso exista una sentencia condenatoria respecto del imputado, este pueda contar con la posibilidad de que, al analizar su caso, el superior jerárquico pueda efectuar una nueva valoración de las mismas pruebas y los hechos ante su instancia. Esta valoración requiere la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Aquellas pruebas que requieran para su valoración la inmediación del Tribunal son las de carácter personal y deben reconducirse a las declaraciones de partes, testigos y peritos, sin que alcancen a la valoración de la prueba documental [Gimeno Sendra, V., (2007). El derecho a un proceso con todas las garantías: el principio acusatorio y el derecho a la inmediación del Tribunal ad quem en la valoración de la prueba de carácter personal, dentro del libro "Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", de Vicente Gimeno Sendra, Antonio Torres del Moral, Pablo Morenilla Allard, Manuel Díaz Martínez, editorial Colex, págs. 477-478].

b) Examen de la normatividad procesal penal concerniente a "la condena del absuelto"

16. En el caso de autos, el Tribunal Constitucional considera que permitir que una sentencia de segundo grado pueda condenar a la persona absuelta en primera instancia, conforme al artículo 425, inciso 3, literal "b" del Nuevo Código Procesal Penal, y de otro lado no se habilite un medio impugnatorio eficaz que permita que una instancia distinta pueda efectuar una revisión plena e integral de la corrección de dicha sentencia condenatoria, donde se analicen los hechos, las pruebas u otras cuestiones jurídicas, contraviene el derecho a la pluralidad de instancia.

17. Si bien los emplazados indican que la recurrente pudo interponer el recurso de casación conforme al artículo 429, incisos 1 y 2, del Nuevo Código Procesal Penal, el cual permite alegar la inobservancia de las garantías constitucionales

de carácter procesal o material y la inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad, o por la causal excepcional establecida en el artículo 427, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal; debe tenerse presente que, en nuestro ordenamiento jurídico, la casación se configura como un recurso extraordinario que habilita una revisión limitada de la resolución judicial recurrida. Ello se advierte del propio tratamiento normativo que otorga el Nuevo Código Procesal Penal a dicho recurso, pues, entre otros requisitos, exige lo siguiente para su procedencia (artículo 427)

- En el caso de sentencias condenatorias de segundo grado, que "el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años" (artículo 427, inciso 2, literal b);
- En casos distintos de los expresamente previstos, "cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial" (artículo 427, inciso 4).

Asimismo, establece como únicas causales del recurso, el que la sentencia recurrida (artículo 429):

- Haya sido expedida con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías" (artículo 429, inciso 1);
- Incurra o derive de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad (artículo 429, inciso 2);
- Importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación (artículo 429, inciso 3);
- Haya sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor (artículo 429, inciso 4);
- Se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional (artículo 429, inciso 5).

18. En consecuencia, no toda sentencia condenatoria expedida en segunda instancia y a la cual le preceda una sentencia absolutoria de primer grado puede ser objeto de revisión a través del recurso de casación, sino solo aquellas que se subsuman en los supuestos previstos en el artículo 427 del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, este recurso no habilita una revisión plena de las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas que conciernan al caso, sino que pretende circunscribirse

a un análisis de puro derecho (respecto a la inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o la indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal, entre otros supuestos). Se requiere, en este orden de ideas, un mecanismo que habilite la posibilidad de una revisión integral del fallo.

19. Así las cosas, el Tribunal Constitucional estima que la casación no constituye un recurso eficaz que permita un análisis integral del fallo condenatorio de segunda instancia, sino que, por el contrario, circunscribe su ámbito de competencia a una revisión de puro derecho de la sentencia recurrida. Ello afecta ciertamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, pues no permite que la Corte Suprema actúe como órgano superior de revisión de la primera sentencia condenatoria impuesta a doña Ghisela Rosario Quijandría Elías (fecha 15 de noviembre del 2011, fojas 378) en los mismos términos como actuó la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria de fecha 4 de julio del 2011, expedida por el Tercer Juzgado Unipersonal de Moquegua (fojas 193). Por lo demás, esta circunstancia también ha sido advertida por la propia Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 194-2014-Ancash (fundamento 4.9).

Efectos de la sentencia

20. Si bien el petitorio de la demanda consiste en que se declare la nulidad de la Resolución 9, de fecha 15 de noviembre del 2011, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua y que doña Ghisela Rosario Quijandría Elías sea absuelta del proceso penal en su contra, cabe advertir que la absolución de cualquier persona solo corresponde al juez ordinario por lo que este Tribunal excedería sus funciones con un pronunciamiento en ese sentido y, conforme a lo señalado en las consideraciones previas ut supra, a la fecha la sentencia condenatoria ya ha sido cumplida y, en consecuencia, la alegada vulneración se torna irreparable.

21. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta la magnitud del agravio producido a la recurrente, situación que bien puede replicarse en casos posteriores, por lo que se hace necesario estimar la presente demanda en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, corresponde al Congreso de la República habilitar un medio impugnatorio adecuado y eficaz que permita una revisión amplia e integral del fallo condenatorio del absuelto.

22. Al respecto, el Tribunal advierte que no es la primera vez en que se ha cuestionado la inconstitucionalidad de la imposibilidad del imputado absuelto de impugnar un fallo condenatorio en segunda instancia. De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la República, ha indicado en numerosas oportunidades que es recomendable efectuar las reformas que sean necesarias para evitar esta clase de escenarios en el desarrollo del proceso penal. Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Nro. 194-2014-Ancash, ha ordenado a las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales del país que apliquen el nuevo Código Procesal Penal a "ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante" lo concerniente a la figura de la condena del absuelto. También se advirtió en esta casación que se habían propuesto, en la casación Nro. 385-2013-San Martín, dos alternativas: i) habilitar las salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia; y ii) habilitar un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto. En aquella oportunidad, la Sala Penal Permanente advirtió que "a la fecha de la presente sentencia, ninguna de las soluciones propuestas antes expuestas ha sido realizada". Es, en ese sentido, necesario que se implementen las reformas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en esta sentencia y que se condicen, por lo demás, con los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia.

23. Por lo expuesto, este Tribunal estima que la imposibilidad que se pueda recurrir o cuestionar el fallo condenatorio de la persona que ha sido absuelta en primera instancia vulnera el derecho a la pluralidad de instancias.

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

HA RESUELTO

Declarar, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, FUNDADA en parte la demanda, en lo que se refiere a la afectación del derecho a la pluralidad de instancia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido con los fundamentos y el fallo emitidos en este proceso, no así con los fundamentos 21 y 22, en tanto refieren que

> 21. (...) Corresponde al Congreso de la República habilitar un medio impugnatorio adecuado y eficaz que permita una revisión amplia e integral del fallo condenatorio del absuelto.
>
> 22. (...) En ese sentido, [es] necesario que se implemente las reformas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en esta sentencia y que se condicen, por lo demás, con los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia.

Evidenciada la afectación de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional debe ordenar su cese. No le corresponde ordenar cómo debe regularse determinada materia, más aún, cuando en casos como el de autos, ha operado la sustracción de la materia, pues se declara fundada en parte la demanda, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Finalmente, considero que debe declararse improcedente la pretensión para que la demandante sea absuelta en sede constitucional. en aplicación del artículo 5 inciso 1 del citado código, pues la determinación de la responsabilidad penal es una competencia del juez penal.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 01006-2016-PHC/TC

Proceso de Hábeas Corpus promovido por Jorge Washington Vásquez Pérez y otros. El Tribunal declaró fundada la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 02 de febrero del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, por la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Asimismo, declaró improcedente por haber operado la sustracción de la materia. Por último declaró nula la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba y ordena que la referida Sala emita y notifique la correspondiente sentencia.

El Tribunal precisó que el plazo para el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto debe determinarse de manera objetiva y razonable por el juez constitucional en atención a las circunstancias concretas de cada caso, sobre todo teniendo en cuenta el estado actual del proceso, por cuanto la fijación del mismo puede resultar un imposible en algunos casos y/o puede constituir un exceso en otros. Y se tiene que seguir tres criterios: a) Complejidad del asunto b) La actividad o conducta procesal del interesado c) La conducta de las autoridades judiciales.

Por lo que el Tribunal concluyó que las autoridades jurisdiccionales a cargo del proceso penal seguido contra los beneficiarios por la presunta comisión de los delitos de falsificación de documentos y falsedad genérica, no actuaron con la debida diligencia y celeridad a fin de resolver en un plazo razonable su situación jurídica; por dicha razón, dice, se ha incurrido en una violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como derecho implícito del debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Por lo tanto, se incurrió en la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Por consiguiente, este Tribunal declara improcedente la demanda en el extremo referido a la nulidad de la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, de fecha 9 de junio de 2015, por haber operado la sustracción de la materia.

A ello, declaró nula la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, fecha 21 de junio de 2017, así como todo acto posterior que esté destinado a su ejecución. Asimismo, ordenó la referida Sala que, en el plazo máximo de quince días naturales, contados a partir de la notificación del presente fallo, emita una nueva sentencia que defina la situación jurídica de Jorge Washington Vásquez Pérez y los demás co-procesados representados en esta demanda, no pudiendo para tal efecto recurrir nuevamente a la declaratoria de nulidad de la sentencia apelada.

Por último, el TC dice que la presente sentencia deberá ser puesta en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para que inicien las investigaciones pertinentes a los jueces que vulneraron el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en el presente caso.

Temas Claves: Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable — debido proceso — derecho a la libertad personal.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, 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, y el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Olga Cristina Del Rocío Gavancho León, a favor de don Jorge Washington Vásquez Pérez y otros, contra la resolución de fojas 1001, de fecha 29 de setiembre de 2015, expedida por la Sala Penal de Apelaciones, en Adición de Funciones Sala Penal Liquidadora de Chachapoyas, de la Corte Superior de Justicia de Amazonas que declaró infundada la demanda de hábeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de junio de 2015, Jorge Washington Vásquez Pérez interpone demanda de hábeas corpus a su favor y de siete co-procesados en contra de los jueces de la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín Fernando Zubiate, Mario Cuentas y María Román. Alega la vulneración de su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en el proceso penal que se le sigue a él y a los otros beneficiarios por la presunta comisión de los delitos de falsificación de documentos y falsedad ideológica en agravio de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos –Sunarp– y de don Albino Laban Chinchay (Exp. 727-2011-10).

Sostiene que el referido proceso penal iniciado en abril de 2011 viene siendo dilatado indebidamente tanto por el denunciante, Albino Laban Chinchay, como por los jueces demandados toda vez que, a pesar de haber vencido el plazo de investigación en forma reiterada, y haber sido absuelto hasta en dos oportunidades tanto el demandante como las personas representadas, la Sala Penal ha anulado los actuados ordenando que se inicie un nuevo juicio oral a cargo de un juez penal distinto, sin motivo alguno a fin que se les continúe investigando.

Al respecto, señala que mediante Resolución 35 emitida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba, de fecha 10 de junio de 2013, él y Luis Alfonso Saavedra Navarro fueron absueltos de la presunta comisión del delito de falsificación de documentos; mientras que Samuel Córdova López, Ángel Agurto García Castillo, Nancy Cruz Casique, Segundo Francisco Córdova López, María Jesús Ramírez Córdova y Gilberto Torres Rengifo fueron absueltos de la presunta comisión del delito de falsedad ideológica. Sin embargo, mediante Resolución 43, de fecha 6 de setiembre de 2013, la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró nula la sentencia emitida por el referido juzgado, disponiendo que se lleve a cabo un nuevo juicio oral con arreglo a los considerandos de dicha resolución.

En consecuencia, mediante Resolución 56, de fecha 30 de enero de 2014, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba absolvió al demandante y a los co-procesados por considerar, entre otras cosas, que no se encontraba probado que el demandante y el co-procesado Vásquez Pérez hubieran adulterado la documentación o que insertaron declaraciones falsas en la minuta de compra-venta de fecha 24 de febrero de 2007. Ante esta resolución, el Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Moyobamba, interpone recurso de apelación (fojas 761). Con fecha 9 de junio de 2015, la Sala de Apelaciones de Moyobamba, mediante Resolución N 72, declara nula la sentencia absolutoria, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral.

Con fecha 24 de agosto de 2015, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chachapoyas declara infundada la demanda de habeas corpus por considerar que la Sala actúo dentro de sus facultades legales al pronunciar las nulidades de la sentencias absolutorias, expresando las razones por las cuáles así lo decidió.

A su turno, la Sala Penal de Apelaciones, en Adición de Funciones Sala Penal Liquidadora de Chachapoyas, con fecha 19 de setiembre de 2015, confirma la apelada, y exhorta a los jueces superiores demandados a emitir sentencia definitiva que decida la situación jurídica del demandante y los beneficiarios (fojas 1012).

El demandante señala que el proceso no ha sido calificado como complejo y que las dilaciones son atribuibles única y exclusivamente a la Sala emplazada. Además, sostiene que la actuación de los jueces integrantes de la Sala no sólo atenta contra el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sino que, también es una conducta contraria a lo dispuesto por la Resolución Administrativa Nº 002-2014-CE-PJ, de fecha 4 de enero de 2014, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial que dispone, como regla general, que los órganos jurisdiccionales encargados de resolver el medio impugnatorio que encuentren vicios en la motivación de las sentencias apeladas, deberán revocar y resolver el fondo del asunto jurídico, reservando sólo para situaciones excepcionales su anulación (fojas 8).

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda pretende que se ordene: i) al Poder Judicial que, a través del órgano jurisdiccional correspondiente, emita sentencia definitiva que resuelva la situación jurídica del demandante Jorge Washington Vásquez Pérez y los otros siete procesados en el proceso penal que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de falsificación de documentos y falsedad ideológica (Exp. 0727-2011-10); ii) que los respectivos órganos jurisdiccionales se abstengan de la emisión de actos dilatorios en el proceso penal; así como iii) la nulidad de la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, de fecha 9 de junio de 2015, que por segunda vez declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia que absolvió al recurrente. Se alega la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

§2. Consideraciones previas

2. Mediante Oficio 6537-2016-(Exp. 0727-2011-10)-3ºJ.P.U./M., de fecha 6 de setiembre de 2016 obrante a fojas 6 del cuadernillo del Tribunal Constitucional, presentado por Manuel Ricardo Sotelo Jiménez, juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba, se da cuenta a este Tribunal del estado actual del proceso seguido contra el demandante y los demás beneficiarios. Del oficio presentado, se advierte que el referido proceso se encuentra actualmente de nuevo en etapa de juicio oral a cargo del referido juzgado. Asimismo, el referido escrito señala que ninguno de los procesados, ahora demandantes, han incurrido en acciones dilatorias y que no existe medida restrictiva de libertad alguna contra los mismos.

3. Con fecha 31 de marzo de 2017, el recurrente pone en conocimiento de este Tribunal que mediante Resolución 106 del 19 de octubre de 2016, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba ha cumplido con expedir la tercera sentencia de primera instancia correspondiente a su caso. En esta resolución, el referido juzgado condenó al recurrente como autor del delito contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por dos años. Asimismo, se condenó a su co-procesado Luis Alfonso Saavedra Navarro por la comisión del mismo delito a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por un año.

4. Posteriormente, mediante escrito de fecha 27 de junio de 2017, presentado ante este Tribunal, el recurrente informó que la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, mediante sentencia de 21 de junio de 2017, declaró la nulidad de la resolución de fecha 19 de octubre de 2016 y nulo el juicio oral desarrollado por el juzgado que expidió dicha resolución. En consecuencia, se remitió el expediente al juez llamado por ley y se recomendó que éste dilucide la controversia en el mínimo de audiencias necesarias.

5. Al respecto, este Tribunal advierte que, a pesar de haberse expedido sentencia en segunda instancia, en el presente caso corresponde analizar la alegada vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable puesto que, como se señaló supra, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba ha declarado por tercera vez nula la sentencia de fecha 19 de octubre de 2016, sin resolver el fondo del asunto, ordenando nuevamente que sea el juzgado quien resuelva el proceso penal seguido contra el actor y sus co-procesados.

§3. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

§3.1. Argumentos de la parte demandante

6. La parte demandante, en su recurso de agravio constitucional, sostiene que la sentencia de vista al estar indebidamente motivada vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Alega que las constantes anulaciones de las sentencias absolutorias ocasionan una excesiva prolongación del proceso penal y que ello ha traído como consecuencia que desde abril de 2011 hasta la fecha no se haya dictado sentencia de primera instancia que dilucide la situación jurídica del demandante y los beneficiarios.

806

7. Al respecto, es necesario precisar que dicha situación persiste en la actualidad puesto que, como se desprende de la sentencia de 21 de junio de 2017, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, el expediente del proceso penal ha sido devuelto por tercera vez al juzgado para su resolución.

§3.2. Argumentos de la parte demandada

8. La parte demandada, en su escrito de contestación alega que los jueces emplazados no han vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del demandante y los co-procesados. Sostiene que el proceso reviste complejidad por tratarse de dos delitos, además de la pluralidad de procesados y la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Asimismo, alega que si bien existiría cierta dilación en el proceso, ésta no es indebida pues debe tenerse presente que en el proceso penal subyacente el agraviado es el Estado.

§3.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

9. El derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución [STC 02141-2012-PHC/TC fundamento 3, 3509-2009-PHC/TC fundamento 19]. El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones

procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes [STC 03776-2012-HC/TC fundamento 7]. Si bien el plazo razonable se entiende comúnmente como una garantía ante las dilaciones indebidas, también garantiza que las controversias no sean resueltas en plazos excesivamente breves que tornen ilusorias las etapas procesales y el derecho de defensa de las partes.

10. Este derecho se encuentra expresamente reconocido en el artículo 3, literal c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 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 procedimiento o proceso ya sea este de carácter penal, civil, laboral, administrativo, corporativo, etc.

11. Para la determinación de eventuales violaciones del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, este Tribunal ha establecido que son tres los criterios que deben ser tomados en cuenta para tal fin:

    i) la complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil [STC 04144-2011-PHC/TC fundamento 13 y STC 00295-2012-PHC/TC fundamento 4];

    ii) la actividad o conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demos-

trar la conducta obstruccionista del interesado; [STC 00929-2012-PHC/TC] y,

iii) la conducta de las autoridades judiciales donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral; la admisión y/o la actuación de una prueba manifiestamente impertinente; la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional de segundo grado respecto de las decisiones del órgano jurisdiccional de primer grado, etc., vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias; la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo [STC N.º 03360-2011-PA/TC, fundamento 7].

Estos criterios permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no, y han de ser analizadas caso por caso: es decir, según las circunstancias de cada caso concreto [STC N.º 00295-2012-PHC/TC fundamento 4].

12. Asimismo, este Tribunal ha establecido, a modo de doctrina jurisprudencial, en los fundamentos 6 y 7 de la STC 00295-2012-PHC/TC los criterios para determinar el inicio y el final del cómputo del plazo razonable. Al respecto, ha precisado sobre el término inicial para el computo del plazo que:

> "[E]l cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, el 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. Ahora bien, conviene precisar que el momento inicial puede coincidir con la detención policial o con otra medida restrictiva de derechos, pero que tal supuesto no constituye requisito indispensable para habilitar el inicio del cómputo del plazo, pues es claro que aquél momento comienza con la indicación oficial del Estado a una persona corno sujeto de una persecución penal."

Y sobre el término final que:

> "[S]e debe efectuar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla contra la persona –análisis global del proceso– hasta que se dic-

> te sentencia definitiva y firme que resuelva su situación jurídica, incluyendo los recursos previstos en la ley y que pudieran eventualmente presentarse."

13. De igual manera, en el fundamento 11 de la referida sentencia ha precisado cuales son las consecuencias de la constatación de una vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en los siguientes términos:

> "[Q]ue, en el caso de un proceso penal, no puede establecerse por ejemplo, la exclusión del procesado, el sobreseimiento del proceso o e1 archivo definitivo del proceso penal como si fuera equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario; sino que, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, el órgano jurisdiccional debe emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible, declarando la inocencia o responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso penal (…)."

14. De esta manera, teniendo en cuenta que la valoración de estos aspectos debe hacerse de manera particular en cada caso concreto, el Tribunal analizará si en el presente caso existe o no una vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

§4. Análisis del caso concreto

15. En virtud de los criterios jurisprudenciales desarrollados por este Tribunal, en el presente caso se tomará en cuenta –para la definición del marco temporal para efectos del cómputo del plazo razonable–, como término inicial el mes de abril de 2011, fecha en que tanto la parte recurrente (fojas 7) como la parte demandada (fojas 103) señalan que se inició el proceso en cuestión. Respecto del término final, este Tribunal advierte, en virtud del Oficio 6537-2016-(Exp. 0727-2011-10)-3ºJ.P.U./M., así como de los escritos presentados por el recurrente con fechas 31 de marzo y 27 de junio de 2017, que a la fecha de emisión de la presente sentencia, el proceso penal sigue pendiente de resolverse y emitirse sentencia en primera instancia, desde hace más de cinco años.

16. En consecuencia, al haber determinado el marco temporal, este Tribunal llevará a cabo un análisis de los tres criterios para la determinación del plazo razonable anteriormente señalados: a) complejidad del asunto; b) la actividad o conducta procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales.

§4.1. Complejidad del asunto

17. En cuanto a la complejidad del asunto, este Tribunal advierte, en primer lugar, que en lo que concierne a la naturaleza y gravedad del delito, este no ha sido

declarado complejo. En cuanto a los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria para su esclarecimiento, tampoco se evidencia una especial dificultad en tanto se puede advertir que el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dispuso en menos de una semana el enjuiciamiento de los imputados dictando medida de comparecencia simple (fojas 322 a 327).

18. Por otro lado, si bien el Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial ha señalado que se trataría de un asunto complejo debido a la pluralidad de agentes –en calidad de autor y cómplices– (fojas 107), este Tribunal observa que, en el caso concreto, las ocho personas procesadas están plenamente identificadas y que mientras dos de ellos fueron sindicados del delito de falsificación de documentos, los otros seis fueron vinculados con el delito de falsedad ideológica.

§4.2. Actividad o conducta procesal del interesado

19. En cuanto a la actividad o conducta procesal de los interesados, no se advierte que los procesados hayan incurrido en algún tipo de acción que haya provocado la dilación del proceso. En efecto, se advierte que, en el desarrollo del primer juicio oral –que se llevó a cabo del 26 de abril al 10 de junio de 2013–, durante las siete audiencias programadas los procesados asistieron y, solo en una oportunidad, la audiencia fue reprogramada por cuestiones imputables a los actores (fojas 420).

20. De igual forma, luego de la nulidad de la primera sentencia absolutoria, al llevarse a cabo las audiencias del nuevo juicio oral, durante la segunda audiencia programada, seis de los procesados no acudieron pero la jueza sostuvo que ello no afectaba el desarrollo de la etapa oral del juicio en tanto los mismos ya habían declarado y sus abogados se encontraban presentes (fojas 712). Asimismo, la única reprogramación en esta etapa se debió a un hecho imputable al Ministerio Público (fojas 719 a 721).

21. Ahora bien, en cuanto a la cuestión prejudicial y excepción de improcedencia de acción presentada por el demandante, que fue resuelta el 11 de abril de 2012 (fojas 302 a 306), y la apelación contra la Resolución 23, de fecha 2 de febrero de 2013, que declaró no ha lugar al sobreseimiento solicitado, este Tribunal advierte que no se tratan de recursos obstruccionistas destinados de antemano a la desestimación, sino que, son mecanismos defensa técnica ejercidos en el marco del proceso penal.

§4.3. La conducta de las autoridades judiciales

22. Este Tribunal advierte que, en el presente caso, la conducta de las autoridades judiciales ha tenido incidencia sobre la dilación del proceso por las siguientes consideraciones:

i) Con fecha 6 de setiembre de 2013, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, declara la nulidad de la primera sentencia absolutoria expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba con fecha 10 de junio de 2013. Ello tras considerar que la sentencia absolutoria de primera instancia estaba insuficientemente motivada, por lo que se dispuso la realización de un nuevo juicio oral, no resolviendo el fondo de la causa.

ii) Durante la realización del nuevo juicio oral, el Ministerio Público solicitó la reprogramación de la audiencia de fecha 13 de noviembre de 2013 debido al abocamiento del nuevo Fiscal.

iii) Mediante Resolución 49, de fecha 15 de noviembre de 2013, el Segundo Juzgado Unipersonal de Moyobamba resuelve reprogramar la audiencia de juicio oral para el día 10 de enero de 2014 en mérito al plazo solicitado por el nuevo Fiscal debido a su reciente abocamiento a la causa y al inicio de su período vacacional establecido mediante Resolución 1811-2013-MP-P-JFS-DF-SAN MARTÍN de la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de San Martín (fojas 669).

iv) Con fecha 30 de enero de 2014, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba, luego de la realización de un nuevo juicio oral, emite sentencia absolviendo a los ocho procesados.

v) Con fecha 9 de junio de 2015, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba declara nula la segunda sentencia absolutoria y dispone la realización de un nuevo juicio oral, una vez más sin resolver el fondo de la causa. Allí se consideró que el juez de la primera instancia no hizo un análisis pormenorizado de los hechos imputados a los procesados a fin de disponer su absolución o condena.

vi) Mediante Resolución 106, de fecha 19 de octubre de 2016, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba cumplió con expedir, por tercera vez, la sentencia correspondiente. En esta oportunidad, se absolvió al recurrente respecto de la comisión del delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica y se le condenó por el delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos.

vii) Dicha resolución fue anulada mediante sentencia de fecha 21 de junio de 2017 expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, donde se ordenó que el expediente sea remitido al juez llamado por ley para su juzgamiento, sin resolver el fondo de la causa por tercera vez. Ello tras considerar que el juicio oral llevado a cabo en primera instancia contravino los principios de concentración y contradicción vigentes en el proceso penal.

viii) A la fecha se encuentra pendiente de emitirse sentencia en primera instancia, en mérito al mandato de la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba.

23. Aun cuando en el marco del proceso penal se prevé una etapa de control de plazos, no escapa a las consideraciones de este Tribunal el hecho que, al menos en una oportunidad –del 13 de noviembre de 2013 al 10 de enero de 2014–el segundo juicio oral fue suspendido por casi dos meses por una circunstancia imputable al Ministerio Público, en inobservancia del plazo de interrupción del juicio oral que permite el artículo 360, inciso 3, del Nuevo Código Procesal Penal.

24. Al respecto, cabe precisar que la potestad nulificante ejercida por las salas superiores puede tener incidencia en la demora de la resolución final de un caso concreto, por lo que si dicha sala cuenta con los elementos necesarios para resolver el fondo del asunto controvertido y no lo hace, estaría demorando innecesariamente el proceso o procedimiento. En efecto, un juez superior, encargado de resolver una apelación, so pretexto de reconducir un proceso judicial ordinario por los cánones del debido proceso formal, no puede anular y reenviar los actuados judicial al juez de primera instancia, cuando realmente no existen razones jurídicas para ello, y solo existirían en su interior razones de temor judicial para resolver en forma definitiva el fondo de la controversia planteada [STC 00537-2013-PA/TC, fundamento 18].

25. Sobre el particular, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa Nº 002-2014-CE-PJ, de fecha 7 de enero de 2014, ha señalado que:

> "[E]n casos de autos o sentencias, consideradas como defectuosamente motivadas, se debe resolver el fondo revocando o confirmando las resoluciones impugnadas por los fundamentos expuestos por el superior (…).
>
> [S]i un órgano revisor tiene un criterio diferente al del juez inferior, corresponde la revocación de la resolución y la obligación del juez inferior de ejecutar lo resuelto por el superior; pero en ningún caso se puede anular resoluciones por defectos en la motivación de las mismas, pretendiendo que el juez inferior emita nuevas resoluciones en base a motivaciones que puede no compartir. En ese sentido, sólo se pueden anular resoluciones y reenviar al inferior, cuando el vicio advertido se ha producido en la tramitación del proceso anterior a la expedición de la resolución impugnada, y que no sea posible subsanar por el órgano revisor. Sólo en estos casos el órgano revisor aplicará el reenvío, por no tener los elementos suficientes para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del recurso."

26. En el presente caso se advierte que, en el marco del recurso de nulidad de la primera sentencia absolutoria, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, además de contar con el expediente proveniente del juzgado, llevó a cabo con fecha 14 de agosto de 2013, una audiencia pública de apelación de sentencia absolutoria que se prolongó hasta el 6 de setiembre de 2013. En el marco de esta audiencia, la sala superior pudo oír a las partes involucradas en el proceso penal, así como a los abogados y al Ministerio Público. Además, se practicaron interrogatorios (fojas 562) y se expresaron alegatos finales (fojas 563). Todo esto, ciertamente, son elementos que la referida Sala debió tomar en consideración y emitir sentencia de fondo antes de declarar nula la sentencia de primer grado y disponer la realización de un nuevo juicio oral.

27. Asimismo, la primera sentencia de nulidad se sustenta únicamente en lo siguiente:

> "Del análisis de la resolución recurrida se advierte que la sentencia no está argumentada adecuadamente, toda vez que contiene argumentos incompletos y por otro lado fundamentos aparentes como son: "el poseedor puede sumar su plazo de posesión los plazos posesorios de los anteriores poseedores plenos. Para tal efecto deberá acreditar la cadena interrumpida (sic) de los plazos posesorios anteriores al suyo…". Sin embargo en el considerando 5.3 de la sentencia no ha desarrollado o justificado de cómo la señora Juez llega a la convicción judicial para sostener que había anteriores "poseedores plenos". En lo que atañe al fundamento 5.4 referido a la declaración de los vecinos colindantes, no ha argumentado adecuadamente, porque los firmantes consignaron que el denunciado Jorge Washington era posesionario y porque ha sido utilizado el documento ANEXO 1 "A" para acreditar la posesión por más de cinco años." (fojas 569)

Es decir, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba no precisó con claridad los vicios concretos de motivación aparente o insuficiente que tornaban imprescindible la declaratoria de nulidad de la sentencia apelada.

28. Lo propio se dio en la segunda sentencia de nulidad, de fecha 9 de junio de 2015, donde la referida Sala consideró que el juez de la primera instancia no hizo un análisis pormenorizado de los hechos imputados a los procesados a fin de disponer su absolución o condena. Ello sin justificar las razones que tornaban imprescindible la declaratoria de nulidad de la sentencia apelada o le imposibilitan expedir un pronunciamiento de fondo.

29. Finalmente, la referida Sala, resolviendo por tercera vez la apelación en el proceso penal, mediante la sentencia de 21 de junio de 2017 volvió a declarar nula la

sentencia de primera instancia y nulo el juicio oral por considerar que el plazo en el cual se desarrolló el mismo fue excesivo, lo que, a su entender, contraviene los principios de concentración y contradicción. En tal sentido, no se pronunció sobre el fondo del asunto y, al declarar nulo el juicio oral, propició que éste sea realizado nuevamente por el juzgado.

§4.4. Conclusión sobre el plazo razonable

30. Luego del análisis de los tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo, este Tribunal concluye que las autoridades jurisdiccionales a cargo del proceso penal seguido contra los beneficiarios por la presunta comisión de los delitos de falsificación de documentos y falsedad genérica, no actuaron con la debida diligencia y celeridad a fin de resolver en un plazo razonable su situación jurídica, razón por la cual se ha incurrido en una violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como derecho implícito del debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.

§5. Efectos de la sentencia

31. De acuerdo a la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en el fundamento 12 de la STC 00295-2012-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que si se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como consecuencia de estimarse la demanda, se ordenará al órgano jurisdiccional que conoce el proceso penal que, en el plazo más breve posible, según sea el caso, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del procesado, bajo apercibimiento. Y es que el plazo para el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto no debe ser fijado una vez y para siempre, de modo que sea aplicable en todos los casos, sino que éste debe determinarse de manera objetiva y razonable por el juez constitucional en atención a las circunstancias concretas de cada caso, sobre todo teniendo en cuenta el estado actual del proceso, por cuanto la fijación del mismo puede resultar un imposible en algunos casos y/o puede constituir un exceso en otros.

32. Por consiguiente, este Tribunal considera que debe declararse nula la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba con fecha 21 de junio de 2017, así como todo acto posterior que esté destinado a su ejecución. Asimismo, corresponde ordenar a la referida Sala que, en el plazo máximo de quince días naturales, contados a partir de la notificación del presente fallo, emita una nueva sentencia que defina la situación jurídica de Jorge Washington Vásquez Pérez y los demás co-procesados representados en esta demanda, no pudiendo para tal efecto recurrir nuevamente a la declaratoria de nulidad de la sentencia apelada.

33. Asimismo, la presente sentencia deberá ser puesta en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para

que inicien las investigaciones pertinentes a los jueces que vulneraron el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en el presente caso.

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 se refiere a la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
2. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo referido a la nulidad de la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, de fecha 9 de junio de 2015, por haber operado la sustracción de la materia.
3. Declarar NULA la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba con fecha 21 de junio de 2017, y ORDENAR que la referida Sala, en el plazo de quince días naturales, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica de Jorge Washington Vásquez Pérez y los demás co-procesados representados en esta demanda, de conformidad con lo indicado en el fundamento 32 de la presente sentencia.
4. Poner la presente sentencia en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura para que investigue el comportamiento de los jueces del Primer y Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba y de los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín, por la excesiva dilación en la tramitación del proceso penal, Expediente 0727-2011-10.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

Sentencia 03137-2015-PHC/TC

Proceso de Hábeas Corpus motivado por José Miguel Guere Limaymanta. El Tribunal declaró infundada la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la salud y a la integridad persona.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de octubre del 2018.

Resumen: El Tribunal constitucional declaró infundada la demanda motivada por el recurrente a favor de doña Maribel Luz Guerrero contra la directora del Penal Virgen de Fátima, Patricia Zárate Gonzales, en la que se solicitó la inmediata libertad de la beneficiaria por presunta vulneración de los derechos a la libertad personal, a la salud, a la integridad personal y a la vida.

En ese sentido, se alegó que Maribel Luz Guerrero Soto ha sido víctima de malos tratos en su condición de reclusa en el Penal Virgen de Fátima, puesto que se le informó al personal del centro penitenciario que la beneficiaria es vegetariana y aun así se le brindan alimentos con contenido de grasa, azúcares y químicos, los cuales han afectado gravemente su salud física y mental.

El Tribunal indicó que no se aprecia una agresión ilegítima ni arbitraria en contra de la beneficiaria. Con respecto al régimen alimentario, se le brinda la dieta que provee el consorcio encargado de la alimentación de las internas del establecimiento penitenciario, dejándose abierta la posibilidad de que los familiares ingresen alimentos que sean acordes a la dieta que considere más apropiada.

Además, sostuvo que la tienen dopada, que fue víctima de agresión física por parte de otras internas y quedó en estado de coma por cuatro días. Por lo que el Tribunal sostuvo que en el certificado psicosomático y los certificados médico-legales 9484-V-D y 9485-V-D, son relativos a la evaluación médica realizada a la beneficiaria y se apreció que ella se encuentra en regular estado de salud física, así como de nutrición e hidratación; además, no se encontraron lesiones traumáticas en la beneficiaria ni se acreditó que haya sido víctima de maltratos, agresiones por parte de las internas o el personal del centro penitenciario.

Se agregó que en el contenido de su declaración no indica que es víctima de violencia o que las condiciones en las que se encuentra recluida ponen en peligro su integridad física o psicológica. Se indicó que el informe Psicológico 001-15-INPE-18-236-Ps, señala que la recurrente presenta una actitud renuente y hostil con las otras internas y el propio personal del centro penitenciario, rechazando todo tipo de tratamiento ofrecido. En consecuencia, el Tribunal estimó que no existe fundamento que permita colegir que doña Maribel Luz Guerrero Soto esté sometida a tratos carentes de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en las que cumple la pena; a ello, no se acreditó la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la salud y a la integridad personal. Por último, se declaró improcedente la demanda respecto al extremo en que se alega una detención arbitraria.

Temas Claves: Derecho a la integridad física y psicológica — derecho a la alimentación — derecho penitenciario — derecho al libertad personal.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de enero de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, 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 abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en el Pleno del día 19 se enero de 2017.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Miguel Guere Limaymanta, contra la resolución de fojas 255, de fecha 16 de abril de 2015, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró improcedente la demanda habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de diciembre del 2014, don José Miguel Guere Limaymanta interpone demanda de habeas corpus a favor de doña Maribel Luz Guerrero Soto contra la directora del Penal Virgen de Fátima, Patricia Zárate Gonzales. Se alega la vulneración a los derechos a la libertad personal, a la salud, a la integridad personal y a la vida; por lo que solicita que se ordene la inmediata libertad de la beneficiaria.

Refiere el recurrente que doña Maribel Luz Guerrero Soto se encuentra encarcelada desde el 24 de octubre de 2012, sin la existencia de un mínimo indicio, y que la investigación seguida en su contra se encuentra estancada en la Segunda Fiscalía de San Juan de Lurigancho, sin que exista pronunciamiento alguno. Agrega que, pese a que las autoridades saben que la beneficiaria es vegetariana, la obligan a consumir carne de cerdo, lo que ha ocasionado detrimento en su salud física y mental. Además, se encuentra en ambientes completamente hacinados y sin condiciones de salubridad, con personas desconocidas que la agreden, y la mantienen dopada; tan es así que estuvo en coma por cuatro días por haber sido golpeada y drogada, por lo que a la fecha ha perdido la memoria.

A fojas 43, se aprecia la declaración de José Guere Limaymanta, quien precisó que, en el año 2012, fue a visitar a la beneficiaria al conocer que esta fue detenida por tratar de ingresar un chip y un celular al Establecimiento Penitenciario de Lurigancho.

Indica que la detención de la favorecida no se registró en el cuaderno de ocurrencias del indicado penal; asimismo, cuando la fue a visitar no la encontró bien de salud y, una semana antes, recibió una llamada de la beneficiaria, quien le contó que fue "masacrada" por cuatro internas por orden de la directora del Penal Virgen de Fátima. También señala que la comida que le proporcionan no es apropiada, así como tampoco lo son las condiciones de higiene y salubridad en que se encuentra. Precisa que ha presentado la demanda porque considera que doña Maribel Luz Guerrero Soto ha sido detenida injustamente por orden del Quincuagésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, Expediente 25863-2012, proceso en el cual ya se ha emitido sentencia.

A fojas 158 y siguientes aparece la declaración de doña Patricia Zárate Gonzales, quien indicó ser directora del Penal Virgen de Fátima, donde se encuentra recluida doña Maribel Luz Guerrero Soto desde el 25 de octubre de 2012, por orden del Quincuagésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, que la sentenció a cinco años de pena privativa de la libertad. Agrega que el régimen penitenciario que recibe la beneficiaria es cerrado ordinario, encontrándose en la etapa de mínima seguridad. Respecto a la alimentación de la beneficiaria, indica que esta aduce ser vegetariana, y que la Administración brinda la alimentación que provee el consorcio de alimentos, es por ello que en diversas ocasiones ha ocasionado problemas, pues quiere una dieta especial que no está contemplada, a pesar de que tiene la posibilidad de traer alimentos de la calle a través de sus familiares. De otro lado, indica que la interna no ha sido agredida en ningún momento; por el contrario, recibe muchas quejas respecto a la conducta de la beneficiaria, pues tiene mal carácter y un trato hostil hacia las otras internas, sobre todo con aquellas encargadas de los alimentos, ante quienes ha lanzado los tapers de comida al suelo, por lo que es considerada una interna muy problemática y conflictiva.

A fojas 166 de autos obra la declaración de doña Maribel Luz Guerrero Soto, quien indicó que, a su parecer, existe un hacinamiento en el Penal, ya que duermen muchas personas en una sola habitación, por lo que su salud física y mental ha sido perjudicada. Además, solicita que se amplíe la investigación en contra de la jueza, en cuanto se ha dictado una detención inmotivada que afecta sus derechos, pues ha habido una indebida y fraudulenta detención; en consecuencia, solicita que se ordene su inmediata excarcelación.

El Primer Juzgado Especializado en lo Penal del Módulo Básico de Justicia de Tarma, con fecha 10 de marzo del 2015, declaró improcedente la demanda por considerar que no se ha acreditado lo manifestado por el accionante respecto al delicado estado de salud de la favorecida a consecuencia de la alimentación y falta de salubridad.

La Sala Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín confirma la apelada por considerar que la resolución cuestionada se encuentra debi-

damente motivada; respecto a la alimentación que recibe, ello no merma en su salud, toda vez que ha superado un examen médico legal, en tanto su estado de salud física, nutrición e hidratación, y que no se ha acreditado que haya sido víctima de agresiones físicas o tortura.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene la inmediata libertad de doña Maribel Luz Guerrero Soto. Se alega la vulneración a los derechos a la libertad personal, a la salud, a la integridad personal y a la vida.

Análisis del caso materia de controversia constitucional

2. La finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos el habeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho fundamental a la libertad personal o un derecho conexo a este.

3. En este sentido, respecto al extremo referido a que doña Maribel Luz Guerrero Soto se encuentra detenida en el Penal Virgen de Fátima, desde el 24 de octubre de 2012, sin la existencia de un mínimo indicio, que la investigación seguida en su contra se encuentra estancada en la Segunda Fiscalía de San Juan de Lurigancho sin pronunciamiento alguno. Por otro lado, la resolución que dispuso la detención no se encuentra motivada, se debe indicar que la beneficiaria se encuentra detenida en virtud a la sentencia dictada por el Quincuagésimo Segundo Juzgado Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima (fojas 92), de fecha 6 de setiembre de 2013, que la condenó a cinco años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de ingreso indebido de equipos o sistemas de comunicación, fotografía o filmación o sus componentes en centros de detención o reclusión, la cual ha sido declarada consentida mediante otra resolución de fecha 24 de setiembre de 2013.

4. Por consiguiente, es de aplicación el artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional, toda vez que el alegado agravio al derecho a la libertad individual de la favorecida cesó en momento anterior a la interposición de la presente demanda con la emisión de la aludida sentencia condenatoria dictada en su contra; es así que, a la fecha, la restricción de su libertad personal dimana de este último pronunciamiento judicial, por lo que la actual situación jurídica en que se encuentran es la de condenados.

5. De otro lado, tratándose de personas privadas legalmente de su libertad locomotora, una obligación de la que no pueden rehuir las autoridades penitenciarias o

policiales es la de prestar las debidas garantías para que no se afecte o lesione la vida, la integridad física y los demás derechos constitucionales que no se encuentren restringidos. Por tanto, cabe el control constitucional respecto de las condiciones en las que se desarrolla la referida restricción del ejercicio de la libertad personal en todos aquellos casos en que esta se haya decretado judicialmente e, incluso, cuando se deba a una detención policial o en sujeción a un internamiento en establecimientos de tratamiento públicos o privados, siendo requisito sine qua non que, en el caso en concreto, se manifieste un ilegal o arbitrario agravamiento respecto de las formas o condiciones en las que se cumple la privación de la libertad personal.

6. El recurrente alega que doña Maribel Luz Guerrero Soto ha sido víctima de malos tratos en su condición de reclusa en el Penal Virgen de Fátima; además, pese a que se informó al personal del indicado centro penitenciario que la beneficiaria es vegetariana, se le brindan alimentos con contenido de grasa, azúcares y químicos, los cuales han afectado gravemente su salud física y mental. Además, sostiene que la tienen dopada, que es víctima de agresión física por parte de otras internas y que en alguna oportunidad quedó en estado de coma por cuatro días. En consecuencia, no existirían las condiciones de salubridad necesarias, pues en un solo ambiente duermen varias internas.

7. Sobre lo alegado, se debe indicar que, de la revisión de los actuados, no se aprecia una agresión ilegítima ni arbitraria en contra de la beneficiaria. Respecto al régimen alimentario, conforme con la declaración de la demandada (fojas 158), se le brinda la dieta que provee el consorcio encargado de la alimentación de las internas del establecimiento penitenciario, dejándose abierta la posibilidad de que los familiares de la beneficiaria ingresen alimentos que sean acordes a la dieta que considere más apropiada. Aunado a ello, se aprecia del certificado psicosomático de folios 218, así como de los certificados médico legales 9484-V-D y 9485-V-D, de fojas 221 y 223, relativos a la evaluación médica realizada a la beneficiaria, se aprecia que ella se encuentra en regular estado de salud física, así como de nutrición e hidratación. Asimismo, del contenido de los indicados certificados médicos también se aprecia que, realizada la evaluación correspondiente, no se encontraron lesiones traumáticas recientes en la beneficiaria ni se acreditó de forma alguna que esta haya sido víctima de maltratos, agresiones u otros por parte de las internas o el personal del centro penitenciario. Además, en el contenido de su declaración de fojas 166 no aparece alegación alguna respecto a que es víctima de algún tipo de violencia o a que las condiciones en las que se encuentra recluida pongan en peligro su integridad física o psicológica.

8. Finalmente, se debe indicar que, del contenido del Informe 001-2015-INPE/18-236-SLS-G-01, de fojas 153; y del Informe Psicológico 001-15-INPE-18-236-Ps, de fojas 202, se aprecia que la beneficiaria tiene una actitud renuente y hostil no solo hacia otras internas, sino hacia el propio personal del centro penitenciario, rechazando todo tipo de tratamiento ofrecido, y considera dicha actitud una forma de protesta, pues sostiene que ha sido encarcelada injustamente. En consecuencia, este Tribunal estima que no existe fundamento que permita colegir que doña Maribel Luz Guerrero Soto esté sometida a tratos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que la demanda debe ser desestimada.

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

HA RESUELTO

1. Declara IMPROCEDENTE la demanda respecto al extremo en que se alega una detención arbitraria.
2. Declarar INFUNDADA la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la salud, a la integridad personal y a no ser objeto de tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en que cumple la pena.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 05461-2015-PHC/TC

Proceso de Hábeas Corpus promovido por Jorge Mendoza Ariste. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de mayo del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda motivada por la recurrente en la que solicitó al Estado peruano se abstenga de extraditar a la favorecida a los Estados Unidos de América, ya que existe una amenaza a los derechos a la vida e integridad personal de la favorecida.

En ese sentido, el Tribunal advirtió que la obligación de no extraditar a una persona hacia un lugar en el que peligre su vida se fundamenta en el artículo 2.1 de la Constitución. Esta salvaguarda se efectiviza a través de la exigencia del otorgamiento de garantías diplomáticas.

Por lo que el Tribunal Constitucional indicó que existen elementos que permiten advertir un riesgo respecto a la vulneración del derecho a la vida de la recurrente en caso se efectivice la extradición hacia los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, de conformidad con la resolución de fecha 4 de setiembre de 2014, se advirtió que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos no había ratificado la decisión de no aplicar la Pena de Muerte a la recurrente, y tampoco se advierte en la Nota Diplomática 2026.

A ello, el Tribunal notó que las garantías diplomáticas deberían ser suscritas por un funcionario con competencia para decidir la ejecución de la extradición, indicándose las obligaciones que asumirá en el desarrollo del proceso penal. Del mismo modo, a través de la Resolución Suprema Nro. 196-2017-JUS, que se haya dispuesto que la ejecución de la extradición pasiva se encuentre sujeta al "pronunciamiento definitivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la petición de la Petición P-34-15", ya que esto advierte la existencia de una amenaza respecto de su derecho a la vida.

En consecuencia, el Tribunal concluyó que mientras no exista un pronunciamiento definitivo en el marco del procedimiento existente en el Sistema Interamericano,

no se podrá efectivizar la entrega de la recurrente. Pero, en caso que se desestime la petición presentada por la recurrente en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, esto no autoriza a que opere su extradición.

Para ello, explica el TC, tal y como se exige en el artículo 517.3.d del Código Procesal Penal, se deberá exigir la presentación de las garantías que acrediten la no aplicación de la pena de muerte. De este modo, y en tanto no se cumpla con esta exigencia, que se deriva tanto del artículo 2.1 de la Constitución como del Código Procesal Penal, no se procederá con la entrega de la recurrente.

En ese sentido, el TC dice que el Estado Peruano se debe abstener de extraditar, de conformidad con lo expuesto en el fundamento 30 de la sentencia, a la recurrente hacia los Estados Unidos de América mientras el caso se encuentre pendiente de pronunciamiento en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En el supuesto que, en el marco del procedimiento iniciado en el sistema interamericano, se desestime la petición presentada por la ahora recurrente, el proceso de extradición deberá observar lo dispuesto en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

Temas Claves: Derecho a la vida e integridad personal— debido proceso — aplicación de la pena — pena de muerte — protección de los derechos humanos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Ramos Núñez y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agrega el voto singular de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Mendoza Ariste contra la resolución de fojas 380, de fecha 3 de julio de 2015, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de noviembre de 2014, don Jorge Mendoza Ariste interpone demanda de habeas corpus a favor de doña Nazira María Ugalde Alfaro y la dirige contra don Ollanta Humala Tasso, presidente de la República; doña Ana Jara Velásquez, presidenta del Consejo de Ministros; don Daniel Augusto Figallo Rivadeneyra, ministro de Justicia y Derechos Humanos, y don Gonzalo Gutiérrez Reinel, ministro de Relaciones Exteriores. Solicita que el Estado peruano se abstenga de extraditar a la favorecida a los Estados Unidos de América, ya que existe una amenaza a los derechos a la vida e integridad personal de la favorecida.

El recurrente refiere que, con fecha 15 de octubre de 2014, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró procedente la solicitud de extradición de la favorecida, formulada por la Embajada de los Estados Unidos de América y contenida en la Nota Diplomática 832, de fecha 16 de julio de 2014, y la nota Diplomática 1385, de fecha 25 de julio de 2014 (Expediente 130-2014). Añade que a la favorecida se le imputan los cargos de asesinato en primer grado y fraude de seguros. La pena prevista para el delito de homicidio en primer grado, conforme al Código Penal de California, es la pena de muerte.

El accionante agrega que el artículo V del Tratado suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América, en concordancia con el artículo 517, numeral 3, letra "d", del

Nuevo Código Procesal Penal, establecen que el Estado requerido podrá denegar la extradición a menos que el Estado requirente garantice que la persona reclamada no será ejecutada. Al respecto, sostiene que Estados Unidos de América no ha otorgado garantía suficiente de que la pena de muerte no será aplicada a la favorecida, por lo que existe un riesgo real contra la vida de doña Nazira María Ugalde Alfaro.

A fojas 42 de autos, obra la declaración de la favorecida, en la que se ratifica en los fundamentos de la demanda. Asimismo, manifiesta que el país requirente no ha cumplido con garantizar que no le aplicará la pena de muerte, toda vez que remitieron un simple papel sin firma, que sería inválido. Por estos motivos, según aduce, no deberían extraditarla, pues no existen garantías para su vida.

El procurador público del Ministerio de Relaciones Exteriores señala que existe multiplicidad de demandas en giro de la misma naturaleza, entre las mismas partes y con la misma pretensión, por lo que existe litispendencia. Agrega que dos demandas han sido declaradas improcedentes, pero una no fue apelada por la favorecida (Expediente 16652-2013) y la otra sí (Expediente 16564-2014). También alega que el Estado requirente, mediante las notas diplomáticas, ha otorgado garantías suficientes de que a la favorecida no se le aplicará la pena de muerte por el cargo de asesinato; y que, en todo caso, la pena máxima sería la cadena perpetua. Añade que el análisis de la legalidad del pedido de extradición corresponde al Poder Judicial, y que, a la fecha, el Estado peruano no ha emitido resolución suprema, por lo que se ha demandado por un pronunciamiento inexistente. Por ello, no existiría una amenaza cierta e inminente a los derechos invocados por la favorecida en el proceso de extradición.

El procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros refiere que el recurrente ha interpuesto tres procesos de habeas corpus, lo que constituye un abuso del derecho por parte de la defensa de la favorecida. Agrega que aún se encuentra pendiente de resolver si el Estado peruano aprueba o no la solicitud de extradición de la favorecida y que el proceso de extradición ante la Corte Suprema no fue cuestionado.

El procurador público adjunto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deduce la excepción de litispendencia. De otro lado, solicita que la demanda sea declarada improcedente porque no existe amenaza cierta e inminente al derecho que se pretende tutelar porque el proceso de extradición no ha concluido, puesto que no se ha tomado la decisión política de si procede o no la extradición. Agrega que la decisión política que se tome es absolutamente discrecional porque el Poder Ejecutivo no se encuentra obligado a acceder a la extradición. Finalmente, refiere que con la emisión de la Nota 2026, de fecha 2 de octubre de 2014, se garantiza que la pena de muerte no le será impuesta a la favorecida; y que, anteriormente, en la Nota 1385, de fecha 25 de julio de 2014, el fiscal había acordado no solicitar la pena de muerte por los delitos por lo que se solicita la extradición de la beneficiaria.

El Vigésimo Segundo Juzgado Penal de Lima, con fecha 31 de diciembre de 2014, declaró infundada la excepción de litispendencia toda vez que no existe limitación alguna para que el recurrente presente una demanda cuantas veces lo considere pertinente o necesario; e infundada la demanda porque no se ha materializado acción u omisión funcional de alguno de los demandados, pues solo existe la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la República, la que no es vinculante para el Poder Ejecutivo.

La Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó el extremo apelado que resolvió declarar infundada la demanda por estimar que las resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República constituyen la materialización del ejercicio de la función jurisdiccional que les compete y se ha cumplido con el trámite previsto en el Nuevo Código Procesal Penal. Así también, consideró que el pronunciamiento favorable de la Corte Suprema no vincula al Gobierno peruano, el que no ha emitido pronunciamiento alguno, por lo que no existe la presunta afectación o amenaza al derecho a la vida e integridad personal de la favorecida.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene al Estado peruano, representado por el Poder Ejecutivo, que se abstenga de extraditar a doña Nazira María Ugalde Alfaro a los Estados Unidos de América.

2. Se alega que la procedencia de la extradición de doña Nazira María Ugalde Alfaro amenaza con vulnerar sus derechos a la vida e integridad personal, toda vez que, por uno de los delitos materia de la solicitud de extradición, podría aplicársele la pena de muerte.

Análisis de la controversia

a) El derecho a la vida en el contexto de los procesos de extradición

3. El artículo 2.1 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a "la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo". Sobre ello, hemos precisado en nuestra jurisprudencia que el derecho a la vida no solamente es un derecho fundamental, sino que además encarna un valor superior del ordenamiento jurídico, pues posibilita la existencia de los demás derechos [STC 06057-2007-HC/TC, fundamento 6]. Además, es oportuno recordar que este derecho no solo garantiza la posibilidad de no ser privado arbitrariamente de la vida, sino que implica, además, que el Estado adopte, en la medida de sus posibilidades, determinadas políticas para garantizar ciertos niveles

de existencia digna que permitan materializar los proyectos de vida de las personas que lo integran.

4. En este mismo sentido, el derecho a la vida cuenta con una dimensión de defensa y una de prestación. A través de la primera se exige que el Estado no intervenga o restrinja arbitrariamente este derecho fundamental, en lo que puede entenderse como una obligación de no hacer, que es de carácter negativo. Sin embargo, también se desprende del contenido de este derecho el deber a cargo del Estado de adoptar todas aquellas disposiciones necesarias para poder resguardarla, lo cual es conocido, también, como una obligación de faz positiva, que genera deberes de hacer.

5. Una situación particularmente especial se presenta en el contexto de los procesos de extradición en los que exista el riesgo de la aplicación de la pena de muerte. Al respecto, el Tribunal ha señalado que la extradición debe ser entendida como un procedimiento mediante el cual un Estado es requerido para que haga entrega de un individuo que se encuentra dentro de su territorio, y que tiene la condición de procesado o condenado por un delito común por parte del Estado requirente o solicitante en virtud de un tratado, o, a falta de este, por aplicación del principio de reciprocidad, a fin que sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente y se le enjuicie penalmente, o para que cumpla y se ejecute la pena impuesta, si se hubiera producido previamente el proceso penal correspondiente [STC 03966-2004-HC/TC, fundamento 9]. También hemos recordado que una de las limitaciones impuestas por el contenido protegido de los derechos fundamentales a la obligación de extraditar es la protección del derecho a la vida. En estos casos, la tutela de este derecho se convierte en una circunstancia que impide legítimamente que el Estado cumpla con su obligación de extraditar.

6. De este modo, la dimensión negativa del derecho a la vida exige que el Estado peruano analice y valore todos los factores que sean necesarios para no efectuar una entrega que culmine en la ejecución de alguna persona. Esta exigencia se deriva tanto de la normatividad interna como internacional. Así, por ejemplo, el artículo 517, numeral 3, literal "d", del Nuevo Código Procesal Penal establece que no "se dispondrá la extradición, cuando: d) El delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y éste no diere seguridades de que no será aplicable". A nivel internacional, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, tratado ratificado por el Estado peruano, dispone, en su artículo 13, que "[n]o se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos

o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente".

7. El Tribunal advierte que el propósito de estas cláusulas radica en evitar la aplicación de la pena de muerte en el marco de los procesos de extradición, lo cual guarda estrecha conexión con la dimensión negativa del derecho a la vida. De hecho, diversos tratados bilaterales de extradición ratificados por el Estado peruano cuentan con cláusulas que prohíben su aplicación. Sobre ello, el otorgamiento de garantías diplomáticas por parte del Estado requirente precisamente busca resguardar los derechos del extraditurus en esta clase de procesos. Es importante recordar que si bien esta exigencia se ha vuelto más frecuente en los casos de traslado de personas mediante disposiciones informales que no ofrecen ningún tipo de salvaguarda [Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados. ACNUR. Sección de Operaciones de Protección y Asesoría Legal. Ginebra, Suiza (2006), párr. 3], también ha sido aplicada en los procesos de extradición, precisamente para asegurar que esta sanción no sea aplicada.

8. En consecuencia, la obligación de no extraditar a una persona hacia un lugar en el que peligre su vida se fundamenta en el artículo 2.1 de la Constitución. Esta salvaguarda se efectiviza a través de la exigencia del otorgamiento de garantías diplomáticas. En ese sentido, corresponde que este Tribunal determine qué características o condiciones mínimas deberían cumplir dichas salvaguardas para garantizar el derecho a la vida de conformidad con la norma suprema.

b) Garantías diplomáticas en el marco de procesos de extradición en los que exista algún riesgo de aplicación de la pena de muerte

9. Los procesos de extradición suelen involucrar a varios Estados. Esto implica que sea posible que, en más de uno de ellos, se regule y se encuentre vigente la pena de muerte, lo cual ha originado que, en la práctica internacional, se exija el otorgamiento de garantías diplomáticas a fin de acreditar que el extraditurus no será sancionado de esta manera. Ahora bien, su sola presentación, a juicio de este Tribunal, no debería bastar para tener por satisfecha la obligación de tutelar el derecho a la vida. De hecho, la finalidad de las garantías precisamente radica en la posibilidad de crear mecanismos que permitan facilitar el seguimiento del caso por parte del Estado requerido, a fin de verificar que no se ha aplicado ni se aplicará la sanción capital.

10. El Tribunal estima que, precisamente por estar comprometido el derecho a la vida de una persona, es recomendable que las autoridades competentes del Estado pe-

ruano velen porque las garantías diplomáticas cuenten con ciertas características mínimas. Evidentemente, los niveles de exigencia pueden variar de conformidad con los usos y prácticas que puedan existir con determinados Estados con los que existan relaciones internacionales en las que previamente se hayan cumplido los acuerdos que hubieran sido adoptados.

11. Ahora bien, el Tribunal advierte que el otorgamiento de garantías diplomáticas debe ir acompañado de ciertas medidas complementarias que permitan evitar la aplicación de la pena de muerte en contra del extraditurus. Estas condiciones, aunque no sean exigibles per se, permiten que el Estado acredite, en caso no le sea suficiente la sola afirmación del Estado requirente, que esta sanción no será aplicable. Sin embargo, es evidente que, en este análisis, es importante evaluar el grado de vinculación que asume el Estado involucrado en la entrega. Del mismo modo, y bastante cercano con lo anterior, estas garantías deben estar redactadas, de manera preferente, de una forma específica, que permita determinar, sin mayor margen de dudas, el nivel de compromiso que asumen las autoridades, así como la obligación a realizar [cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Othman vs. Reino Unido. Sentencia de 17 de enero de 2012, párr. 189].

12. Precisado lo anterior, este Tribunal considera que un primer elemento que el Estado peruano debería tomar en cuenta al momento de tomar la decisión de proceder a la extradición de una persona respecto de la cual exista el riesgo de la aplicación de la pena de muerte radica en comprobar la competencia del funcionario responsable para la expedición de las garantías diplomáticas. Este criterio es indispensable, ya que si no son otorgadas por los funcionarios competentes, el Estado requerido se encontrará facultado a solicitar salvaguardas adicionales para acreditar que no se aplicará esta sanción.

13. En segundo lugar, las garantías diplomáticas deberían permitir identificar a las entidades responsables de resguardar la integridad o la vida de la persona involucrada. Debe recordarse que, aun cuando pueda existir cierto grado de buena fe por parte del Estado requerido, las garantías brindadas pueden generar ciertas dudas en cuanto a su implementación [cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Mamatkulov and Askarov vs. Turquía. Votos parcialmente disidentes de los jueces Bratza, Bonello y Hedigan, fundamento 10]. Esta falta de certidumbre puede motivar al Estado requerido a exigir el otorgamiento de garantías adicionales a fin de tener la convicción suficiente para concretar el proceso de extradición. De este modo, la falta de identificación de las entidades encargadas de supervisar la custodia del extraditurus puede ser un motivo para que un Estado se encuentre facultado de solicitar otras garantías. Ahora bien, como se expuso su-

pra, ello no implica que exista la obligación de solicitar esta clase de información. Sin embargo, de no existir una autoridad responsable, el Estado requerido estará facultado a denegar la solicitud de extradición.

14. Un tercer elemento que el Estado debería tomar en cuenta al valorar las garantías brindadas en el contexto de casos de extradición se relaciona con la existencia de un sistema de monitoreo, a fin que, en caso desee hacerlo, el Estado requerido pueda supervisar el efectivo cumplimiento de las garantías otorgadas [cfr. Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Caso Régent Boily vs. Canadá. Comunicación 327/2007 de 14 de noviembre de 2011, párr. 14.4]. Ello se encuentra muy vinculado con la posibilidad de que los funcionarios puedan acceder a información relacionada con la situación del extraditurus. Por ejemplo, la política de un Estado de no permitir el acceso de observadores internacionales para el monitoreo de una detención puede generar la impresión de que no existe un adecuado sistema de seguimiento de los casos [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Ryabikin vs. Rusia. Sentencia de 19 de junio de 2008, párr. 119].

15. Evidentemente, lo antes expuesto no implica que este Tribunal esté disponiendo que, en todos los casos, las exigencias que deben estar contenidas en las garantías deban necesariamente ser las mismas. De hecho, son las autoridades pertenecientes al Poder Ejecutivo y Judicial, principales encargados de los procesos de extradición, las que se encuentran en una mejor posición para decidir acerca de la necesidad del requerimiento de garantías y su respectiva implementación. En esa labor, se encuentran plenamente facultados a evaluar la situación previa en relación con el respeto a los derechos humanos en el Estado requirente, o a considerar, además, el grado de cumplimiento de sus compromisos internacionales [cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Kolesnik vs. Rusia. Sentencia de 17 de junio de 2010, párr. 73; Caso Gaforov vs. Rusia. Sentencia de 21 de octubre de 2010, párr. 138].

16. Precisado lo anterior, corresponde examinar si, en el presente caso, el Estado peruano ha cumplido con su deber de tutelar el derecho a la vida en el marco del proceso de extradición de Nazira María Ugalde Alfaro.

c) Análisis del caso concreto

17. El Tribunal aprecia que, de conformidad con la resolución de fecha 4 de setiembre de 2014, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Extrad. Pasiva 130-2014), la Embajada de Estados Unidos de América solicitó la extradición de la favorecida para su juzgamiento por el Tribunal Superior de California del Condado de Plumas por el delito de

homicidio en primer grado; y por el Tribunal de Justicia del distrito de Reno, Condado de Washoe Nevada, por el delito de estafa en reclamo de seguros. En esta resolución se señala que el delito de homicidio en primer grado se castiga con la cadena perpetua o la pena de muerte.

18. En dicha resolución, la Sala Suprema consideró que, si bien el fiscal había acordado no solicitar la pena de muerte contra la favorecida y que la pena máxima sería, de ser el caso, la cadena perpetua (Nota Diplomática 1385), dicha afirmación no se encontraba reflejada en la solicitud de extradición remitida por las autoridades judiciales, por lo que dicho compromiso, consistente en la no aplicación de la pena de muerte, debía ser ratificado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América.

19. Lo anterior motivó que se expidiera la Nota Diplomática 2026, de fecha 2 de octubre de 2014, en la cual la Embajada de Estados Unidos de Norteamérica garantiza que no se aplicará la sanción capital a la favorecida. Una vez producido ello, y mediante resolución de fecha 15 de octubre de 2014, la Sala Suprema de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró, en su fundamento cuarto, procedente la extradición por considerar que en la referida nota se cumplió con garantizar la no aplicación de la pena de muerte. En efecto, de conformidad con dicha comunicación, que obra a fojas 121 de autos, se dispuso que

> el Gobierno de los Estados Unidos asegura al Gobierno de la República del Perú, que en el caso que Cross [la beneficiaria del presente habeas corpus] sea extraditada, la sentencia de pena de muerte no será impuesta por los delitos por los que la extradición es solicitada.

20. De este modo, en el caso de autos corresponde analizar si es que en el proceso de extradición se ha verificado que el Estado requirente ha otorgado una garantía efectiva de que brindará tutela al derecho a la vida e integridad personal de la favorecida, conforme se establece en el artículo V, numeral 1, del Tratado de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos de América. De conformidad con el referido instrumento internacional,

> [s]i el delito por el que se solicita la extradición fuere punible con la pena de muerte conforme a la legislación del Estado requirente y no fuere punible con esa pena de acuerdo con la legislación del Estado requerido; la Autoridad Ejecutiva del Estado requerido podrá denegar la extradición a menos que el Estado requirente dé garantía de que la persona reclamada no será ejecutada. En los casos en que se brinde tal garantía, no se ejecutará la pena de muerte aunque la impongan los tribunales del Estado requirente.

21. De la referida disposición se desprende que, en caso que el delito que amerita la extradición sea sancionable con la pena de muerte en el Estado requirente, se deberá brindar alguna garantía respecto de su no ejecución. En este caso, se imputa a la beneficiaria la presunta comisión de los delitos de asesinato en primer grado y fraude de seguros. En el Estado de California, el delito de asesinato en esa modalidad es sancionado con la sanción capital. Esto no se presenta, sin embargo, en la legislación del Estado peruano, por lo que el artículo V, numeral 1 del Tratado de Extradición es aplicable.

22. De este modo, a través de la Nota Diplomática 1385, obrante a fojas 140, se expresó que

> los Estados Unidos señalan que en relación a la solicitud de extradición por el cargo de asesinato en California, a pesar que la declaración jurada de la fiscalía indica que el delito de asesinato en primer grado puede ser castigado con la pena de muerte, el fiscal ha acordado no solicitar la pena de muerte en este caso. Por lo tanto, la pena máxima es cadena perpetua por el delito de asesinato.

23. En relación con esta nota, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través de resolución de fecha 4 de septiembre de 2014 (fojas 148) consideró que dicha garantía no era suficiente, por lo que dispuso que el órgano competente se comunique con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América a efectos de que extiendan las garantías del caso. Este compromiso adicional, según indicó este mismo colegiado, habría sido cumplido con la expedición de la Nota Diplomática 2026. Así, el referido órgano precisó, mediante resolución de 15 de octubre de 2014 (fojas 156), que

> [s]obre las garantías de no aplicación de la pena de muerte, este Supremo Tribunal mediante resolución de fecha 04 de septiembre último, previo a emitir pronunciamiento, solicitó a las autoridades del Estado requirente el compromiso para ante una eventual entrega de la requerida no se le aplique la pena de muerte, pena que se encuentra prevista para el delito de homicidio […], lo cual impediría la entrega de la requerida; sin embargo, las autoridades norteamericanas se han ratificado mediante Nota Diplomática Nº 2026 del 02 de octubre de 2014, sobre su compromiso en no aplicar la pena de muerte a la requerida por los delitos que sea extraditada; siendo así se encuentra garantizado el respeto a la vida de la persona […].

24. En virtud de lo expuesto, se declaró procedente la extradición de la favorecida, y se dispuso remitir los actuados al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por intermedio de la Presidencia del Poder Judicial.

25. Ahora bien, con fecha posterior a la presentación del recurso de agravio constitucional ante este Tribunal, ha sido remitida nueva información sobre el proceso de extradición en curso. Así, mediante Resolución Suprema Nro. 196-2017-JUS, el Poder Ejecutivo se pronunció respecto del pedido de extradición pasiva de la recurrente, e indicó que el mismo "quedará sujet[o] al pronunciamiento definitivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Petición P-34-15 interpuesta el 13 de febrero de 2015, en mérito a la Medida Cautelar Nro. 29-15 ordenada mediante Resolución Nro. 47/2016, del 08 de septiembre del 2016".

26. En sus considerandos, el Poder Ejecutivo precisa que la Comisión Oficial de Extradiciones y Traslados de Personas Condenadas, mediante Informe Nro. 164-2014/COE-TC, del 06 de noviembre de 2014, e Informe Complementario Nro. 156-2017/COE-TC, del 11 de agosto de 2017,

> "propone acceder a la solicitud de extradición pasiva de la reclamada; y, asimismo, recomienda que la ejecución definitiva del Estado peruano responda a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de abstenerse de ejecutar la extradición de la reclamada hasta que la referida Comisión se pronuncie sobre su petición en trámite".

27. Al respecto, el Tribunal nota que la Comisión Interamericana ha dispuesto la adopción de medidas cautelares a favor de la recurrente. Así, en la Resolución Nro. 47/2016, precisó que

> "no cuenta con información precisa de los plazos respectivos y, en vista de la naturaleza de los pasos administrativos pendientes, la extradición podría materializarse en cualquier momento. Al respecto, además del riesgo que presuntamente enfrentaría la señora Ugalde Alfaro de ser extraditada a los Estados Unidos y de ser sancionada con la pena de muerte, la ejecución de dicha orden podría impedir a la Comisión Interamericana analizar debidamente el fondo de la petición planteada" [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 47/2016. Medida Cautelar Nro. 29-15, párr. 27].

28. En virtud de lo expuesto, la Comisión indicó que "si la señora Ugalde Alfaro es extraditada antes de que la CIDH haya tenido la oportunidad de analizar en su plenitud este asunto, cualquier decisión futura dejaría de tener sentido, en relación con la eficacia de posibles reparaciones, configurando así un daño irreparable" [Ibídem, párr. 28].

29. El Tribunal considera que existen diversos elementos que permiten advertir un riesgo respecto de alguna posible vulneración del derecho a la vida de la recurren-

te en caso se efectivice la extradición hacia los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, de conformidad con la resolución de fecha 4 de setiembre de 2014, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se advirtió que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos no había ratificado la decisión de no aplicar la Pena de Muerte a la recurrente, aspecto, que, por lo demás, tampoco se advierte en la Nota Diplomática 2026, en la que se reitera, en esencia, lo señalado en la Nota Diplomática 1385. El Tribunal nota que, tal y como se expuso supra, las garantías deberían ser suscritas por un funcionario o autoridad con competencia para decidir aspectos concernientes a la ejecución de la extradición, indicándose, además, las obligaciones que asumirá en el desarrollo del proceso penal.

30. Del mismo modo, es sintomático para este Tribunal que el propio Poder Ejecutivo, a través de la Resolución Suprema Nro. 196-2017-JUS, haya dispuesto que la ejecución de la extradición pasiva se encuentre sujeta al "pronunciamiento definitivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la petición de la Petición P-34-15", ya que esto advierte, prima facie, la existencia de una amenaza cierta e inminente respecto de su derecho a la vida. En ese sentido, y en aras de resguardar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, este Tribunal estima, de manera similar que el Poder Ejecutivo, que en tanto no exista un pronunciamiento definitivo en el marco del procedimiento existente en el Sistema Interamericano, no se podrá efectivizar la entrega de la recurrente.

31. Ahora bien, en caso que se desestime la petición presentada por la recurrente en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, esto no autoriza, ipso facto, a que opere su extradición. Para ello, tal y como se exige en el artículo 517.3.d del Código Procesal Penal, se deberá exigir la presentación de las garantías o seguridades suficientes que acrediten la no aplicación de la pena de muerte. Las garantías que se presenten deben cumplir, en la medida de lo posible, con los criterios expuestos entre los fundamentos 11 y 15 de esta sentencia. El Tribunal recuerda que las notas diplomáticas son una muestra del accionar de buena fe del Estado requirente, principio que debe regir las relaciones internacionales, por lo que, aunque su sola presentación es un indicio importante de considerar, debe cumplir con ciertas características que permitan acreditar que no se aplicará la sanción capital.

32. De este modo, y en tanto no se cumpla con esta exigencia, que se deriva tanto del artículo 2.1 de la Constitución como del Código Procesal Penal, no se procederá con la entrega de la recurrente.

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

RESUELVE

1. Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda. En consecuencia, el Estado peruano debe abstenerse de extraditar, de conformidad con lo expuesto en el fundamento 30 de la sentencia, a la recurrente hacia los Estados Unidos de América mientras el caso se encuentre pendiente de pronunciamiento en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.
2. En el supuesto que, en el marco del procedimiento iniciado en el sistema interamericano, se desestime la petición presentada por la ahora recurrente, el proceso de extradición deberá observar lo dispuesto en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA Y FERRERO COSTA

Discrepamos de la sentencia en mayoría porque considera que el gobierno de los Estados Unidos de América no ha dado seguridades suficientes de que no se aplicará la pena de muerte a la favorecida.

A través de la Nota Diplomática 1385, de 25 de julio de 2014, dicho gobierno afirmó que no se aplicará la pena de muerte a la favorecida, ya que el fiscal no la ha solicitado. A requerimiento de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, emitió la Nota Diplomática 2026, aún más categórica:

> (…) el Gobierno de Estados Unidos asegura al Gobierno de la República del Perú que, en el caso que Cross [la favorecida] sea extraditada, la sentencia de pena de muerte no será impuesta por los delitos por los que la extradición es solicitada.

El Perú no puede poner en duda el compromiso de los Estados Unidos, ya que ello implicaría presumir una actuación de mala fe. Por tanto, la Sala Suprema hizo bien en resolver, el 15 de octubre de 2014, la procedencia de la extradición a base de tales garantías.

Tanto los Estados Unidos como el Perú entienden que las Notas Diplomáticas obligan al país que las emite. Su uso por los Estados Unidos está pautado aquí: https://fam.state.gov/fam/05fah01/05fah010610.html. El Perú señala lo mismo aquí: http://www.rree.gob.pe/elministerio/Documents/Glosario_de_Terminos_Diplomaticos.pdf

A pesar de ello, la sentencia en mayoría insinúa, en su fundamento 29, que las garantías otorgadas por los Estados Unidos son insuficientes porque falta una ratificación de su Departamento de Justicia. Ello significa desconocer la representación que el Departamento de Estado tiene para actuar ante el Perú en nombre de los Estados Unidos.

La sentencia en mayoría se alinea con una decisión equivocada del Poder Ejecutivo. Mediante Resolución Suprema 196-2017-JUS, de 25 de agosto pasado, este condicionó la extradición al pronunciamiento definitivo de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos (CIDH), que, mediante la Resolución 47/2016, de 8 de setiembre de 2016, había otorgado medida cautelar en favor de la recurrente.

El Poder Ejecutivo no debió hacer esto, ya que ello implica validar dos excesos en los que ha incurrido la CIDH. En primer lugar, la CIDH no debió abocarse a la controversia mientras no se hubiera agotado la jurisdicción nacional.

El artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) dice:

> Para que una petición o comunicación (…) sea admitida por la Comisión, se requerirá:
>
> a. que se hayan interpuesto y *agotado los recursos de jurisdicción interna*, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (énfasis añadido).

La medida cautelar fue otorgada después de que se presentó la demanda de habeas corpus, encontrándose esta en trámite. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos solo puede intervenir cuando se agota la jurisdicción interna.

Como ha recordado recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, al resolver el Caso Fontevecchia,

> el sistema interamericano de protección de derechos humanos (…) se auto define como subsidiario. (…) la CADH crea 'una protección internacional, de naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*' (Preámbulo CADH) (énfasis añadido).

En segundo lugar, la CIDH no puede emitir medidas cautelares; ello solo puede hacerlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través de las llamadas "medidas provisionales", conforme al artículo 63.2 de la CADH. Si la CIDH otorga una "medida cautelar", esta debe entenderse como una mera recomendación.

El artículo 25 del Reglamento de la CIDH, al regular el otorgamiento de "medidas cautelares", se sustenta en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18.b del Estatuto de la Comisión . Ninguno de tales instrumentos otorga a la CIDH la facultad de dictar medidas cautelares.

Más bien, el citado artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos dice que "una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento" de la CIDH. Y precisamente el artículo 41.b de la CADH no dice que la CIDH puede dictar medidas cautelares, sino que tiene la atribución de

> *formular recomendaciones*, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos (énfasis añadido).

Que el Poder Ejecutivo acceda a la "medida cautelar" de la CIDH no justifica que este Tribunal Constitucional abdique de su responsabilidad de ser "órgano de control de la Constitución" (artículo 201 de ésta). Como es evidente, en su tarea de controlar el fiel cumplimiento de la Constitución en relación a los tratados suscritos por el Perú, este Tribunal debe clarificar las obligaciones internacionales que el Estado ha adquirido y que forman parte del derecho nacional (artículo 55 de la Constitución).

De este modo, si el Poder Ejecutivo ha olvidado que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es subsidiario a la justicia peruana, el Tribunal Constitucional debiera recordárselo.

Por ello, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de habeas corpus.

SS.

SARDÓN DE TABOADA

FERRERO COSTA

Sentencia 7009-2013-PHC/TC

Proceso de Hábeas Corpus promovido por Jorge Payaba Cachique. El Tribunal declaró infundada la demanda en relación al extremo en que se reclama por vulneración a la jurisdicción comunal y amenaza de libertad individual.

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

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda motivada por el recurrente contra la Sala Penal Liquidadora Transitoria (Sede Tambopata), la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Policía Nacional del Perú (Jefe del Departamento de Apoyo a la justicia), en la que solicitó la tutela del derecho a la libertad personal de los beneficiarios, así como el respeto de la autonomía jurisdiccional de la comunidad nativa a la que pertenecen.

El Tribunal explicó que la jurisdicción comunal ha sido reconocida no para justificar excesos, sino para preservar la diversidad y el pluralismo cultural de manera compatible con la totalidad de bienes reconocidos por la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal advirtió que los delitos que repercuten sobre el contenido de derechos fundamentales esenciales y que comprometen a personas de condición especial como los menores de edad, no tienen competencia en el fuero comunal. Por lo que se encontró una ilegitimidad en el avocamiento de los hechos investigados por parte de la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, el Tribunal agregó que el delito contra la libertad sexual (violación de menor) no existe por dos razones básicas: a) Las relaciones sexuales entre los procesados y las agraviadas habrían sido con absoluto consentimiento y producto de relaciones de convivencia producidas en diversos momentos. b) Las relaciones sexuales practicadas entre adultos y menores en edad de concebir que a la par sean libremente consentidas, formarían parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas.

En consecuencia, el Tribunal expresó la sujeción del fuero comunal a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal, cuyo texto regula el denominado error culturalmente

condicionado conforme a los siguientes términos: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena". Asimismo, declaró improcedente la demanda de hábeas corpus en relación al extremo en que se reclama por vulneración y amenaza a la libertad individual.

Temas Claves: Derecho a la autonomía jurisdiccional – violación sexual – tutela del derecho a la libertad personal.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de marzo del 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del magistrado Miranda Canales por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani, Ramos Núñez y Sardón de Taboada y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional presentado por don Jorge Payaba Cachique contra la resolución de fecha 23 de agosto de 2013, de fojas 300, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de julio de 2013, don Jorge Payaba Cachique en su calidad de Presidente de la Comunidad Nativa Tres Islas, interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Juan Villar Vargas y don Herbert Cusurichi Payaba contra la Sala Penal Liquidadora Transitoria-Sede Tambopata, la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Policía Nacional del Perú-Jefe del Departamento de Apoyo a la justicia, solicitando la tutela del derecho a la libertad personal de los beneficiarios así como el respeto de la autonomía jurisdiccional de la comunidad nativa a la que pertenecen.

Manifiesta que los beneficiarios vienen siendo acusados por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual (violación sexual) de menor de edad, por supuestamente haber sostenido relaciones sexuales con dos menores pertenecientes a la comunidad nativa, dentro del territorio de la comunidad, hecho que no resulta cierto dado que dicha conducta fue con pleno consentimiento de las menores, siendo incluso que Herbert Cusurichi Payaba convivió y tuvo un hijo con una de ellas de manera pacífica. Sin embargo, refiere que el 10 de julio de 2013, la Policía Nacional ingresó a su territorio sin su consentimiento y detuvo a Juan Villar Vargas, a quien se le viene sometiendo a un proceso penal sin tomar en consideración que dicha materia ha sido resuelta por la jurisdicción indígena como consta del Acta suscrita en la Asam-

blea General del 10 de julio de 2013. Agrega que la Corte Suprema a través de su jurisprudencia ha reconocido que es parte del ejercicio de la jurisdicción especial, el juzgamiento de todo tipo de casos suscitados dentro del territorio

de la comunidad, incluyendo los presuntos delitos de robo, violación sexual y homicidio, razón por la que sostiene que la comunidad tiene competencia para avocarse a dicho caso y no así la jurisdicción ordinaria.

El Tercer Juzgado Penal Unipersonal Colegiado de Puerto Maldonado con fecha 16 de julio de 2013, declaró liminarmente improcedente la demanda en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, por estimar que los hechos y el petitorio no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus, dado que la justicia penal ordinaria abrió un proceso penal ordinario en contra de los beneficiarios previamente al pronunciamiento de la jurisdicción comunal de la Comunidad Nativa Tres Islas, motivo por el cual no puede atenderse la petición del demandante pues ello vulneraria el principio ne bis in idem y el de no avocarse al conocimiento de causas pendientes ante órgano jurisdiccional. Asimismo refiere que el reconocimiento de la administración de justicia por parte de las comunidades campesinas y nativas y de las rondas campesinas no implica considerarlas como única o exclusiva alternativa frente a todas las demandas de justicia de la población campesina o nativa, no siendo tampoco admisible delegar en estos mecanismos la solución de problemas legales para los cuales no aparecieron, ni asumir que el Estado debe abstenerse de intervenir en todos los conflictos que se suscitan entre comuneros, ya que ni estos mecanismos están en capacidad de enfrentar problemas como el homicidio, el narcotráfico, etc. ni mucho menos fueron creados con esta intención.

El Procurador Público del Ministerio Público se apersonó al proceso a nivel de segunda instancia.

El Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial se apersonó también al proceso, manifestando que la parte demandante no ha demostrado que las resoluciones judiciales emitidas en contra de los beneficiarios lesionen alguno de sus derechos fundamentales, tanto más cuando han sido emitidas en el ejercicio regular de sus funciones. Puntualiza, por otra parte, que tampoco se ha vulnerado la autonomía y jurisdicción comunal, toda vez que los actos por los que son procesados los beneficiarios comportan contenidos esenciales de protección por parte del Estado hacia todos los ciudadanos, más aun cuando los hechos fueron denunciados ante la jurisdicción ordinaria por la madre de las agraviadas. Finalmente sostiene que el hecho de poner en conocimiento del juez constitucional que los hechos por los que se viene procesando a los beneficiarios ya han sido juzgados ante la jurisdicción co-

munal, únicamente pretende soslayar la actividad probatoria y el juzgamiento penal, evaluación que es propia de la jurisdicción ordinaria y no así, del juez constitucional.

La Sala revisora revoca la apelada y declara infundada la demanda fundamentalmente por estimar que el mandato de detención dictado contra los beneficiarios ha sido emitido conforme a ley y que las menores agraviadas acudieron a las instancias ordinarias para narrar los hechos materia de denuncia, no siendo posible que las funciones jurisdiccionales ni las costumbres de la comunidad de Tres Islas puedan resultar absolutas o puedan ser ejercidas transgrediendo los derechos fundamentales. Por lo demás y tratándose de menores de edad, el Estado debe constatar si merece o no ser investigada la vulneración denunciada, más aun cuando la propia comunidad no actuó pese a que los hechos ocurrieron hace más de una década.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar los actuados policiales, fiscales y judiciales que han derivado en un mandato restrictivo de la libertad contra don Juan Villar Vargas y don Herbert Cusurichi Payaba por presunto delito de violación sexual en agravio de las menores de edad de iniciales (Y.CH.S. y B.CH.S.), por considerar que los hechos que se les imputan no pueden ser materia de juzgamiento en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino como manifestación del derecho a la autonomía jurisdiccional que tienen los beneficiarios al interior de su comunidad y bajo los cánones de su derecho consuetudinario.

2. Se puede pues apreciar, que lo que se busca en esencia, vía el presente proceso, es que tras anularse los actuados en la justicia ordinaria penal, se reconozca como única autoridad competente para el juzgamiento de hechos como los que se ha venido investigando, a las autoridades jurisdiccionales pertenecientes a la Comunidad Nativa Tres Islas, por ser la misma a donde pertenecen tanto los beneficiarios del presente proceso constitucional, como las presuntas víctimas de los hechos que se les imputan. Como consecuencia de ello, que se ordene la inmediata libertad de don Juan Villar Vargas (detenido al momento de iniciarse el presente proceso) y el cese de los actos de amenaza de la libertad personal de don Herbert Cusurichi Payaba (quien se encuentra con orden de ubicación y captura).

Sustracción de materia parcial

3. Siendo dos las pretensiones centrales que se buscan a través del presente proceso, se hace necesario precisar que respecto de aquella que busca la anulación de los actuados del proceso penal seguido ante la jurisdicción ordinaria, la causa aún se

encuentra pendiente de dilucidación. Sin embargo respecto de aquella otra que busca la libertad inmediata de don Juan Villar Vargas, así como la anulación de la orden de la captura contra don Herbert Cusurichi Payaba, se hace necesario indicar dos aspectos: a) Habiéndose emitido por parte de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, la resolución de fecha 30 de enero del 2014, mediante la cual se ha declarado fundada la conclusión del Ministerio Público que sustenta el retiro de la acusación contra don Juan Villar Vargas y ordenado su excarcelación al igual que el archivo definitivo del proceso (fojas 98 a 108 del Cuadernillo Especial ante el Tribunal Constitucional), ha operado la sustracción de materia justiciable de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional; y, b) A pesar de haberse expedido por parte de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios resolución con fecha 25 de Junio del 2015, mediante la cual se declara procedente la petición del procesado Herbert Cusurichi Payaba de variación del mandato de detención por el de comparecencia (fojas 109 a 113 del mismo Cuadernillo Especial), aún no se ha resuelto su situación jurídica de fondo, pues no obstante que la misma Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante resolución de fecha 25 de enero del 2016 absuelve al citado procesado de la imputación formulada (fojas 114 a 123 del Cuadernillo Especial), se ha interpuesto por parte del Ministerio Publico, recurso de nulidad con fecha 8 de febrero del 2016 (fojas 125 a 129 del Cuadernillo Especial), motivo por el cual, aún existe causa susceptible de pronunciamiento.

Cuestiones previas al análisis de la controversia

4. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal considera pertinente precisar las razones por las que, pese a existir un rechazo liminar en la demanda interpuesta, opta sin embargo por emitir un pronunciamiento de fondo en torno a la materia sujeta a discusión. Las razones que sustentan dicha posición se sustentan básicamente en lo siguiente: a) Si bien el presente proceso constitucional ha sido interpuesto contra la Policía Nacional del Perú (Jefatura del Departamento de Apoyo a la Justicia), la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Sala Penal Liquidadora Transitoria-Sede Tambopata, y quienes integran estos últimos, no han

comparecido al proceso, ello no supone en estricto un estado de indefensión, ya que de fojas 192 a 193 y de fojas 221 a 222 y 274 a 279, se aprecia que los Procuradores tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, se han apersonado al presente proceso, expresando lo conveniente a sus respectivos intereses; b) El demandante no cuestiona directamente o en específico alguna resolución

judicial, sino básicamente el hecho de que la justicia ordinaria se haya avocado al juzgamiento de don Juan Villar Vargas y don Herbert Cusurichi Payaba, por considerar que la misma es totalmente incompetente, por lo que el tema central es básicamente objetivo y tiene que ver con el hecho de definir, a la luz de lo dispuesto en la Constitución, si las citadas personas deben ser sometidas a la jurisdicción ordinaria o, al revés de ello, a la justicia comunal; y, c) El presente caso requiere urgente definición, tanto más si se toma en cuenta, no sólo la fecha de inicio de los actuados en la vía jurisdiccional ordinaria (14 de septiembre del año 2007) sino incluso, la fecha de la presunta comisión de los actos sometidos a juzgamiento (años 2003, 2006, 2007).

5. Asumida una posición como la descrita en un contexto de tutela preferente, estimamos plenamente legítimo pronunciarnos sobre la materia constitucional controvertida, en aras de determinar si se ha producido o no la vulneración de la autonomía jurisdiccional de las comunidades nativas y, por extensión, a la libertad individual de las personas en cuyo favor se ha interpuesto la demanda.

Materias Constitucionales a dilucidar

6. Aún cuando en la jurisprudencia de este Tribunal tenemos algunos pronunciamientos que hacen referencia expresa al contenido del artículo 149 de la Constitución (Cfr. entre otros, STC 01126-2011-PHC/TC), no existe en rigor, un desarrollo analítico del tema, pues el sólo hecho de aceptar descriptivamente que "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", no dice en realidad mucho (en realidad casi nada), si no se precisan varias cosas, en principio, esenciales.

7. El presente caso plantea la necesidad de pronunciarse sobre determinadas cuestiones de principio, imprescindibles a los efectos de comprender los alcances del citado artículo 149 de la Constitución. Sobre dichas cuestiones, este Tribunal Constitucional, aún no se ha pronunciado de modo suficientemente detallado, por lo que corresponde ahora preguntarse: a) ¿Es la jurisdicción reconocida sobre las comunidades campesinas y nativas al igual que la autonomía establecida para su ejercicio, un bien jurídico de relevancia?; b) ¿Puede hablarse de unos límites objetivos aplicables sobre la jurisdicción reconocida para las comunidades campesinas y nativas?; c) ¿El hecho de que la autonomía jurisdiccional constituya una clausula especialmente relevante, supone relativizar o desconocer otros bienes jurídicos de relevancia?; d) ¿El que se reconozca funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades campesinas y nativas, implica que el Estado renuncie a

la potestad punitiva a través de la función jurisdiccional ordinaria? (los alcances del artículo 18, inciso 3 del Decreto Legislativo 957); y, e) ¿Qué aspectos podría abarcar la jurisdicción comunal y cuales la jurisdicción ordinaria, dentro de los parámetros establecidos por el artículo 149 de la Constitución?

La existencia de una jurisdicción comunal y de una autonomía en su ejercicio representa un bien jurídico de relevancia.

8. La existencia de una jurisdicción de naturaleza comunal establecida en el artículo 149 de la Constitución, representa sin lugar a dudas un gran avance que va de la mano con el reconocimiento de lo que la misma norma fundamental y la jurisprudencia expedida conforme a ella, han venido en denominar como multiculturalismo, orientación esta última, que se traduce en el pleno respeto a la diversidad y el pluralismo cultural que nuestra Constitución acertadamente auspicia y por supuesto garantiza, elevándola incluso y desde el punto de vista político, a la categoría de una auténtica política de Estado y desde el punto de vista jurídico, a la de un bien de incuestionable relevancia.

9. La jurisdicción comunal, en este contexto, más que propender a la necesidad de diversificar los enfoques en torno a la resolución de conflictos, tiende a la idea de reconocer la existencia de distintas culturas y modos 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 el mismo abarca.

10. Garantía incuestionable que tal variante jurisdiccional supone, constituye la autonomía en su ejercicio, entendida esta última como una capacidad para auto desenvolverse con sujeción a sus propias reglas, establecidas a partir de las propias consideraciones materiales de lo que representa el multiculturalismo aceptado per se como uno de los contenidos de nuestra Constitución.

11. Siendo la jurisdicción comunal y la autonomía de la que se encuentra dotada un bien jurídico de relevancia perfectamente reconocible al interior de la Constitución, no debe sin embargo, ser entendida como todo lo que representa la norma fundamental o como la parte más importante de la Constitución. Esta última, como es de sobra conocido, articula sus diversos contenidos de una manera armónica y es en dicho esquema que aquella debe ser asumida.

La presencia de unos límites objetivos aplicables sobre la facultad jurisdiccional reconocida para las comunidades campesinas y nativas.

12. Si bien el artículo 149 de la Constitución, deja claramente establecido el reconocimiento de la jurisdicción comunal en los términos que antes se ha descrito, establece a su vez y con toda nitidez que la misma debe ser ejercida de una forma

tal que no colisione con los derechos fundamentales de la persona; esto es, coloca a estos últimos como un punto central de obligada referencia.

13. La invocación al respeto de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción comunal, no es ni representa sin embargo, un simple desiderátum carente de contenido objetivo o sujeto a la libre discrecionalidad de quien pone en práctica el ejercicio de la consabida facultad. Si se ha dicho en innumerables ocasiones que la Constitución y su catalogo de derechos vinculan tanto al Estado como a quienes integran la sociedad, es indiscutible que no pueden existir ámbitos a donde pueda predicarse exenciones al orden constitucional y sobre todo, excepciones a la eficacia de los mandatos a favor de la persona humana y el respeto de su dignidad.

14. La observancia de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, la obligación de que estos no sean vulnerados, no es pues dentro de este contexto una proclama que no pueda resultar concretizable, sino una máxima que reclama garantías de observancia obligatoria. Consecuentemente y a despecho de quienes no vean una lectura a favor de los derechos cuando de la jurisdicción comunal se trata, conviene que este Tribunal deje claramente establecido, que en cada ocasión en que el ejercicio de esta última, colisione de manera frontal y evidente con estos últimos, de ninguna manera estaremos hablando de una facultad regularmente desarrollada, sino de una evidente desnaturalización de la misma.

15. Los derechos fundamentales, son pues en definitiva, límites indiscutiblemente objetivos al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal y, como tales, deben ser merituados en cada ocasión 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 en torno de su correcto o adecuado ejercicio.

La autonomía reconocida sobre la jurisdicción comunal siendo especialmente relevante, no supone relativizar o desconocer otros bienes jurídicos de igual relevancia.

16. Se ha dicho y no sin razón que la jurisdicción comunal y la garantía de autonomía que le es consustancial, representa un bien jurídico de especial relevancia dentro del contenido constitucional. Las razones de ello, han quedado anteriormente precisadas. Ello no obstante y muy a pesar de que la citada variante jurisdiccional posea las connotaciones que se ha descrito, no significa tampoco ni mucho menos, que la relevancia proclamada suponga minimizar o peor aún, desconocer otros bienes jurídicos al interior de la propia Constitución.

17. Sabido es que la norma fundamental, se estructura no sobre la base de una escala de jerarquías, sino sobre el supuesto de contenidos igual de importantes, debiéndose matizar que cualquier eventual escenario conflictivo debe ser resuelto a la luz de cada caso, y con sujeción estricta a un raciocinio elementalmente ponderativo.

18. No es ni puede ser aceptable que tras invocarse la relevancia de un contenido o norma constitucional, se pueda en abstracto o tal y cual si fuera una regla generalizada, neutralizar el valor o trascendencia de otro contenido o norma de la propia Constitución, pues esta debe ser concebida de manera no sólo sistemática y armónica, sino en forma compatible con la totalidad de objetivos constitucionales.

19. En este contexto y tan importante como lo es la jurisdicción comunal y la orientación multiculturalista que le sirve de sustento, es por ejemplo y por lo que al presente caso se refiere, la obligación del Estado y de la comunidad en general, de proteger a la niñez y a la adolescencia. Nuestra Constitución, no sólo ha reconocido dicho mandato en su artículo 4 sino que nuestra propia jurisprudencia lo ha desarrollado de manera mucho más omnicomprensiva, al reconocer como parte del bloque de constitucionalidad al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (STC 6165-2005-HC/TC), lo que supone dejar en claro la relevancia que este último contenido, también tiene en el marco del Estado Constitucional.

20. En definitiva y si de bienes jurídicos de relevancia se trata, hay más de uno en el contenido de la norma fundamental y mal haría el operador jurídico en exaltar la importancia de uno, sacrificando por completo la trascendencia del otro. O a todos se les asume como especialmente superlativos, o la Constitución representaría un intento banal por querer integrar las aspiraciones sociales, cuando alguna de ellas simplemente puede desdibujar al resto, sea relativizándolas o simplemente, desconociéndolas.

El reconocimiento de funciones jurisdiccionales por parte de las Comunidades Campesinas y Nativas no implica que el Estado renuncie a la potestad punitiva (Los alcances del artículo 18, inciso 3, del Decreto Legislativo 957).

21. La importancia de una jurisdicción comunal, se encuentra fuera de toda duda. Sin embargo, conviene preguntarse si a partir de su reconocimiento y puesta en ejercicio, cualquier materia con incidencia jurídica debe ser puesta en su conocimiento.

22. Una respuesta razonada del tema, evidentemente descarta de plano que todos los aspectos jurídicos puedan ser vistos en el ámbito de la justicia comunal, pues el origen de esta no responde a los mismos supuestos y consideraciones de la Justicia

ordinaria, sino a lo que es propio de la vida comunal con todas las incidencias que la misma puede llegar a suponer. Naturalmente, esto tampoco significa ni debe tomarse necesariamente, como que sean muy pocos los aspectos a cargo de esta variante jurisdiccional, sino simplemente, como que no todos los aspectos jurídicos pueden tener una consecuencia directa en el ámbito de la vida comunal.

23. Interrogante esencial en el escenario descrito es la de saber si los aspectos vinculados a la eventual comisión de ilícitos penales deben ser visto por la justicia comunal. Al respecto y sin temor a equívocos, puede también afirmarse que ello no sólo es perfectamente posible, sino hasta auspicioso, pues la tutela de bienes jurídicos depende en buena medida de la concepción con la que cada grupo humano concibe su organización en la vida social y siendo ello así, no es extraño sino perfectamente coherente la concepción de una justicia comunal de tipo penal.

24. Prueba contundente de que esta concepción es plenamente legítima la encontramos por lo demás en el ámbito de los propios instrumentos internacionales. Es el caso del artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, cuyo texto establece, sin que quepa duda alguna, 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".*

25. Y abona a la misma perspectiva lo que el inciso 3) del artículo 18 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) ha establecido al señalar que "La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: (…) De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución".

26. Sin embargo, el hecho de que se acepte como perfectamente legítima, la opción de una justicia comunal de tipo penal, no significa tampoco como algunos, erróneamente lo creen, que nuestro ordenamiento jurídico pretenda auspiciar una renuncia total a las potestades punitivas que tiene el Estado en relación a los delitos cuando de comunidades campesinas o nativas se trata.

27. En efecto, lo primero que debe recordarse es que no existen clausulas constitucionales absolutas. Que el artículo 149 de la Constitución reconozca la jurisdicción comunal, no significa que esta última sustituya o reemplace a la justicia ordinaria. El vocablo "pueden" utilizado por el citado dispositivo para hacer referencia a las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, es aquí especialmente significativo. Si la intención de la norma consti-

tucional, hubiese sido, la de darle a la justicia comunal, el rol sustitutivo de la Justicia ordinaria, el citado termino estaría demás, debiéndose haber optado por el de "deben".

28. Pero dicho argumento, que es en esencia gramatical, no es tan relevante como la concepción que ya ha sido explicada y que se traduce en el límite objetivo establecido en el artículo 149 y de acuerdo con el cual, la jurisdicción comunal, bien que importante, de ninguna manera puede administrarse en forma contraria a los derechos fundamentales.

29. Aceptar que la jurisdicción comunal tiene como restricción inobjetable el respeto por los derechos fundamentales, supone que la interpretación a dispensarse al referido inciso 3) del artículo 18 del Código Procesal Penal, no puede desembocar de ninguna forma en una renuncia total al poder punitivo del Estado cuando se trata de delitos cometidos en el ámbito de la vida comunal. Lo que supone es que una concesión como la descrita en el citado dispositivo, y que se traduce en la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de delitos cuando de la vida comunal se trata, solo ha de operar en la medida que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona.

30. De asumirse una interpretación tendiente a excluir de la justicia ordinaria toda clase de delitos so pretexto de cometerse en el ámbito de la vida comunal, significaría virtualmente vaciar de contenido o de toda eficacia práctica a la restricción establecida en el tantas veces citado artículo 149 de la Constitución, lo cual no sólo sería inaceptable sino totalmente irrazonable en el contexto de una Constitución que se esfuerza en defender una pluralidad de bienes jurídicos de relevancia y en particular, los que tienen una vinculación directa con los derechos fundamentales de la persona.

31. Por lo demás, el propio artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes que ya ha sido citado, establece que la represión de delitos cometidos por quienes forman parte de una Comunidad Indígena o Tribal, apelando a sus propios métodos (entre los que por supuesto se encuentra, el de la jurisdicción comunal) sólo puede darse en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo que se traduce en respetar el marco normativo encabezado por la Constitución y por los derechos que dicha norma fundamental defiende.

32. No hay pues, de ninguna forma, una renuncia radical o absoluta a la potestad punitiva del Estado, sino el reconocimiento de una justicia ordinaria que cede

ante la justicia comunal solo y específicamente en determinados supuestos, los que no comprometen los derechos de la persona.

Delimitación de los aspectos que pueden abarcar la jurisdicción comunal frente a la justicia ordinaria, en el marco de lo dispuesto por el artículo 149º de la Constitución.

33. Establecido que la Justicia Comunal puede avocarse al conocimiento de una multiplicidad de aspectos vinculados a la vida comunal y que incluso, dentro de los mismos pueden haber algunos de índole penal, conviene precisar a cuales aspectos nos estaríamos refiriendo y cuales en cambio, quedarían virtualmente excluidos.

34. Efectuar un listado de materias permitidas o, al revés de ello, prohibidas, no sería precisamente la fórmula más adecuada, habida cuenta de la multiplicidad de supuestos que tendría que consignarse. Dicha tarea, por otra parte, sería más propia del legislador ordinario que de un Tribunal de Justicia. Sin embargo y sin perjuicio de dejarse abierta la posibilidad de que sea la jurisprudencia la que caso por caso, vaya definiendo el tema, es un hecho que teniendo como referencia directa lo previsto en el artículo 149 de la Constitución, ningún delito que pueda, además de lesionar bienes jurídicos tutelados por la ley penal, lesionar el contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales o de bienes jurídicos de relevancia constitucional vinculados a estos, podía ser pasible de juzgamiento en el ámbito de la justicia comunal.

35. En el escenario descrito, queda claro que por ejemplo, no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos que recaigan sobre derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc.

36. La jurisdicción comunal, en resumen, ha sido reconocida no para justificar excesos, sino para preservar la diversidad y el pluralismo cultural de manera compatible con la totalidad de bienes reconocidos por la Constitución. Una interpretación contraria a tal consideración, es por donde quiera que se le mire, una opción inconstitucional.

Dilucidación de la controversia.

37. Como ya se ha precisado con anterioridad, el propósito del presente proceso constitucional, es cuestionar los actuados policiales, fiscales y judiciales a título de los cuales, se ha investigado, denunciado y procesado a don Juan Villar Vargas

y don Herbert Cusurichi Payaba, como presuntos autores del delito contra la libertad sexual (violación sexual) de menor de edad en agravio de las menores de iniciales Y.CH.S y B.CH.S. A entender del recurrente, nada de lo que ha hecho la justicia ordinaria sería legítimo, por carecer de competencia, pues al tratarse de hechos que involucran a personas pertenecientes en su totalidad a la Comunidad Nativa Tres Islas, sería la Justicia Comunal la llamada a conocer de tales hechos y a resolverlos en función de su propio derecho consuetudinario.

38. Es pertinente precisar, de los actuados del presente proceso y de sus antecedentes, que los hechos imputados se circunscriben a lo siguiente: a) Se atribuye a don Juan Vargas Villar, el haber cometido delito de violación sexual en agravio de la menor Y.CH.S. cuando esta contaba con 13 años de edad; y, b) se atribuye a don Herbert Cusuruchi Payaba, el haber cometido delito de violación sexual en agravio de la menor Y.CH.S. cuando esta contaba con 13 años de edad , y en agravio de la menor B.CH.S. cuando esta tenía 12 años de edad.

39. Desde la perspectiva de los criterios que anteriormente se ha expuesto y de manera totalmente independientemente a la veracidad o no de los hechos investigados, queda claro que vistos los mismos en abstracto y por su naturaleza, de ninguna manera son pasibles de ser conocidos en el fuero comunal, pues tal clase delitos no solo repercuten sobre el contenido de derechos fundamentales esenciales sino que comprometen a personas de condición especial como son sin duda, los menores de edad. Nada de lo que pueda decirse en torno de los hechos sometidos a investigación enerva en lo absoluto la facultad de la justicia ordinaria para avocarse al conocimiento de tales hechos, ni siquiera la alegada asunción de competencias por parte de la justicia comunal y que ha sido alegada por el demandante dentro del presente proceso constitucional, pues además de que la misma no procede conforme a lo que ya se ha señalado, la misma se ha producido en el año 2013, esto es, varios años después de haberse iniciado la investigación en el ámbito de la justicia ordinaria.

40. Descartada la ilegitimidad en el avocamiento de los hechos investigados por parte de la jurisdicción ordinaria, discusión muy aparte es la de saber si la citada investigación debe tomar en cuenta o no los alegatos que ha expuesto el demandante ante el presente proceso constitucional.

41. A este respecto y de acuerdo con lo que señala el demandante del presente proceso constitucional y lo que aparece de las declaraciones de las presuntas agraviadas así como de uno de los procesados (don Juan Villar Vargas), el delito contra la libertad sexual (violación de menor) en realidad no habría existido, por dos razones básicas: a) las relaciones sexuales entre los procesados y las agraviadas habrían sido

con absoluto consentimiento y producto de relaciones de convivencia producidas en diversos momentos; y, b) Las relaciones sexuales practicadas entre adultos y menores en edad de concebir que a la par sean libremente consentidas, formarían parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas y en particular en el ámbito de la Comunidad Tres Islas, a donde pertenecen todos los involucrados.

42. Si lo dicho es cierto y es además plenamente acreditable, como se deduciría de las abundantes instrumentales acompañadas a los autos, no existiría ninguna razón por la que la justicia ordinaria no tuviese que, tras merituar la cultura y costumbres de quienes habitan la Comunidad Nativa Tres Islas, resolver con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal cuyo texto regula el denominado error culturalmente condicionado conforme a los siguientes términos "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

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

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de habeas corpus en relación al extremo en que se reclama por vulneración a la jurisdicción comunal.

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de habeas corpus en relación al extremo en que se reclama por vulneración y amenaza a la libertad individual.

Publíquese y notifíquese

SS.

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NUÑEZ

SARDON DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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 si bien coincido con lo resuelto y con la gran mayoría de argumentos que sustentan el fallo, deseo hacer algunas precisiones:

1. Considero que debe explicitarse la razón por la que se declara improcedente la demanda con relación al extremo en que se solicita el cese de los actos de amenaza de la libertad individual del co-favorecido, don Herbert Cusurichi Payaba.

   Así, entiendo que ello obedece a que se encontraría pendiente de definición el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la absolución del referido co-favorecido en el proceso ordinario subyacente, dictada por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios mediante resolución de fecha 25 de enero del 2015, tal como se detalla en el fundamento 3 de la sentencia.

   En ese sentido, es de aplicación, a contrario sensu, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que establece que el proceso constitucional de hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

   En el caso de autos, al constatarse falta de firmeza en la resolución de fecha 25 de enero del 2015 que configura el acto que amenaza la libertad individual del co-favorecido, debe declararse la improcedencia de la demanda en el citado extremo.

2. Por otro lado, estimo oportuno introducir un matiz a lo expuesto en el fundamento 4 de la sentencia en donde se señala que en esta causa hubo un rechazo liminar de la demanda interpuesta, lo que podría dar a entender que estamos ante una causa que ha sido declarada improcedente en las dos instancias del Poder Judicial, cuando en segunda instancia se revocó la improcedencia dictada en primera instancia y se declaró infundada la demanda.

   Ello no obstante, deseo reforzar la aseveración contenida en el citado fundamento 4 de que el Poder Judicial, parte co-emplazada, no se halla en estado de indefensión, pues, adicionalmente a las razones allí indicadas, debo destacar que en la vista de la causa celebrada el 16 de octubre de 2015 en la ciudad de Arequipa, su

procurador adjunto hizo uso de la palabra.

3. Finalmente, me aparto de suscribir el fundamento 6 de la sentencia, en la medida que formula una crítica, que juzgo destemplada y por lo mismo impropia, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial de la sentencia recaída en el expediente 01126-2011-PHC/TC (la misma que firmé con la anterior composición del Tribunal Constitucional).

   La crítica se basa en considerar que no se efectuó un desarrollo analítico suficiente del contenido del artículo 149 de la Constitución.

   Desde mi perspectiva, la STC 01126-2011-PHC/TC - caso Tres Islas, contribuyó a consolidar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, y no merece el calificativo recibido de que –parafraseando lo expuesto en el citado fundamento 6– en realidad no dice mucho, casi nada, sobre el artículo 149 de la Constitución.

   No puedo secundar dicha crítica en los términos expuestos pues, valiéndome de lo manifestado por los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada en su voto singular respecto del auto de 5 de abril de 2016 recaído en el expediente 01969-2011-PHC/TC, implica "resquebrajar el respeto que debiéramos profesar" por nuestros colegas y ex colegas.

S.

URVIOLA HANI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto porque, si bien estoy de acuerdo en declarar como INFUNDADA la demanda, estimo que deben formularse una serie de precisiones respecto de ciertas afirmaciones que, a mi entender, son inexactas. La primera, relacionada con la supuesta delimitación de las materias que pueden ser conocidas por la justicia ordinaria y por la comunal; y, la segunda, vinculada con la aplicación de la figura del error de prohibición culturalmente condicionado.

a) Sobre la supuesta "delimitación" entre materias que son de competencia de la justicia ordinaria de aquellas que pueden ser conocidas por la justicia comunal

Advierto que en el fundamento 35 de la ponencia se indica lo siguiente

> En el escenario descrito, queda claro que por ejemplo, no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos que recaigan sobre derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc.

Al respecto, considero que la afirmación que se efectúa en la ponencia desconoce el margen de actuación con que cuenta la justicia comunal al momento de resolver los casos que son puestos en su conocimiento.

De conformidad con el artículo 149 de la Constitución, 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". De esta disposición se puede desprender que el constituyente ha configurado un límite material a la potestad de administrar justicia en el seno de las comunidades, y que está relacionado con el respeto de los derechos fundamentales. No puedo negar que una redacción así ocasiona no pocos problemas, ya que estas libertades se suelen caracterizar por estar reconocidas en términos indeterminados y genéricos, lo que demanda la participación de la judicatura a fin de lograr su concretización.

En este escenario, en el que confluyen distintos intérpretes de la Constitución (y, consecuentemente, de los derechos fundamentales), considero que no es apropiado que se afirme de manera rotunda qué bienes jurídicos deben ser tutelados en la vía ordinaria y cuáles en la comunal. Ya hemos advertido en una oportunidad anterior, que la Constitución protege la libertad de diferir, lo que implica la promoción de "un sistema de carácter dialógico en el que las distintas creencias y culturas tienen algo que aportar" [STC 02765-2014-PA/TC, fundamento 8]. Esto supone, que existen distintas nociones de "vida buena" o "justa", lo cual implica, como es evidente, que también se presenten distintas ideas respecto de lo que son los derechos fundamentales.

En ese sentido, afirmar qué conductas pueden ser enjuiciadas por la judicatura ordinaria y cuáles por la comunal implica una labor que, en principio, no creo que deba ser realizada en una sentencia por parte de este Tribunal. Antes bien, creo que demanda esfuerzos articulados entre distintas instituciones, profesiones y, evidentemente, culturas, a fin que, a través de un examen interdisciplinario, se pueda elaborar alguna propuesta que recoja un mínimo nivel de consenso que pueda llevarse exitosamente a la práctica. En principio, son el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República quienes deben promover esta clase de reformas, a fin de velar no solo porque los jueces y fiscales tengan una visión multicultural al momento de administrar justicia, sino también porque en las comunidades exista un importante nivel de certeza respecto de qué materias pueden ser enjuiciadas en su seno y cuáles no.

Por lo expuesto, considero que la delimitación que se propone en la ponencia es genérica y, por ello, potencialmente perjudicial para la justicia comunal, por lo que no suscribo los fundamentos que hacen referencia a ella, y particularmente el 35 de la sentencia.

b) La "aplicación" del error de prohibición culturalmente condicionado por parte del Poder Judicial

Por otro lado, en el fundamento 42 la mayoría de mis colegas efectúa la siguiente afirmación

> no existiría ninguna razón por la que la justicia ordinaria no tuviese que, tras merituar la cultura y costumbres de quienes habitan la Comunidad Nativa Tres Islas, resolver con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal cuyo texto regula el denominado error culturalmente condicionado.

Al respecto, estimo que dicha aseveración es impertinente para resolver la presente controversia, ya que se relaciona con el accionar futuro que pueda ejercer la judicatura al examinar el proceso penal que aquí se ha cuestionado. De este modo, no nos corresponde efectuar alguna clase de afirmación respecto de la forma en que el juez penal

deba resolver la denuncia formulada, pues ello supondría invadir las competencias que constitucionalmente se le ha asignado. Como hemos afirmado de manera constante en nuestra jurisprudencia, cuestiones como la subsunción de la conducta en un tipo penal determinado, o la valoración de las pruebas son cuestiones que, al menos en principio, le corresponde examinar a la judicatura ordinaria y no a este Tribunal. Esto tiene aun más sentido con los procesos penales que se encuentran en trámite, ya que el Poder Judicial tiene un importante margen de decisión al momento de examinar cada caso que es puesto en su conocimiento.

De ahí que la afirmación que se efectúa en la ponencia no solo es impertinente para resolver lo demandado en este habeas corpus, sino que además supone una injerencia en la forma cómo el juez penal debe resolver el caso que aun se encuentra en su conocimiento, lo cual es completamente ajeno a la jurisprudencia que reiteradamente ha emitido este Tribunal.

Todo lo anteriormente expuesto, sin embargo, no es contrario a mi idea de que la demanda debe ser declarada como INFUNDADA, pues no advierto que los hechos expuestos supongan alguna vulneración de los derechos alegados por la parte recurrente.

S.

RAMOS NUÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con desestimar la demanda, pero no con lo expresado en los fundamentos 6 al 36, ni menos aún en el fundamento 42. A mi criterio, por lo pronto, los fundamentos 6 al 36 contienen elucubraciones impertinentes o equivocadas.

Ciertamente, no comparto la opinión despectiva respecto al artículo 149 de la Constitución contenida en el fundamento 6 de la sentencia. Según este, dicho artículo de la Constitución: "[…] no dice en realidad mucho (en realidad [sic] casi nada)".

El denostado artículo 149 contiene una regla para delimitar los ámbitos de la justicia comunal y de la justicia ordinaria:

> 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.

Se puede estar a favor o en contra de esta delimitación, pero no afirmarse que no dice nada.

Sorprendentemente, el fundamento 9 —acaso para compensar el trato despectivo al artículo 149 en el fundamento 7— afirma luego que el reconocimiento de la justicia comunal contenido en dicho artículo "[…] representa un gran avance […]"

Tampoco. A mi criterio, no le corresponde al Tribunal Constitucional calificar los dispositivos o las normas contenidas en la Constitución ni favorable ni desfavorablemente. El Tribunal debe limitarse a aplicarlas.

El fundamento 11 busca concluir estas consideraciones presentando un juicio equilibrado entre la descalificación y el encomio a la norma constitucional, pero lo hace de manera confusa. La jurisdicción comunal, afirma: "[…] no debe […] ser entendida como todo lo que representa la norma fundamental o como la parte más importante de la Constitución".

¿Quién pretende señalar que el reconocimiento a la justicia comunal es "todo lo que representa la norma fundamental" o "la parte más importante de la Constitución"? Ciertamente, ninguna de las partes en este proceso.

Estas disquisiciones desembocan en los considerandos 21 al 32, que buscan legitimar el artículo 149 de la Constitución a base de su concordancia con el artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Esto es muy equivocado.

La legitimidad del artículo 149 no depende de su concordancia con ningún instrumento internacional, sino del hecho de estar contenido en la Constitución. No debiera el Tribunal Constitucional transmitir ninguna duda al respecto.

Por demás, resulta desconcertante que la parte resolutiva de la sentencia declare infundada la demanda, pero que su último fundamento le indique al juez penal que debe eximir de responsabilidad al demandante.

Evidentemente, el Tribunal Constitucional debiera limitarse a señalar que, en este caso, no puede oponerse el fuero comunal al ordinario porque se han violado derechos fundamentales.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

> Las comunidades nativas e indígenas deben ser escuchadas pero también deben generar algunos cambios en cuanto a la mejor protección de las niñas

Considero que en pleno siglo XXI no debería admitir dudas, en primer lugar, que una denuncia por violación sexual en agravio de dos hermanas menores de edad (13 y 12 años), en el ámbito de una comunidad nativa, no es de competencia de la justicia comunal sino de la justicia penal ordinaria; y, en segundo lugar, que no debería formar parte de ninguna costumbre comunal el que un adulto pueda tener relaciones sexuales con menores de 13, 12 o menos años de edad.

Este es uno de los pocos casos que llega al Tribunal Constitucional y plantean de modo específico el conflicto entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción penal ordinaria en materias tan relevantes como son las que involucran la violación sexual de menores de edad. De los diferentes bienes jurídicos que se encuentran en conflicto no cabe duda que uno de la mayor importancia es la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad que habitan en las comunidades nativas

Sin embargo, estimo que en la posición en mayoría del Tribunal Constitucional no se ha evaluado en toda su dimensión los graves efectos que puede generar para las comunidades nativas e indígenas la regla que se está instaurando en el fundamento 35: "queda claro que por ejemplo, no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos que recaigan sobre derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc." [resaltado agregado] Ante tal regla cabría preguntarse ¿cuál es la justificación para una regla general que involucra tantos bienes jurídicos?, ¿si el Parlamento aun no logra aprobar una ley de coordinación judicial entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción comunal, dada la complejidad de este tema, cómo así el TC logró establecer una regla general que opta por una posición tan drástica? ¿quiere decir entonces que con esta regla general del TC, ahora, automáticamente, las comunidades nativas e indígenas no pueden conocer ningún asunto que afecte bienes jurídicos como la libertad, la salud, la integridad moral, etc.?, ¿de qué

coexistencia de sistemas de justicia podríamos hablar si con la regla general del TC se opta por la jurisdicción ordinaria? o ¿después de dicha regla general del TC que queda de la autonomía de las comunidades indígenas y nativas con relación a tales bienes jurídicos? De seguro que determinadas costumbres comunales deberían cambiar, como es el caso de las relaciones sexuales de adultos con menores de 13, 12 o menos años de edad, pero ello no implica exigir el cambio en los casos de intervención en todos los derechos fundamentales. La familia, la propiedad, la libertad, la asociación, la integridad moral, entre otros bienes constitucionales, también pueden ser protegidos, en algunos supuestos, por la jurisdicción comunal. La respectiva delimitación de los ámbitos propios de cada jurisdicción o los que compartan es justamente una tarea que estimo debe ser abordada por una ley de coordinación judicial y no por una regla general del TC.

De igual modo, no comparto la posición en mayoría del Tribunal Constitucional cuando en los fundamentos 40 a 42 termina dando a entender que el respectivo juez penal en este caso concreto debería aplicar el artículo 15 del Código Penal y archivar el caso por configurarse un error culturalmente condicionado. En efecto, en los fundamentos 41 y 42 de la posición en mayoría se establece lo siguiente:

> 41. (...) de acuerdo con lo que señala el demandante del presente proceso constitucional y lo que aparece de las declaraciones de las presuntas agraviadas así como de uno de los procesados (don Juan Villar Vargas), el delito contra la libertad sexual (violación de menor) en realidad no habría existido, por dos razones básicas: a) las relaciones sexuales entre los procesados y las agraviadas habrían sido con absoluto consentimiento y producto de relaciones de convivencia producidas en diversos momentos; y b) las relaciones sexuales practicadas entre adultos y menores en edad de concebir que a la par sean libremente consentidas, formaría parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas y en particular en el ámbito de la Comunidad Tres Islas, a donde pertenecen todos los involucrados. [resaltado agregado]
>
> 42. Si lo dicho es cierto y es además plenamente acreditable, como se deduciría de las abundantes instrumentales acompañadas a los autos, no existiría ninguna razón por la que la justicia ordinaria no tuviese que, tras merituar la cultura y costumbres de quienes habitan la Comunidad Nativa Tres Islas, resolver con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal cuyo texto regula el denominado error culturalmente condicionado conforme a los siguientes términos: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o de-

> terminarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad (...)". [resaltado agregado]

De la revisión de tales expresiones debo advertir sobre la gravedad de que en un habeas corpus el Tribunal Constitucional deslice la idea de que el juez penal, en el proceso penal aquí cuestionado, "tuviese" que aplicar la eximente de responsabilidad penal del error culturalmente condicionado. Esta es una competencia exclusiva del juez penal. A los jueces constitucionales no les compete pronunciarse si en un caso penal se debe o no aplicar la aludida eximente de responsabilidad penal.

Peor aún, tengo la impresión que tal forma de obrar del Tribunal Constitucional no se condice con la función tuitiva que le corresponde sobre todo para cautelar los derechos de los niños. Hubiese sido interesante y necesario que en este habeas corpus se examine ¿cuál es el nivel de protección constitucional de los menores de 13, 12 o menos años de edad que forman parte de las comunidades nativas o indígenas cuando un adulto de estas comunidades pretende tener relaciones sexuales con tales menores?, ¿si ésta ha sido una costumbre practicada tradicionalmente en determinada comunidad nativa o indígena, debería seguir siendo permitida por nuestro ordenamiento constitucional?, ¿se puede hablar de libre consentimiento para tener relaciones sexuales en el caso de menores de 13, 12 o menos años de edad que forman parte de las comunidades nativas o indígenas? o ¿basta sólo que una menor de las comunidades nativas o indígenas se encuentre en "edad de concebir" para que se admita que puede elegir libremente con quien desea tener relaciones sexuales?

Al respecto, estimo que en un Estado Constitucional en el que conviven una comunidad nacional, comunidades nativas e indígenas, entre otras, el respectivo equilibrio que debe existir entre éstas parte del reconocimiento de que ninguna autonomía comunal es ilimitada y que su coexistencia requiere el respeto de determinadas obligaciones que posibiliten la vida en común. En lo que se refiere al caso concreto que llega al Tribunal Constitucional estimo que el respeto de la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad, garantizada por el Código Penal peruano es de aplicación a los menores de tales edades en toda la república, sean pertenecientes o no a las comunidades nativas o indígenas. Si es que existe una comunidad nativa o indígena que tiene la costumbre o permite que un adulto tenga relaciones sexuales con menores de 13, 12 o menos años de edad, ésta comunidad debería cambiar esta costumbre mediante los respectivos procesos educativos comunales y nacionales. La Constitución también protege los derechos fundamentales de estos menores de edad. Ni las "costumbres practicadas tradicionalmente", ni el supuesto "consentimiento", ni la "edad de concebir" deberían constituir criterios legítimos para legitimar que un adulto comunero sea eximido de responsabilidad penal por tener relaciones sexuales con menores de 13, 12 o menos años de edad.

Asimismo, entendiendo que casos comunales como el que se trae aquí no pueden ser investigados y juzgados por la jurisdicción comunal sino por la jurisdicción penal ordinaria, hubiese sido interesante y necesario que en este habeas corpus se examine ¿cuáles son los procedimientos que a nivel policial, fiscal o judicial deben establecerse para garantizar la salud física, psíquica y emocional de los menores de 13, 12 o menos años de edad agraviados sexualmente en el ámbito de las comunidades nativas o indígenas? Sobre el particular, es necesario atender, además de los procedimientos existentes para menores de edad en general, que se implemente algunos procedimientos especiales cuando se trate de menores de edad de las comunidades nativas o indígenas, los mismos que se aluden a asuntos relacionados con la necesidad de traductores, medidas de seguridad o tratamiento médico de ser el caso, entre otras.

Finalmente, se evidencia algunos graves errores de redacción en los fundamentos 23 y 34. En el fundamento 23 es erróneo asumir que la justicia comunal pueda conocer la eventual comisión de "ilícitos penales". La expresión "ilícitos penales" sólo tiene cabida en el ámbito de la jurisdicción penal. Y en el fundamento 34 se menciona la siguiente frase "(...) ningún delito que pueda, además de lesionar bienes jurídicos tutelados por la ley penal, lesionar el contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales o de bienes jurídicos de relevancia constitucional vinculados a estos (...)" [resaltado agregado] El error consiste en no considerar que los "bienes jurídicos tutelados por la ley penal" también son, en general, bienes jurídicos de relevancia constitucional.

Es por estas razones, entre otras, que estimo que la presente demanda debe ser declarada INFUNDADA en todos sus extremos. No se evidencia arbitrariedad en las decisiones de la jurisdicción penal ordinaria en cuanto se dispuso la restricción de la libertad personal de los comuneros favorecidos, ni tampoco la afectación de la jurisdicción comunal por haberse dispuesto que los hechos denunciados sean conocidos en la jurisdicción penal ordinaria. Seguidamente, se ampliarán los argumentos antes expuestos:

1. La protección especial de los niños en el derecho internacional de los derechos humanos

1. En primer lugar considero necesario hacer referencia a los principales instrumentos de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que resultan de aplicación al presente caso.

2. En la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño se señaló que

> Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo

que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia que:

Primero

El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

3. A su turno, la Declaración de los Derechos del Niño, considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, dispuso en el Principio 2, que

> El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

4. Más adelante, la Convención sobre los Derechos del Niño, estableció que

Artículo 2

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Artículo 3

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, 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.

Artículo 6

(...) Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

> Artículo 12
>
> Los estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

5. Por su parte, en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se dispuso que

> Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

6. Finalmente, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador, estableció que

> Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
>
> c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral.

7. A la luz de los citados instrumentos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dejado precisado que

> [L]os niños poseen derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.[1]

8. Podemos decir, entonces, que para dicho Tribunal estamos frente a una protección reforzada para los niños, niñas y adolescentes. Pero, además, para la Corte IDH los niños no son únicamente sujetos merecedores de protección especial, sino que los considera sujetos de derecho,

> La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.[2]

---

1 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 124, párr. 257.

2 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva CO-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Serie A No 17. Párr 41

9. Ahora bien, para garantizar la eficacia de la protección reforzada otorgada por los diversos instrumentos de derechos humanos, éstos han reconocido una serie de principios, siendo uno de los medulares el del interés superior del niño, respecto al cual en reiterada jurisprudencia la Corte IDH ha señalado que

> La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.[3]

Además, precisó que

> [P]ara asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña.[4]

10. Reforzando ello, la Corte en la parte decisoria de la Opinión Consultiva OC-17/2002, concluyó que

> 2. Que la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
>
> 8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la

3 Caso Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211, párr. 184. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 124, párr. 257

4 Caso Furlan y Familiares Caso Bulacio Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C Nª 246, párr. 126.

protección de todos los derechos del niño.

11. Por otro lado, en relación al art. 19 de la Convención de los Niños y Adolescentes, la Corte IDH estableció que

> [C]uando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades". [5]

12. A nivel del Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, sobre la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, referido también en el artículo 6, numeral 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en la Observación General N° 5, del 27 de noviembre de 2013, párrafo 13 precisó que

> El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños.

13. Además, el mismo Comité, en la Observación General Nº 4, del año 2003 señaló que:

> 14. La salud y el desarrollo de los adolescentes están fuertemente condicionados por el entorno en que viven. La creación de un entorno seguro y propicio supone abordar las actitudes y actividades tanto del entorno inmediato de los adolescentes -la familia, los otros adolescentes, las escuelas y los servicios- como del entorno más amplio formado por, entre otros elementos, la comunidad, los dirigentes religiosos, los medios de comunicación y las políticas y leyes nacionales y locales…Los Estados Partes deben adoptar medidas para sensibilizar sobre este particular, estimular y/o establecer medidas a través de la formulación de políticas o la adopción de normas legales y la aplicación de programas específicamente destinados a los adolescentes.
>
> 31. Los niños y adolescentes deben tener acceso a la información sobre el daño que puede causar un matrimonio y un embarazo precoces y las que

5 Caso Gómez Paquiyauri Vs. Perù. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C Nª 110, párr. 163. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de setiembre de 2003, Serie C Nª 100, párr. 134. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva CO-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Serie A No 17. Párr 56.

estén embarazadas deberían tener acceso a los servicios de salud que sean adecuados a sus derechos y necesidades particulares[...]

14. Es evidente que el mencionado desarrollo normativo y jurisprudencial sobre los derechos de los niños y las obligaciones del Estado respecto de ellos no se ha focalizado de modo especial sobre los niños de los pueblos originarios. Sin embargo, corresponderá a cada ordenamiento nacional verificar en qué medida se puede hacer compatible tanto el respeto de tales derechos como el respeto de las costumbres de los pueblos originarios.

2. Protección constitucional de los menores de 13, 12 o menos años de edad

15. En el paradigma del Estado Constitucional, la Constitución es una norma jurídico-política sui generis, por cuanto, de una parte crea al Estado, organiza a los poderes públicos y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico; pero de otra parte, ocupa una posición análoga a la que ocupaba su creador, es decir, el status de Poder Constituyente, de forma tal que deviene en la norma jurídicamente suprema (STC Nº 014-2003-AI/TC, FJ 2). Así, la Constitución se convierte en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella; razón por la cual, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, incluso, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad (STC Nº 014-2003-AI/TC, FJ 2).

16. Específicamente, puede señalarse que la Constitución manifiesta su supremacía normativa en dos dimensiones: una objetiva, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico (artículo 51º), y otra subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º), o de la colectividad en general (artículo 38º), puede desconocer o desvincularse respecto de sus contenidos (STC Nº 00005-2007-PI/TC, FJ 6).

17. Ahora bien, dicha Norma Fundamental, en razón de tales peculiaridades y de su posición como norma jurídico-política y como fuente de Derecho, detenta un carácter abierto y amplio, lo que plantea dificultades al momento de su interpretación.[6] A esto último se ha identificado como la problemática de la interpretación constitucional, temática básica para el Derecho Constitucional. Al respecto, en un ordenamiento jurídico como el peruano, dotado de una jurisdicción constitucional, es el Tribunal Constitucional el órgano de cierre de la interpretación constitucional, realizándola con eficacia vinculante tanto para el ciudadano como

6 HESSE KONRAD. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 2º Edición, p. 34

para el resto de poderes públicos[7]. Y lo que legitima dicha competencia es la idea según la cual todo poder se encuentra sometido a la Constitución, lo que solo será real si es que el Tribunal Constitucional expresa con lealtad, en sus sentencias, el contenido de la Constitución.[8]

18. Así, el contenido de la Constitución, o más específicamente, el contenido de la interpretación constitucional, consiste en el hallazgo del *resultado constitucionalmente correcto* mediante un procedimiento racional y controlable.[9] Para ello, es de capital importancia la aplicación de los principios de interpretación constitucional, como son: el de unidad, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y fuerza normativa de la Constitución (STC Nº 05854-2005-PA/TC, FJ 12), entre otros. En concreto, y en relación al caso que nos ocupa, cabe insistir en lo que prescribe el principio de concordancia práctica, en virtud del cual:

> toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 º de la Constitución) (STC Nº 05854-2005-PA/TC, FJ 12).

19. En suma, "los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad"[10]. Siendo ello así, un caso como el de autos demanda la resolución de eventuales tensiones a través de una solución interpretativa que armonice, de un lado, el mandato según el cual la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente (artículo 4º de la Constitución); y de otro, la autonomía que es propia de la función jurisdiccional que pueden ejercer las autoridades de las comunidades campesinas y nativas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario (artículo 149º de la Constitución).

20. En principio, si bien corresponde al legislador, por mandato expreso de la Constitución, el establecimiento de las formas de coordinación de dicha jurisdicción

7 Íd.
8 Íd.
9 *Ibíd.*, p. 35.
10 Íd., p. 67

especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial, considero necesario que el ejercicio de la libre configuración del legislador debe realizarse conforme a algunos criterios que haya podido establecer el Tribunal Constitucional.

21. Y es que la proscripción de violación de derechos fundamentales no solo es vinculante en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción especial, sino que se proyecta también hacia el propio diseño de la coordinación entre jurisdicciones y la determinación de criterios para la determinación de competencias entre las mismas, así como para la solución de controversias que eventualmente se presenten ante conflictos positivos competenciales.

22. Si bien todo ello debe garantizar la legislación que sobre el particular se desarrolle, ante la ausencia de la misma y frente al acontecimiento en la realidad de casos litigiosos vinculados con dicha temática (como el de autos, en el que una comunidad nativa solicita anular los actuados de la justicia ordinaria penal por considerar que ello es competencia comunal), el juez constitucional no puede dejar de impartir justicia (artículo 139º inciso 8 de la Constitución) con arreglo a los principios, reglas y valores constitucionales.

23. Al respecto, y dado que es menester la resolución del caso de autos pese al vacío antes anotado, cabe preguntarse, en tanto aspecto constitucionalmente relevante de la presente controversia, si una materia personalísima y, qué duda cabe, inexorable a la dignidad humana como la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 a menos años de edad-más allá del aparente consentimiento del menor en la consumación del acto sexual-, puede dejarse al arbitrio del legislador en el entendido de que determine libremente que casos vinculados con este bien jurídico protegido constitucional y convencionalmente, según los criterios de determinación de competencias que establezca, pueden ser de conocimiento de la jurisdicción especial.

24. Una pregunta como la anterior solo puede ser respondida negativamente si se parte de la Norma Fundamental y se la interpreta de acuerdo a su textura abierta y dinámica bajo los principios previamente destacados. Más aún, si nos atenemos a la tendencia jurisprudencial de este Tribunal, encontraremos que se ha afirmado y reafirmado la vinculatoriedad del principio del interés superior del niño, recogido en la Declaración de los Derechos del Niño y posteriormente asumido en la Convención de Derechos del Niño, (STC 04646-2007-AA/TC, FJ 42). Este principio, que tiene entre sus dimensiones, según la Observación General N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, la de ser un principio jurí-

dico interpretativo fundamental y a la vez una norma de procedimiento[11], deriva de forma implícita del artículo 4º de la Constitución antes mencionado (STC 03744-2007-PHC/TC, FJ 5). Recordemos en todo caso, que este Colegiado ha señalado sobre este principio en lo que respecta a la participación de los niños y adolescentes en procesos judiciales que:

> Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales (STC 03744-2007-PHC/TC, FJ 5).

25. Frente a esto último, cabe preguntar si la jurisdicción especial puede garantizar en todos los casos vinculados con la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad la atención especial y prioritaria que la propia Constitución exige a la jurisdicción ordinaria. Y la respuesta en este escenario también ha de ser negativa, más aún si cabe la posibilidad de que, para determinadas cosmovisiones que eventualmente tienen lugar en nuestro país, sobre cuya pluriculturalidad ha hecho énfasis también este Tribunal en su variada jurisprudencia, la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad, independientemente del aparente consentimiento del menor para la consumación de la relación sexual, no sea un bien jurídico especialmente protegido. De hecho, eso es lo que ha sucedido en el caso de autos, toda vez que de los actuados se desprende, como cita la mayoría del TC en su fundamento 41, que para el representante de la comunidad nativa "las relaciones sexuales practicadas entre adultos y menores en edad de concebir que a la par sean libremente consentidas, formarían parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas y en particular en el ámbito de la Comunidad Tres Islas, a donde pertenecen todos los involucrados".

26. El mandato constitucional del artículo 4º, en lo que respecta a la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad, más allá del aparente

11 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3°, párrafo 1), aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), párrs. 6-7.

consentimiento del menor en la consumación del acto sexual, no debe solo ser garantizado a los menores pertenecientes a la sociedad mayoritaria en tanto se vigile que en la jurisdicción ordinaria tales casos sean abordados a partir de una tutela preferente, especial y prioritaria. Se trata de un mandato constitucional exigible en todo el territorio de la República, en beneficio de todos los menores de 13, 12 o menos años de edad, independientemente de su origen o procedencia, por cuanto se trata de un bien jurídico personalísimo respecto del cual no se puede invocar una naturaleza cultural. La fuerza normativa de la Constitución exige que todos los poderes públicos y privados comprendan esto último y actúen en consecuencia.

27. En el caso de las comunidades nativas e indígenas del Perú, tal mandato constitucional, respetando los derechos y garantías de tales comunidades, exige el examen de sus diversas costumbres y la implementación de formas educativas que progresivamente generen los cambios necesarios sobre la protección de la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad respecto de las relaciones sexuales que adultos de su comunidad pretendiesen tener con estos. Esta fuera de duda que los casos de violación sexual de tales menores de edad deberán ser conocidos por la jurisdicción penal ordinaria y de ninguna forma por la jurisdicción comunal.

3. La urgencia de una ley de coordinación judicial entre jurisdicción nacional y jurisdicción comunal

28. No se puede pretender la activación de la competencia complementaria o alternativa de una u otra jurisdicción, de forma arbitraria o totalmente discrecional, en el entendido de que para ello el artículo 149 de la Constitución ha reconocido la facultad jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas, con apoyo de las Rondas campesinas, y ha ordenado la existencia de una ley que desarrolle la coordinación de estas instituciones con la jurisdicción ordinaria, la Justicia de Paz y demás instancias del Poder Judicial.

29. Asimismo, la Norma Fundamental contiene una serie de disposiciones que reconocen la identidad étnica y cultural de los integrantes de las comunidades campesinas y nativas como un derecho (artículo 2, inciso 19) y un deber del Estado de respetarla (artículo 2, inciso 19, y artículo 89). Lo cual, por un lado e interpretado en el marco del Convenio N° 169 de la OIT constituye un avance significativo respecto a las normas vigentes en materia de reconocimiento de la jurisdicción especial y de su relación con la jurisdicción ordinaria al momento de su promulgación.

30. Y, si bien, a partir del mandato constitucional se han impulsado diversos instrumentos legislativos[12] que han reconocido que las comunidades campesinas y nativas cuentan con la facultad de resolver conflictos, es de mencionar que ellas se han limitado a un listado de materias, sin pronunciarse sobre la coordinación jurisdiccional. La propia Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) tampoco establece disposiciones referentes a la coordinación con la jurisdicción especial.

31. Como resultado de lo previamente señalado, aun subsisten "supuestos conflictos competenciales", en materia de resolución de conflictos en los que se vulneran bienes jurídicos de tanta relevancia, como el del caso concreto, en los que nos permitimos discutir sobre cuestiones formales, cuando debería ser de mayor preocupación el solo considerar que en muchos casos, este tipo de vulneraciones quedaran impunes o serán castigados de manera simbólica por la justicia comunal.

32. Es por ellos que urge la necesidad de implementar una Ley de Coordinación Jurisdiccional entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal. A modo de contraste, veamos que, incluso a nivel constitucional, la Constitución Mexicana de 1917, reconoce la autonomía de los pueblos indígenas para *"Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y,* ***de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.*** *La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes."* De lo que se desprende que, por un lado se exige a las comunidades indígenas el establecimiento de reglas y procedimientos que en armonía con sus usos y costumbres protejan a las mujeres, su dignidad e integridad; y, por el otro, el acceso a la justicia ordinaria si estos preceptos no son respetados.

33. Habiendo citado la particularidad del caso mexicano, vale decir también, que al no contar con una ley específica de Coordinación Jurisdiccional Federal, algunos Estados han establecido límites al ejercicio de la jurisdicción indígena, como el caso del Estado de Oaxaca:

> Ley de Derechos de los Pueblos Comunidades Indígenas- Estado de Oaxaca, México
>
> Capítulo VI. De Las Mujeres Indígenas
>
> Artículo 45.- El Estado reconoce las diversas formas de organización de las familias indígenas como base de reproducción y sustentación de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca.

12 La Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656) y la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva (Decreto ley 22175).

Artículo 46.- El Estado promoverá, en el marco de las prácticas tradicionales de las comunidades y pueblos indígenas, la participación plena de las mujeres en tareas y actividades que éstos no contemplan y que tiendan a lograr su realización, su superación, así como el reconocimiento y el respeto a su dignidad.

Artículo 47.- A las mujeres y a los hombres indígenas les corresponde el derecho fundamental de determinar el número y espaciamiento de sus hijos; y al Estado, la obligación de difundir orientación sobre salud reproductiva de manera que aquéllos puedan decidir informada y responsablemente al respecto.

Artículo 48.- Las mujeres indígenas tienen derecho a recibir capacitación y educación bilingüe e intercultural para realizar actividades que estimulen su desarrollo integral.

Artículo 49.- El Estado asume la obligación de propiciar la información, la capacitación, la difusión y el diálogo, para que los pueblos y comunidades indígenas tomen medidas tendientes a lograr la participación plena de las mujeres en la vida política, económica, social y cultural de los mismos, a fin de cumplir cabalmente con el mandato del artículo 12 de la Constitución Estatal.

Artículo 50.- *El Estado garantizará los derechos individuales de las niñas y los niños indígenas a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad y a la seguridad de sus personas. Asimismo, sancionará en los términos previstos por el artículo 16 de la presente Ley la separación forzada de niñas y niños indígenas de sus familias, pueblos y comunidades.*

34. En este contexto, llama la atención que a nivel comparado, sobretodo regional, existan interesantes textos y proyectos legislativos en materia de Coordinación Jurisdiccional, las mismas que ofrecen razonables alternativas que conforme a sus competencias podrían ser analizadas por el Poder Legislativo.

35. A modo de ejemplo, es bastante ilustrativo contar con el marco legislativo del deslinde jurisdiccional de Bolivia, el cual ha replicado en países como Ecuador y Guatemala, quienes también aceleran trabajos para aprobar sus protocolos.

Ley de Deslinde Jurisdiccional, Bolivia

Capítulo II. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales

Artículo 5. Respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

I. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.

II. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.

III. Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.

880

IV. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

36. De las disposiciones citadas, se puede apreciar la particular protección que brindan a la especial situación de los derechos de los niños y niñas indígenas, y la protección que ante cualquier uso y costumbre de la comunidad ameritará la intervención del Estado. Ello no debe pasarse por alto en el ordenamiento jurídico peruano. Existe un considerable número de comunidades nativas e indígenas que merecen reconocimiento y por tanto ser escuchadas, pero también tales comunidades requieren estar atentas a aquellos cambios que puedan servir para una mejor convivencia de sus integrantes.

En suma, por las razones expuestas considero que debe declararse INFUNDADA la demanda de autos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Auto 03958-2017-PHC/TC

Proceso de Hábeas Corpus promovido por el recurrente Alberto Fujimori Fujimori, representada por Keiko Fujimori Higuchi. El Tribunal declaró improcedente el auto.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 04 de mayo del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró improcedente el auto motivado por el recurrente contra la Segunda Sala Especializada en lo Penal, por motivo de conceder el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias. Es claro precisar que se encontraba en libertad.

En ese sentido, se buscó que se declaren nulas las sentencias condenatorias de primer y segundo grado a través de las cuales se condenó al favorecido como autor del delito de secuestro agravado.

Atendiendo a lo sucedido, el Tribunal precisó que el beneficiario Alberto Fujimori Fujimori se encontraba en libertad, por lo que, en atención al objeto de tutela del proceso constitucional de hábeas corpus (artículo 200, inciso 1, de la Constitución y artículo 25 del Código Procesal Constitucional), carece de sentido emitir un pronunciamiento de fondo sobre lo planteado, en la medida que ha operado la sustracción de la materia.

En consecuencia, declaró improcedente la demanda de hábeas corpus, por haber operado la sustracción de la materia.

Temas claves: Indulto — derecho de gracia por razones humanitarias.

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 20 de febrero de 2018

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Keiko Sofía Fujimori Higuchi contra la resolución de fecha 11 de julio de 2017 (a fojas 132), expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos en cárcel, que declaró improcedente liminarmente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 24 de diciembre de 2017 se emitió la Resolución Suprema n.º 281-2017-JUS, la cual dispuso en su parte resolutiva "Conceder el INDULTO Y DERECHO DE GRACIA POR RAZONES HUMANITARIAS al interno del Establecimiento Penitenciario Barbadillo, ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI" y en cuyo amparo el beneficiario del presente hábeas corpus se encuentra actualmente en libertad.

2. Mediante la presente demanda de hábeas corpus se busca que se declaren nulas las sentencias condenatorias de primer y segundo grado a través de las cuáles se condenó al favorecido como autor del delito de secuestro agravado (fojas 2). Sin embargo, es evidente que la finalidad última de esta demanda es que se "ordene la inmediata libertad del favorecido" (fojas 18). Esta última pretensión es la que explica, precisamente, que los actores hayan acudido a este proceso de tutela de la libertad personal y no a otra vía, como la del proceso de amparo.

3. Como es de público conocimiento, y sobre la base de la resolución suprema antes mencionada, el beneficiario Alberto Fujimori Fujimori se encuentra actualmente en libertad, por lo que, en atención al objeto de tutela del proceso constitucional de hábeas corpus (artículo 200, inciso 1, de la Constitución y artículo 25 del Código Procesal Constitucional), carece de sentido emitir un pronunciamiento de fondo sobre lo planteado, en la medida que ha operado la sustracción de la materia.

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

aprobado en la sesión de Pleno del día 31 de octubre de 2017, y el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, con los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ledesma Narváez. Se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus, por haber operado la sustracción de materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

MIRANDA CANALES

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con mis colegas magistrados en declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus, promovida a favor de don Alberto Fujimori Fujimori, por haberse sustraído la materia controvertida, al haberse materializado la libertad del beneficiario, que era el objeto final del proceso, considero necesario precisar lo siguiente:

1. El indulto otorgado por el Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski Godard, el 24 de diciembre de 2017 pasado, a favor don Alberto Fujimori Fujimori, resulta conforme con la Constitución, toda vez que el numeral 21, del artículo 118 de la Norma Suprema, confiere expresamente al Presidente de la República, entre otras gracias, la prerrogativa de:

"Conceder indultos y conmutar penas".

2. Tal prerrogativa, que consiste en la facultad de suprimir la pena imputada a un condenado, es otorgada por el acotado numeral constitucional sin establecer condicionamiento constitucional para su ejercicio, lo cual impide someterla a regulaciones infraconstitucionales, que la constriñan, limiten o restrinjan. Sin embargo, y como lo tiene dicho el Tribunal Constitucional, no obstante a que está revestida del máximo grado de discrecionalidad, no está exenta de control jurisdiccional y debe ser ejercida sin infringir el principio de interdicción de arbitrariedad. (Cfr. fundamento 3 de la Sentencia 03660-2010-PHC/TC).

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo con el auto en mayoría por lo siguiente:

1. A mi juicio, a pesar de la sustracción de la materia, el agravio producido —la prisión efectiva de Fujimori por más de doce años— justifica analizar el fondo de la controversia, conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

2. La demanda busca que se anulen las sentencias que condenaron al exPresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato del secuestro agravado de Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia.

3. La demanda afirma que no existe ningún hecho que permita colegir que Fujimori tuvo participación en ello y que las sentencias sustentan su responsabilidad solo en su condición de Presidente de la República.

4. Específicamente, la demanda señala que se ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales —integrante del derecho al debido proceso— de Fujimori por la indebida aplicación de:

   - El agravante de "trato cruel" al delito de secuestro; y,
   - La modalidad de "autoría mediata".

   En lo que sigue, analizaré cada una de ellas.

Los "secuestros agravados"

5. El texto del artículo 152.1 del Código Penal, vigente en el momento de los hechos, señalaba lo siguiente respecto del delito de secuestro agravado:

   El que, sin derecho, priva a otro de su libertad personal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

   La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años cuando:

   1. El agente abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado (énfasis añadido).

6. El código distinguía —y distingue— entre el secuestro simple y el agravado. Este se configura cuando se presenta alguna de las circunstancias adicionales que precisa taxativamente —entre ellas, el trato cruel.

7. Evidentemente, si el secuestro conllevara en sí mismo el trato cruel, el Código Penal no lo calificaría como agravante. En tal perspectiva, todo secuestro sería agravado. No es ese el entendimiento del Código.

8. Gorriti fue detenido en su casa en la madrugada del 6 de abril de 1992, por un grupo de militares que lo llevaron al Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE). A la mañana siguiente, fue puesto en libertad.

9. En el caso de Dyer, la detención se produjo la noche del 27 de julio de 1992, cuando se encontraba en Migraciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, rumbo hacia los Estados Unidos.

10. La sentencia narra candorosamente que, cuando era trasladado al SIE, Dyer y sus captores pararon en el restaurante Las 4 Estaciones, donde compartieron sánguches y gaseosas.

11. Ya en el SIE, le entregaron sus pertenencias, incluyendo un celular —entonces no tan de uso común como ahora— con el que pudo llamar a su esposa, a diferentes autoridades y a militares amigos, para pedirles ayuda.

12. A Dyer se le estaba investigando por haber suministrado, supuestamente, armas a Sendero Luminoso. Ciertamente, no se encontró sustento a ello. Ayudado por algunos agentes de inteligencia, se escapó el 5 de agosto.

13. Las sentencias relatan tales hechos, pero no los ponderan debidamente. En vez de ello, prodigan definiciones de términos, en un discurso por demás desordenado y confuso.

14. El fundamento 694, en su numeral 5.II, de la sentencia de primera instancia señala que:

> el trato cruel equivale a todo maltrato objetivo o subjetivo (amenazas, presiones ideológicas, generación de angustia o zozobra) que padezca la víctima, pero del cual no debe derivar la muerte, graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental, o riesgo relevante para su salud (énfasis agregado).

15. Bajo tal definición todo secuestro es agravado y ninguno simple; si no, resultaría que, para los jueces demandados, habrían secuestros en los que las víctimas no tienen "angustia o zozobra".

16. Como indica el dictamen del fiscal supremo Pablo Sánchez —que intervino en la segunda instancia—, esta forma de entender las cosas desnaturaliza el concepto de agravante, convirtiéndolo en un elemento del tipo penal básico.

17. El fundamento 694 de la misma sentencia, por su parte, al pretender puntualizar en qué estuvo el "trato cruel", señala que los militares ejecutaron la detención aparatosamente, rastrillaron sus armas y utilizaron un lenguaje soez.

18. Empero, la Real Academia Española, en su Diccionario, dice que cruel es:

> adj. Que se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos.
>
> adj. Insufrible, excesivo. (…)
>
> adj. Sangriento, duro, violento. (…)

19. En dichos términos, resulta evidente que ninguno de los hechos anteriores puede calificarse de esa manera. Por ello, el dictamen del fiscal Sánchez concluye en los términos siguientes:

> La agravante trato cruel, en el plano fáctico, no tiene sustento en la realidad que sucedieron los delitos. Por tanto, estos hechos deben ser calificados como secuestro simple.

20. Contradiciendo al fiscal, sin embargo, la sentencia de segunda instancia insistió en calificar los secuestros como agravados, a base de acuñar un nuevo y peculiar contenido para el término cruel:

> La confluencia de [los] factores endógenos y exógenos no deben ser analizados únicamente desde la óptica de la víctima, como lo ha realizado el Fiscal Supremo, sino, a través de un estándar objetivo, estableciendo qué tipos de conducta constituirían trato cruel para una víctima estándar (énfasis añadido).

21. La estandarización supone recoger previamente observaciones de un fenómeno determinado, identificando características comunes en las mismas. El establecimiento de un estándar no puede ser automático.

22. Los jueces no sustentaron la existencia de la "víctima estándar" del delito de secuestro. Este proceder fue tanto más arbitrario si se considera la prohibición contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal:

> Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

23. Los propios jueces de segunda instancia demandados establecen que el trato cruel:

> requiere siempre de dos elementos: uno objetivo, que se manifiesta en la innecesariedad de padecimiento y otro subjetivo, que es el propósito o ánimo del agente de querer causar dolores innecesarios a la víctima. Ambos deben concurrir y ser debidamente valorados para determinar la configuración de la crueldad o cualquiera de sus formas, como lo es la agravante del secuestro, trato cruel (página 192).

24. Al recurrir al concepto de "víctima estándar", los jueces soslayaron el elemento subjetivo que ellos mismos señalaban como indispensable para la determinación del agravante trato cruel. Lo cruel, dijeron, es algo objetivo.

25. Por demás, las sentencias tampoco tomaron en cuenta que, cuando se produjeron las detenciones, Lima se encontraba en Estado de Emergencia (Decretos Supremos 019-92-DE-CCFFAA, 036-DE-CCFFAA y 050-DE-CCFFAA).

26. La Constitución de 1979 establecía que el Estado de Emergencia podía comprender la suspensión del ejercicio del derecho a la libertad y seguridad personales, previsto en su artículo 2, inciso 20, apartado g:

> Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde.

27. La sentencia de primera instancia afirmó que este régimen de excepción no aplicaba a Gorriti porque solo valía para personas sospechosas de cometer el delito de terrorismo. Tal afirmación no tiene asidero constitucional.

888

28. En la norma constitucional, el único límite a esta prerrogativa del Poder Ejecutivo radicaba en el tiempo que podía durar tal detención: veinticuatro horas, que no fueron superadas.

29. Dyer estuvo detenido diez días bajo cargos infundados de terrorismo, pero el segundo párrafo de la misma norma constitucional decía:

> Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término (énfasis añadido).

30. Por ello, dada la deficiente motivación de las sentencias cuestionadas, queda la duda respecto no solo a si hubo secuestro agravado sino incluso a si hubo siquiera secuestro.

La "autoría mediata"

31. El Código Penal establece la modalidad de autoría mediata en su artículo 23, en términos muy generales:

> El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción (énfasis añadido).

32. Esta definición implica que solo puede cometerse un delito por medio de otro —y haber, por tanto, autoría mediata— cuando se anula completamente la voluntad de ese otro y se lo convierte en un mero instrumento.

33. Evidentemente, la imputación de autoría mediata exige una fundamentación prolija, pues supone negar el carácter deliberado —propiamente humano— de la acción del ejecutor de un delito.

34. Si se reconoce que ese otro ha actuado —al menos, parcialmente— conforme a su voluntad, no habría autoría mediata sino, en todo caso, coautoría o autoría intelectual en quien estaba detrás de él.

35. La sentencia de primera instancia imputa a Fujimori la "autoría mediata" de los "secuestros agravados" de Gorriti y Dyer a base de dos hechos:

    - haber sido jefe del Estado cuando sucedieron; y,
    - haber dado el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, inmediatamente antes de que ocurriera el "secuestro agravado" de Gorriti.

36. La sentencia repite ad nauseam estos hechos, pasando por alto los abundantes indicios que sugieren que el asesor de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres fue el autor intelectual de las detenciones de Gorriti y Dyer.

37. Consta en el expediente que Montesinos se arrogó recurrentemente ser vocero de Fujimori frente a las autoridades gubernamentales y mandos militares, sabiendo que no tenían acceso directo a él para confrontar lo que les decía que dijo.

38. Ciertamente, Fujimori facilitó que esto ocurriera, al aparecer en público acompañado por Montesinos. Como jefe de Estado, no supo guardar las distancias debidas con un simple asesor de inteligencia.

39. Sin embargo, ello no lo hace autor mediato de los delitos que se le imputan —más aún, cuando ello contradice los siguientes testimonios que obran en autos:

    - El líder aprista Jorge del Castillo Gálvez y el jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), coronel EP Alberto Pinto Cárdenas, presentaron la "orden" con la que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas dispuso la detención de distintas personas. Esta estaba firmada por el general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos (fundamento 538).
    - César Barrera Bazán, exdiputado por Izquierda Unida y vicePresidente del Congreso de la República cuando ocurrió el golpe de Estado del 5 de abril, refirió que, después de los hechos, conversó con Hermoza, quien reconoció que firmó dicha "orden" porque Montesinos le dijo que Fujimori se negó a hacerlo (fundamento 643).

- Rafael Merino Bartet, asesor del Servicios de Inteligencia Nacional, sostuvo que, a instancias de Montesinos, él mismo redactó la referida "orden" para que se detuviera a distintas personas. Asimismo, indicó que este documento se lo hicieron llegar a Hermoza para que lo firmara (fundamento 545).
- El propio Hermoza dijo que firmó las órdenes de detención por disposición de Fujimori, pero reconoció que esta no le fue comunicada directamente por Fujimori sino por Montesinos (fundamento 231). Enfatizó que no sabía de la detención de Gorriti, de la que se enteró por los periódicos (fundamento 546).
- El general EP Pablo Carmona Acha refirió que Hermoza, en la reunión del 3 de abril de 1992, donde se planificó el golpe de Estado, expuso que podría haber detenciones durante las medidas iniciales, lo que correspondería a la Policía Nacional. Además, afirmó que desconocía si Fujimori dictó una disposición específica para las detenciones (fundamento 547).
- El general FAP Arnaldo Velarde Ramírez señaló que, cuando conversó con Hermoza sobre las detenciones, en atención a un documento firmado por él, le dijo solo que ello fue dispuesto por orden superior (fundamento 550).

40. La sentencia refiere también que en otro proceso el propio Montesinos declaró que no sabía si Fujimori tuvo conocimiento de las detenciones y que quien dispuso las detenciones fue Hermoza (fundamento 552).

41. A pesar de ello, la sentencia imputa la responsabilidad a Fujimori porque, como Presidente de la República, tenía el "dominio de la organización" (fundamento 556).

42. El golpe de Estado del 5 de abril infringió la Constitución, concentró el poder en manos de Fujimori y configuró un régimen autoritario, pero de ello no se infiere que la voluntad de los agentes estatales fuera sometida totalmente a la de aquel.

43. Dicho golpe no convirtió al Estado en una banda criminal y una organización totalitaria que se pueda equiparar al Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana y a Sendero Luminoso, como lo hace el fundamento 725.

44. Aceptar ello implicaría deslegitimar la Constitución de 1993 —redactada por el Congreso Constituyente Democrático convocado por Fujimori— y todas las instituciones creadas por ella, empezando por este Tribunal Constitucional.

45. La existencia misma de este Tribunal Constitucional —que es, esencialmente, un mecanismo de control del poder— indica que el concepto de autoría mediata no pueda extrapolarse a Fujimori sin una debida motivación.

Así, puesto que las sentencias impugnadas carecen de debida motivación, mi voto es por:

1. Declarar FUNDADA la demanda y, en consecuencia, NULA la sentencia de la Sala Penal Especial de 7 de abril de 2009, y la de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de diciembre de 2009, al haberse vulnerado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.
2. ORDENAR a los demandados no volver a incurrir en los actos lesivos que dieron origen a la presentación de la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

> Los procesos constitucionales constituyen una de las grandes conquistas de un auténtico Estado Democrático de Derecho, que todos debemos preservar

Considero que la demanda de autos debe declararse INFUNDADA en un extremo e IMPROCEDENTE en otro. Casos como el presente, en el que principalmente se cuestionan asuntos de orden penal que pertenecen en exclusividad a la esfera de competencias del juez penal, sólo reflejan el mal uso de una garantía que sólo está prevista para urgencias en la protección de la libertad personal. Éste es uno más de los tantos habeas corpus que se ha presentado a favor del demandante y a diferencia de varios de ellos, con una clara carencia de fundamentos.

Discrepo de la mayoría de mis colegas en cuanto han declarado la sustracción de la materia atendiendo a la libertad de la que hoy goza el demandante, producto del indulto y gracia presidencial otorgados por el Presidente de la República. En primer lugar, mi discrepancia radica en la oportunidad del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Este debió realizarse luego de conocerse la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, como es de público conocimiento, ha solicitado al Estado peruano el expediente administrativo del referido indulto y se encuentra pendiente de pronunciamiento. En segundo lugar, pese a verificarse el ejercicio físico de la libertad del demandante (debido al indulto y gracia presidencial antes referidos y sobre cuya constitucionalidad aún no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional), estimo que, en el extremo que se cuestiona la motivación de la autoría mediata, se puede ingresar al fondo y verificar si las resoluciones judiciales cuestionadas han sido expedidas conforme a Derecho o no.

Argumentos de la nueva demanda de habeas corpus

1. La demanda presentada con fecha 19 de mayo de 2017 a favor de Alberto Fujimori Fujimori, cuestiona la sentencia de fecha 7 de abril de 2009, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, y la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, alegando que vulnera su derecho a la libertad en conexidad con el debido proceso, específicamente, el:

"a) principio de imputación necesaria (conformado por el principio de legalidad, derecho a la defensa, derecho a la prueba y derecho a la presunción de inocencia); b) derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales; y c) principio de interdicción de la arbitrariedad" (fojas 1).

2. Refiere (fojas 3) que el principio de imputación necesaria tiene tres exigencias: a. Que se describa e individualice el hecho imputado. b. Que a partir de este hecho se elabore una correcta subsunción jurídica. c. Que se acredite el hecho imputado.

3. Tales exigencias, sostiene, deben hacerse prevalecer sobre todo al momento de condenar y que en el caso de las sentencias cuestionadas, "se ha infringido el principio de imputación necesaria dado que no se ha descrito e individualizado un hecho que se le pueda atribuir al favorecido, como sustento de su participación en el delito de secuestro agravado, tampoco para imputar los delitos de homicidio calificado y lesiones. Al no existir un hecho imputado, tampoco ha sido posible hacer un juicio de subsunción jurídica (...) lo que sostenemos y tenemos cómo acreditarlo, es que al ex Presidente Fujimori se le condenó sin que se le haya podido atribuir un hecho concreto (...) Lo que sustenta la responsabilidad penal del favorecido -según las sentencias que lo condenan- es su condición de Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, y para poder sostener esto se confeccionó una teoría ad hoc sobre la autoría mediata aplicable al caso del ex Presidente " (fojas 3).

4. Por otra parte, en cuanto a la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad y a la debida motivación, refiere que el demandante fue condenado por una circunstancia agravada que no existía (fojas 7): "las sentencias cuestionadas han construido una condena contra el ex Presidente Fujimori como autor mediato del delito de secuestro agravado sin que exista un sólo hecho que se le pueda imputar (...) el razonamiento que llega a la conclusión de que Alberto Fujimori fue autor mediato del delito de secuestro agravado omite, arbitrariamente, que quienes dieron la orden del secuestro de Gustavo Gorriti, fueron los altos mandos del Ejército peruano" (sic), "por lo tanto, los autores mediatos, según los hechos del caso y según la doctrina penal, serían estos altos mandos".

5. Asimismo, sostiene que "según la doctrina, ejemplos de trato cruel serían, privarle de alimento al secuestrado, privarle de bebida, de abrigo, mantenerlo encapuchado con dificultades respiratorias y al mismo tiempo con las manos atadas a la espalda, o se le encierra con animales repugnantes; se le infringe torturas a la víctima con golpes de puños, puntapiés, culatazos con fusil, ahogando en el agua, enterrándola hasta el cuello, etc. Nada de eso se desprende de los casos Gorriti y Dyer" (fojas 9).

6. Finalmente, agrega que "si la alegación de trato cruel (en la ejecución del hecho) constituye ya una interpretación arbitraria de los hechos del caso, conectar mecánicamente el trato cruel con la autoría mediata representa el mayor atropello a los hechos y al Derecho en el presente caso, en perjuicio directo del favorecido. En efecto, la crueldad es una característica del hecho material realizado por los ejecutores, y no un aspecto que se pueda inferir de manera automática como atributo de la autoría mediata" (fojas 15).

Examen de los cuestionamientos sobre si los hechos del caso penal son compatibles o no la agravante de trato cruel

7. Adicionalmente a lo antes expuesto en la demanda de autos, se citan extractos de los testimonios de Gustavo Gorriti Ellembogem y de Samuel Dyer Ampudia, en la sesión del 11 de enero de 2008, sobre el delito de secuestro y la agravante de crueldad (fojas 10 a 12), con la finalidad de acreditar que "las características del arresto que sufrieron los señores Gorriti y Dyer no son compatibles con la agravante de trato cruel, de acuerdo a lo que establece la doctrina, la jurisprudencia y los hechos descritos por las propias víctimas. Dado que las víctimas no alegaron crueldad, las sentencias cuestionadas, infringiendo el principio de debida motivación así como el principio de interdicción de la arbitrariedad, llegaron al absurdo jurídico de señalar que sí hubo trato cruel y que éste no debía ser medido desde la óptica de los agraviados, sino desde la que corresponde a una víctima estándar. En otras palabras, las Salas penales supliendo a las víctimas alegaron un trato cruel que estas nunca reconocieron" (fojas 12).

8. Sobre el particular, estimo que debe declararse IMPROCEDENTE este extremo de la demanda, pues los argumentos de la parte demandante no son de recibo en el ámbito de la justicia constitucional. En efecto, corresponde de modo exclusivo a los jueces penales la evaluación de los hechos del caso penal, si estos se subsumen en un determinado tipo penal o si se configura una determinada agravante.

9. Todos podemos tener un punto de vista sobre si se cometió o no un determinado delito o sobre la justicia de un caso concreto, pero las autoridades competentes que deben determinarlo son los jueces penales, quedando excluidos, incluso, los jueces constitucionales. Si bien estos últimos tienen competencia para la protección de los derechos fundamentales ello no implica que reemplacen a los jueces penales. Por ejemplo, un juez constitucional de habeas corpus que deba controlar si se han respetado o no los derechos fundamentales de un inculpado en una sentencia penal, tiene una actuación limitada. Por ejemplo, no puede verificar la veracidad de hechos específicos o la contradicción entre hechos, no puede valorar los medios probatorios, no puede afirmar si un hecho se subsume o no se subsu-

me en un tipo penal o si se configura una u otra agravante, entre otras limitaciones. No sólo porque el proceso constitucional no tiene estación probatoria sino porque no son competencias del juez constitucional.

10. Tal línea de razonamiento la ha expuesto el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, específicamente en casos como aquel del Expediente 09746-2005-PHC/TC que cita la célebre fórmula Heck del Tribunal Constitucional Federal Alemán: "La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto." (BverfGE 18,85 -sentencia del 10 dejunio de 1964-)".

Examen de las resoluciones judiciales impugnadas

11. Habiendo examinado las resoluciones cuestionadas en el presente habeas corpus, no se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales del favorecido. En tales resoluciones los jueces emplazados han motivado de modo suficiente las razones que para ellos justifican la condena impuesta, en especial, la condición de autor mediato del favorecido Alberto Fujimori Fujimori.

12. En la sentencia de fecha 7 de abril de 2009, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, se desarrollan los siguientes items:

> **SECUESTRO DE GUSTAVO ANDRÉS GORRITI ELLENBOGEN**
>
> **(...)**
>
> **§ 3. Apreciación individual de la prueba personal.**
>
> 538°. Los testigos Del Castillo Gálvez y Pinto Cárdenas presentaron en el acto de su declaración plenarial copia simple del documento denominado "orden", corriente a fojas veintinueve mil cuatrocientos treinta y siete y treinta nueva mil cuatrocientos cuarenta y dos. Dicho documento tiene el siguiente tenor:

"ORDEN Por disposición superior el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas ordena al personal militar y policial portador del presente documento proceda a la detención de los elementos cuyo nombre e identidad ha sido verbalmente proporcionado a los grupos de intervención respectivos. Para el cumplimiento de la presente orden deberá actuarse reglamentariamente. Lima 05.04.1992. Firmado: Nicolás de Bari Hermoza Ríos, General de Ejército, presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas". Este documento ha sido reconocido por el general EP Hermoza Ríos. Quien redactó el formato fue Merino Bartet, funcionario del SIN, que admitió tal hecho en su declaración plenarial.

(...)

§ 4. Valoración integral de la prueba aportada.

(...)

557°. Por todo lo expuesto, no cabe sino concluir que el acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI en virtud del control del sector militar y de inteligencia que ostentaba decidió o autorizó la privación de libertad del agraviado Gorriti Ellenbogen, y de otros ciudadanos, que fueron secuestrados, trasladados a centros de detención ilegales, integrantes de los establecimientos castrenses, donde permanecieron privados de libertad por un tiempo variable.

El agraviado Gorriti Ellenbogen, como periodista de investigación, había cuestionado abiertamente a Montesinos Torres y publicado crónicas en ese sentido, que además importaban una crítica directa a un modelo de organización de las Fuerzas de Seguridad y una forma o estilo de ejercer el poder en su conjunto. Era, pues, un opositor y, como tal, es explicable o causal la privación de que fue víctima, cuya prolongación fue evitada –según relató– por la oportuna intervención del Embajador de España en el Perú y del Subsecretario de Estado para América Latina de los Estados Unidos, que se encontraba en el país. Es posible contar con un motivo específico y personal de Montesinos Torres para secuestrar al agraviado,pero ello no niega lo anterior y, menos, descarta el conocimiento de ese hecho del acusado Fujimori Fujimori, que como ya se ha expuesto no podía ser ajeno a la lista de afectados, tanto más si la privación de libertad de Gorriti Ellenbogen no fue un acto sorpresivo, a partir de una actitud hostil de su parte en el curso de la rebelión militar, sino una maniobra cuidadosamente diseñada, que como mencionó pasaba por un seguimiento desde el día anterior.

(...)

SECUESTRO DE SAMUEL EDWARD DYER AMPUDIA

(...)

§ 4. Valoración integral de la prueba aportada

(...)

571°. Ahora bien, ¿Cuál fue el papel del acusado Fujimori Fujimori en la privación de libertad del agraviado Dyer Ampudia? Él afirma que desconoció de esa privación de libertad y de la reclusión del agraviado en los calabozos del SIE, no obstante que en esa fecha, por medidas de seguridad, residía en sus instalaciones. El agraviado Dyer Ampudia ha expresado que en una ocasión –estando ilegalmente preso– se percató de la presencia del acusado cuando transitaba por el lugar acompañado de una comitiva, y que si bien gritó para atraer su atención, no tiene seguridad que lo escuchó y, por tanto, que conoció de su presencia ilegal en el SIE. Es evidente, por otro lado, que el acusado Fujimori Fujimori por fuente abierta tuvo que enterarse –y de hecho así fue– de los reclamos de Dyer Ampudia, una vez que recuperó su libertad –las notas del diario la República son suficientes a este efecto–, y que –pese a ello– no hizo nada para esclarecer internamente tan graves cargos –además, por cuenta del agraviado, se cursaron comunicaciones al despacho Presidencial–. Es más, no sólo omitió disponer las medidas de investigación respectivas, sino que aceptó los actos de persecución adicionales, al punto de sindicarlo públicamente de narcotraficante y descartar de raíz sus denuncias, defendiendo el rol de Montesinos Torres en el SIN.

(...)

573°. Lo sucedido con el agraviado Dyer Ampudia, por su magnitud, extensión y repercusión pública, no puede considerarse, en modo alguno, un acontecimiento aislado, desvinculado del poder político, que sólo quedó en un segundo nivel, como una acción autónoma del conductor del SIN, de Vladimiro Montesinos Torres, quien invocó falsamente la disposición del presidente Fujimori Fujimori. El hecho inmediatamente posterior, cuyo punto culminante fue la intervención pública del acusado Fujimori Fujimori, que llegó a calificar de narcotraficante al agraviado –que, como quedó probado, proclamaba públicamente su inocencia y denunciaba los actos de hostilización y persecución de que era víctima–, y desde la lógica institucional que se configuró con el rol asumido por el SIN y el papel de Montesinos Torres, como ha quedado establecido en los capítulos precedentes, permite

advertir que el primero de los nombrados, el acusado Alberto Fujimori Fujimori, intervino en los hechos desde su inicio, y no sólo para atacar al agraviado en base a información proporcionada por los estamentos del Estado y minimizar la gravedad de sus denuncias, que incluso fueron tomadas en cuenta por la OEA.

(...)

La condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori

745°. La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme al Capítulo II de la Parte III y a lo expuesto en los parágrafos anteriores de este Capítulo, está suficientemente acreditada. Se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto, es de mencionar los siguientes datos relevantes:

1. El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.

2. Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.

3. En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos –de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la República y zonas aledañas.

4. En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.

5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército.

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales. [resaltado agregado]

8. Por lo demás, en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

746°. Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder orga-

nizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo ejecutor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional. (...)

748°. Por tanto, si los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un modus operandi propio, cuando menos, de la segunda de aquellas expresiones de criminalidad estatal descritas, la autoría mediata por tales hechos le alcanza plenamente al acusado Fujimori Fujimori.

13. En segunda instancia, la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2009, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, desarrolla los siguientes items (fojas 231 en adelante):

De la condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori

900

A partir de lo señalado este Tribunal Supremo llega a la conclusión que los elementos fácticos y jurídicos antes expuestos, posibilitan, en el caso concreto, atribuir objetivamente al acusado Fujimori Fujimori la condición de autor mediato [por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados] de los delitos de asesinato, secuestro y lesiones, por los siguientes criterios:

Se ha establecido que el acusado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como presidente de la República en la época de los hechos comandaba las Fuerzas Armadas y Policiales, en virtud de ello ejercía sobre éstas facultades y poder de mando discrecional; poder de mando que no necesariamente debe de darse por acreditado de manera escrita sino que ésta en el ámbito fáctico se traducía en forma oral, como se desprende del audio rotulado "Entrevista RPP- Raúl Vargas-Alberto Fujimori Fujimori" y cuyo contenido se detalla en la presente sentencia; y como aparece de la publicación en el diario "El Comercio" del quince de diciembre de mil novecientos noventa y uno, cuando anunció en Ayacucho la entregas de armas a ronderos del río Apurimac, precisando: "por eso he ordenado al general Martínez que el los próximos cuatro meses se distribuyan doscientos escopetas para las rondas campesinas", y como emerge de otros documentos que la sentencia recurrida a remarcado.

El acusado Fujimori Fujimori, aprovechando que se encontraba en la cúspide del poder estatal, para contrarrestar a las organizaciones subversivas terroristas que operaban desde la década de los años ochenta en el territorio peruano, ejerció poder de mando para la conducción de las estrategias cuyo objetivo era la eliminación física de presuntos terroristas, para lo cual utilizó un aparato organizado estatal - Grupo Colina -para responder al terrorismo subversivo, al delito con el delito. Aparato que se articulaba jerárquicamente con su entonces asesor Vladirniro Montesinos Torres y la intervención del general EP Hermoza Ríos, quien ocupaba el cargo más alto en la jerarquía castrense, en base a las unidades centrales y derivadas del Sistema de Inteligencia Nacional -SINA-.

Resulta evidente y la historia lo ha de registrar así, que funcionó una suerte de tríada o triángulo de poder conformada por Fujimori Fujimori, en el vértice, y secundándolo, Montesinos Torres con Hermoza Ríos, quienes desde la más alta esfera dominaron el curso de los acontecimientos delictivos que han sido materia de juzgamiento.

Así, específicamente existía una correlación de poder entre Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres, acentuándose básicamente en la estructura militar, toda vez que, éste último era quien disponía la permanencia y los ascensos de los oficiales de las más altas jerarquías.

Es en este entramado que Alberto Fujimori Fujimori, posibilitó el uso de recursos económicos estatales a fin de que sean administrados por su entonces asesor Vladimiro Montesinos Torres, en el Sistema de Inteligencia Nacional, mediante la transferencia de fondos de las instituciones militares y policiales "desvío de fondos" al SIN, los que fueron posteriormente habilitados a los integrantes de este Destacamento.

Dada la transcendencia de los recursos del Estado, su utilización no podía estar fuera del marco del conocimiento de los Jefes Superiores (tanto militar como civil), ya que en la línea de los actos ejecutados no era posible que los integrantes del grupo "Colina" respondieran a la decisión voluntaria de cada uno de los ejecutores materiales, menos aún que fuera de conocimiento aislado de sus superiores, en tanto, el destacamento "Colina", para el planeamiento de sus actividades no solo utilizaba las instalaciones del Ejército Peruano, sino también los bienes de esta entidad; así constituye hech o probado y no cuestionado que fueron integrantes de menor graduación militar los ejecutores materiales en los asesinatos de "Barrios Altos v La Cantuta" utilizando no solo vehículos y armas sino también, agenciándoseles sumas de dinero para su funcionamiento como grupo especial.

No resulta verosímil la hipótesis de defensa o como versión periodística, deslizada indirectamente, de que Martín Rivas, jefe del Grupo Colina, en un arrebato personal, creyéndose un héroe, a su libre albedrío, ordenó los crímenes de "Barrios Altos" y "La Cantuta", pues en una estructura organizada de poder donde priman las relaciones verticales, como dicen los argentinos " nadie se manda solo" o "por su cuenta", sino que la decisión criminal provino del más alto nivel jerárquico de la organización.

Desde la cúspide del poder el procesado Fujimori Fujimori, valiéndose de la libre y voluntaria disposición de los ejecutores, los instrumentalizó para obedecer y cumplir órdenes ilícitas, entre ellas, la intervención y eliminación física de presuntos terroristas, así como los secuestros de Gorriti y Dyer. El denominado "Grupo Colina" se encargó de ejecutar la política adoptada por Fujimori Fujimori, o "guerra de baja intensidad" (...).

En este contexto, el acusado Fujimori Fujimori, teniendo pleno dominio de un aparato organizado utilizó métodos y medios ilegales para asegurar los logros del poder que detentaba v desde ese momento empezó a apartarse de sus deberes de Presidente y del ordenamiento jurídico.

Por la forma como ocurrieron los crímenes de "Barrios Altos" y "La Cantuta" y "los secuestros de Gorriti y Dyer", queda claro que los agentes estatales ejecutores no fueron los mismos en cada operativo, lo que pone en evidencia que podían ser intercambiados por otros, dándose así el presupuesto de fungibilidad, expresándose alta disponibilidad al hecho criminal porque los integrantes del "Grupo Colina" estaban capacitados.

La sentencia recurrida y lo desarrollado en la presente Ejecutoria, dan cuenta de la prueba indiciaría que lleva a determinar que Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, es autor mediato en los delitos de asesinato, lesiones y secuestro, mediante el dominio de la voluntad de un aparato organizado de poder.

14. Como se aprecia en los aludidos fundamentos, los jueces penales emplazados han justificado de modo suficiente las razones que para ellos ha justificado la condena impuesta, en especial los argumentos sobre la autoría mediata del favorecido Alberto Fujimori Fujimori, por lo que considero debe declararse INFUNDADA la demanda de autos en este extremo.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Coincido con lo resuelto por mis colegas. Por ello, emito este voto, con fecha posterior, en el sentido de declarar como improcedente la demanda de hábeas corpus por haber operado la sustracción de la materia. Sin embargo, considero que es importante precisar algunas cuestiones que conciernen a los alcances de lo que aquí ha decidido el Tribunal Constitucional.

*

Advierto que el acto específico que motivó que opere la sustracción de la materia en este caso viene dado por los efectos de la Resolución Suprema 281-2017-JUS, de fecha 24 de diciembre de 2017, mediante la cual el Presidente de la República, en aplicación del artículo 118, inciso 21, de nuestra Constitución, le concedió al beneficiario el indulto y el derecho de gracia respecto de las condenas y procesos penales vigentes en la fecha de la expedición del referido acto. Por lo tanto, es en virtud de dicha resolución suprema que actualmente el beneficiario se encuentra en libertad.

La sustracción de la materia supone una causal de improcedencia de la demanda, de conformidad con el inciso 5 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, por cuya virtud no son procedentes los procesos constitucionales cuando ha cesado la amenazada o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable. La aplicación de esta causal de improcedencia no supone un juzgamiento sobre el fondo del asunto, sino que tan solo se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional por la comprobación de una situación fáctica acaecida. En este caso, dicha situación fáctica es el hecho de encontrarse en libertad la persona en cuyo favor se solicitó la nulidad de las sentencias condenatorias en su contra y, en consecuencia, que se ordene su inmediata libertad. La pretensión, así, carecería de sentido. En efecto, lo que en este proceso se ha solicitado es que se declare que la resolución que condenó al beneficiario sea anulada por vulnerar, presuntamente, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y, como consecuencia de ello, que se ordene su inmediata libertad. Sin embargo, al haberse ya presentado este escenario, el Tribunal no podría ordenar que se restituya su libertad.

En este sentido, el Tribunal ha declarado que [cfr. 3778-2004-AA/TC; 04530-2012-PA/TC; 05452-2011-AA/TC, entre otros], para que opere la causal de improcedencia

contenida en el artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional, debe configurarse, al momento de la presentación de la demanda, uno de los siguientes supuestos:

a) Que la violación o amenazada de violación de un derecho haya cesado, o

b) Que la violación o amenaza de violación de un derecho haya devenido en irreparable.

En el caso de autos, es claro que nos encontramos en el primer supuesto. Lo que cabría preguntarse, entonces, es si resulta necesario que a pesar de haber operado la sustracción de la materia este Tribunal emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto litigioso.

Sobre este punto en particular es necesario recordar que, en su devenir jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha tenido a bien establecer que el instituto de la sustracción de la materia implica dos tipos de regímenes procesales a saber:

a) Régimen ordinario: en el que se hace innecesario un pronunciamiento de fondo y, más bien, se declara improcedente la demanda. Este panorama se presenta en escenarios temporales distintos: (i) cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad tiene lugar antes de la interposición de la demanda (artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional) o (ii) cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad se produce luego de haberse interpuesto la demanda (artículo 1, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional, interpretado a contrario sensu) [Cfr. Exp. 02960-2013-PA/TC; Exp. 03073-2013-PA/TC; 03360-2013-PA/TC, entre otros].

b) Régimen excepcional: este segundo régimen procesal opera cuando, sin perjuicio de haberse declarado la sustracción de la materia, se emite un pronunciamiento sobre el fondo del asunto considerando la magnitud del agravio producido. En este caso, puede declararse fundada la demanda, de conformidad con la previsión del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, tan solo con el fin de exhortar al emplazado a no reiterar los actos violatorios alegados [Cfr. Exp. 03266-2012-PA/TC, fundamento 3]. En estos supuestos hay que tomar en cuenta que la emisión de un pronunciamiento estimatorio no podrá aplicarse al caso concreto, sino a los que se presenten en el futuro [Exp. 8089-2013-PHC/TC, fundamento 7].

Así las cosas, considero que no existe motivo alguno para la aplicación del régimen excepcional de la sustracción de la materia —que supone la emisión de una sentencia de fondo— en tanto y en cuanto no se evidencia una magnitud del agravio que así lo justifique. En todo caso, como su propia denominación lo establece, se trata de un régimen excepcional por naturaleza.

Es necesario hacer hincapié también en que el indulto y el derecho de gracia concedidos mediante la Resolución Suprema 281-2017-JUS constituyen claramente un hecho ocurrido con posterioridad a la fecha de la interposición de la demanda de hábeas corpus e, incluso siendo exactos, es un hecho posterior tanto a la interposición del curso de agravio constitucional como a la vista de la causa ante este Tribunal. Por lo tanto, en el estado actual de las cosas el caso ha recaído en el segundo supuesto planteado en el régimen ordinario de la sustracción de la materia en virtud del cual se debe disponer la sustracción cuando la afectación alegada cesa luego de interpuesta la demanda.

**

No obstante, también soy de la opinión que resulta necesario dejar claramente señalado que esta decisión no supone, bajo ningún punto de vista, que este Tribunal esté convalidando o legitimando en términos constitucionales lo dispuesto en la Resolución Suprema 281-2017-JUS. El análisis de la referida resolución en dichos términos supera claramente los fines del presente proceso de hábeas corpus, además de no haber sido planteado por las partes. Mucho menos supone, como es lógico, un juicio sobre la convencionalidad o inconvencionalidad de la precitada resolución suprema. Dicho de otro modo, al haber declarado la sustracción de la materia en este caso no se ha evaluado —porque no correspondía hacerlo— si es que lo dispuesto por la Resolución Suprema 281-2017-JUS resulta compatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de Derechos Humanos.

Ello no quiere decir tampoco que la justicia constitucional esté impedida de controlar, de darse el caso, si es que la aludida resolución suprema se adecua o no a los parámetros exigidos por nuestra Constitución e incluso por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte. La posibilidad de realizar un control jurisdiccional sobre esta clase de actos se sustenta, desde luego, en que actualmente la Constitución, al ser una norma jurídica y no solo política, proyecta su fuerza normativa sobre todo acto estatal, no importando la naturaleza específica de dicho acto ni la autoridad que lo expide. Esto reafirma, una vez más, que en un Estado Constitucional de Derecho no existen zonas exentas de control constitucional, ni siquiera los así denominados "actos políticos" o, como en el derecho anglosajón se les llama, las "political questions".

La idea según la cual estas cuestiones se encontraban libradas totalmente de cualquier límite constitucional o legal se ha ido erosionando para dar lugar a una concepción más bien omnipresente de la Constitución. Sostener una afirmación en contrario sería tanto como desconocer que nuestra Constitución ha perdido, en ciertos espacios, su calidad de norma suprema, olvidando así que el artículo 51 de nuestra carta establece de manera explícita la supremacía de la Constitución.

Ejemplos claros de esta fuerza normativa son los casos recaídos en los Expedientes 2409-2002-AA/TC (Caso Gonzales Ríos) o 5854-2005-PA/TC (Caso Lizana Puelles) en los que se sostuvo, a pesar del texto constitucional incluso, que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y del Jurado Nacional de Elecciones, respectivamente, si son revisables jurisdiccionalmente. Incluso, en una cuestión reservada como discrecional para el Presidente de la República como lo es el decidir el pase a la situación de retiro por renovación del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, este Tribunal ha considerado que el ejercicio de dicha facultad debe ser ejercida de acuerdo a los parámetros constitucionales en general, y de acuerdo con el derecho a la debida motivación de las decisiones administrativas, en particular [Cfr. Exp. 0090-2004-PA/TC, Caso Callegari Herazo]. Esto evidencia, pues, que en el estado actual del constitucionalismo moderno resulta inobjetable que todo acto del poder público —incluso aquellos considerados como discrecionales— debe estar ceñido a los límites y contornos constitucionales.

***

Esta situación se presenta, también, en el caso de actos que reflejan el otorgamiento de gracias presidenciales, tal y como sucede con el indulto y el derecho de gracia otorgados mediante la Resolución Suprema 281-2017-JUS. De hecho, ya antes este Tribunal ha evaluado casos sobre el otorgamiento de indultos [Cfr. Expedientes 1277-1999-AC/TC; 628-2003-PA/TC; 2559-2003-PA/TC y 9513-2006-PA/TC] y hasta ha controlado la adecuación a los límites constitucionales y legales de esta facultad presidencial [Expediente 3660-2012-HC/TC]. El mismo control procede, de darse el caso, para el derecho de gracia inclusive [Cfr. Expedientes 4053-2007-HC/TC y 0012-2010-P1/TC]. Este control no es solo labor de este Tribunal, sino que, a través de la lectura del artículo 138 de la Constitución, también compete al Poder Judicial, órgano también llamado por el constituyente para la protección de los derechos fundamentales y la superioridad jerárquica de la norma suprema.

Por lo anteriormente señalado soy un convencido de la fuerza normativa que tiene nuestra Constitución. Ningún poder público —ni siquiera el Presidente de la República— está eximido de alinear su accionar de acuerdo a los límites y mandatos que el texto supremo expresan; este es el sentido del primer inciso del artículo 118 precisamente de nuestra Constitución.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Sentencia 00012-2016- PHD/TC

Proceso de Hábeas Data motivada por la recurrente Gloria Macedo Aguirre. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre la vulneración al derecho de acceso a la información pública.

Fecha de publicación en el Portal Web: 13 de setiembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por la recurrente contra la Dirección General de Migraciones y Naturalización de la Superintendencia Nacional de Migraciones y la Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales relativos al Ministerio del Interior, por motivo de vulneración a su derecho al acceso a la información pública.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional consideró que la controversia radica en determinar si la negativa de la Dirección General de Migraciones y Naturalización de la Superintendencia Nacional de Migraciones en brindar a la recurrente la dirección domiciliaria declarada de los ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país es constitucional o no.

En efecto, en la contestación se indicó que la sola afirmación de que la información requerida por la actora constituye una invasión al ámbito personal o familiar de los titulares de la dirección solicitada no resulta suficiente para respaldar tal negativa, pues las limitaciones al acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que en el caso de los ciudadanos peruanos no existe prohibición para que RENIEC otorgue información relacionada a su dirección domiciliaria consignada en sus archivos; por tanto, nada justifica que, en principio, no pueda procederse del mismo modo tratándose de los extranjeros que residen legalmente en nuestro país, más si se tiene en cuenta que ese dato es relevante para, por ejemplo, emplazarlos válidamente en procesos judiciales que puedan instaurarse en su contra.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional indicó que la pretensión de la recurrente (que se le otorgue la dirección domiciliaria de determinadas personas extranjeras)

debe ser estimada en la medida en que no fluye de autos razón válida que justifique la negativa a proporcionarle la información solicitada. Por lo tanto, se ordenó que la demandada otorgue a la demandante la información solicitada; asimismo, que la demandada asuma el pago de costos procesales a favor de la demandante, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Tema Clave: Derecho al acceso a la información pública.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de enero de 2017, 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, y con el abocamiento del magistrado Urviola Hani, aprobado en la audiencia pública.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Gloria Ofelia Macedo Aguirre contra la resolución de fojas 80, de fecha 14 de octubre de 2015, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de abril de 2012, doña Gloria Ofelia Macedo Aguirre interpone demanda de habeas data contra la Dirección General de Migraciones y Naturalización de la Superintendencia Nacional de Migraciones y la Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales relativos al Ministerio del Interior. Solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le otorgue la dirección domiciliaria declarada por don Bor Liang Paul Dens y por doña Sylvia Elizabeth Hwarts Avilez, quienes son ciudadanos extranjeros que residen legalmente en el país.

Al respecto, aduce que requiere esa información para contrastar si efectivamente coincide con la registrada en un proceso judicial ordinario en que se les ha adjudicado un inmueble.

El procurador público encargado de los asuntos judiciales relativos al Ministerio del Interior contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada, ya que la información requerida se considera confidencial de acuerdo al inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

El Octavo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundada la demanda por estimar que la información solicitada está referida a la intimidad personal de ambos ciudadanos extranjeros, por lo que en todo caso se requiere el consentimiento de ellos.

La Sala revisora confirmó la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Sobre el requisito especial de procedencia de la demanda

1. En la medida en que a través de la Resolución Directoral 00000090-2012-IN/1601, de fecha 8 de febrero de 2012 (cfr. fojas 4), se denegó la apelación interpuesta contra la resolución ficta denegatoria que desestimó el requerimiento de información planteado por la recurrente, se constata que ella ha cumplido con el requisito que exige el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, ya que la expedición de aquella presupone que se ha peticionado tal información. Por ende, corresponde emitir pronunciamiento de fondo

2. Cabe precisar, además, que haber agotado la vía administrativa, pese a no estar obligada a hacerlo, en modo alguno puede conllevar la improcedencia de la demanda por extemporaneidad, en la medida en que, mientras la actora no obtenga respuesta, persiste la obligación de la entidad demandada de emitir un pronunciamiento sobre el particular y, ante omisiones, no cabe el inicio del cómputo del plazo de prescripción, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 44 del Código Procesal Constitucional, en virtud de la remisión prevista en el artículo 65 de este.

Delimitación del asunto litigioso

3. De la revisión de autos se puede apreciar que, tanto la emplazada como las instancias judiciales que han conocido la presente causa, convergen en sostener que la información solicitada es confidencial. La demandante, por su parte, insiste en argüir que eso no es cierto. Siendo ello así, este Tribunal considera que en este caso la controversia radica en determinar si la negativa de la Dirección General de Migraciones y Naturalización de la Superintendencia Nacional de Migraciones de brindar a la recurrente la dirección domiciliaria declarada de los ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país es constitucional o no.

4. Siendo así, corresponde establecer, más puntualmente, si la justificación que se arguyó para denegar tal pedido cuenta con una motivación cualificada pues, conforme al principio de máxima divulgación, la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública; por tanto, la destrucción de tal presunción requiere de una motivación cualificada, en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser necesariamente interpretadas (Cfr. Sentencia 03035-2012-PHD/TC).

5. Por otro lado, estando a que el derecho fundamental de acceso a la información pública no requiere que se justifique para qué se solicita ella, resulta irrelevante,

en el caso de autos, analizar la razón por la cual la actora solicitó la información. Por consiguiente, no se emitirá ningún pronunciamiento sobre ello.

Análisis del caso concreto

6. Contrariamente a lo señalado por los jueces que conocieron la presente demanda, este Tribunal Constitucional considera que la pretensión de la recurrente (que se le otorgue la dirección domiciliaria de determinadas personas extranjeras) debe ser estimada en la medida en que no fluye de autos razón válida que justifique la negativa a proporcionarle la información solicitada. Por lo tanto, corresponde ordenar la entrega de la misma, previo pago del costo de reproducción.

7. En efecto, la sola afirmación de que la información requerida por la actora constituye una invasión al ámbito personal o familiar de los titulares de la dirección solicitada no resulta suficiente para respaldar tal negativa, pues, como ha sido expuesto, las limitaciones al acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva.

8. Además, si en el caso de los ciudadanos peruanos no existe prohibición para que RENIEC otorgue información relacionada a su dirección domiciliaria consignada en sus archivos, nada justifica que, en principio, no pueda procederse del mismo modo tratándose de los extranjeros que residen legalmente en nuestro país, más si se tiene en cuenta que ese dato es relevante para, por ejemplo, emplazarlos válidamente en procesos judiciales que pueda instaurarse en su contra. Por tanto, es claro que se ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública de la actora.

9. Finalmente, en atención a que se encuentra acreditada la vulneración del citado derecho constitucional, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda por la vulneración del derecho de acceso a la información pública.

2. Ordenar que la demandada otorgue a la demandante la información solicitada.

3. Ordenar que la demandada asuma el pago de costos procesales a favor de la demandante, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 05356-2016-PHD/TC

Proceso de Hábeas Data promovida por Federico Martín Coripuna Coaquir. El Tribunal declaró fundada la demanda por haberse afectado el derecho constitucional al libre ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 4 de setiembre del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, motivada por el recurrente contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), en la que solicitó la rectificación de su documento nacional de identidad (DNI), ya que es soltero y no casado.

El Tribunal estableció que el derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Asimismo, se encuentra ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.

Por lo que el TC consideró que, desde la perspectiva descrita, la eventual modificación, renovación o supresión de un dato consignado en un documento como el señalado, no solo puede afectar la identidad de la persona, sino también a un conjunto de derechos, generando inevitables perjuicios.

Asimismo, en el artículo 61, numeral 2, del Código Procesal Constitucional, el proceso de *hábeas data* resulta idóneo para brindar tutela judicial efectiva al derecho fundamental a la autodeterminación informativa, permitiendo solicitar la rectificación de información o datos referidos a la persona que lo solicita, que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros; razón por la cual corresponde efectuar el análisis del fondo de la controversia.

En ese sentido, el Tribunal identificó que los medios probatorios presentados por el demandante, como su consignación del estado civil de "casado" en el registro de Reniec, carece de sustento documental alguno, pues se realizó una verificación en el sistema de registros civiles del Reniec obteniendo un resultado negativo.

En consecuencia, el Tribunal concluyó que la negativa del Reniec de rectificar el estado civil del actor al verificarse la existencia de un error en la consignación del referido dato, así como la insistencia de mantenerlo en el registro de carácter público lesionan sus derechos a la autodeterminación informativa y a su identidad. Por lo que, ordenó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) que rectifique la inscripción relativa al estado civil de don Manuel Alberto Velarde Peralta, debiéndosele consignar como "soltero", salvo que Reniec acredite fehacientemente que cuenta con documentación distinta a la evaluada en el presente proceso que demuestre que el demandante haya contraído matrimonio; y condenó a la demandada al pago de costos procesales.

Temas Claves: Autodeterminación informativa – derecho a la identidad.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 25 días del mes de mayo de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en el Pleno del día 23 de mayo de 2017, y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ledesma Narváez que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Federico Martín Coripuna Coaquira contra la resolución 12 de fojas 117, de fecha 28 de setiembre de 2016, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 29 de setiembre de 2015, el actor interpone demanda de habeas data contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec). En virtud de su derecho de autodeterminación informativa y a la identidad, solicita la rectificación de su documento nacional de identidad (DNI), pues es soltero y no casado.

Contestación de la demanda

Con fecha 30 de octubre de 2015, el demandado contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria. Asimismo, alega que el demandante no ha logrado acreditar la vulneración a los derechos fundamentales que se invoca.

Resolución de primera instancia o grado

Con fecha 20 de junio de 2016, el Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa declaró improcedente la demanda, dado que el recurrente la habría interpuesto de manera extemporánea.

Resolución de segunda instancia o grado

Con fecha 28 de setiembre de 2016, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la sentencia de primera instancia o grado, puesto que

el proceso de habeas data carece de la etapa probatoria necesaria para corroborar las afirmaciones del recurrente. En ese sentido, la Sala revisora consideró que la controversia debía ser ventilada en un proceso que cuente con etapa probatoria, a fin de no afectar derechos de terceros que pudieran perjudicarse con el cambio de estado civil del solicitado.

FUNDAMENTOS

Delimitación del problema

1. El objeto de la demanda es que se ordene al Reniec que corrija el estado civil del recurrente en el registro respectivo de "casado" a "soltero", y que expida un nuevo DNI con su estado civil debidamente corregido.

2. Por lo tanto, corresponde analizar si la negativa del Reniec respecto a modificar el estado civil del recurrente de "casado" a "soltero" se encuentra justificada o si, por el contrario, representa una afectación arbitraria a su derecho a la autodeterminación informativa.

Procedencia de la demanda

3. De conformidad con el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, constituye un requisito especial de procedencia de la demanda de habeas data que el demandante haya reclamado previamente al demandado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de los derechos constitucionales invocados; es decir, el derecho de acceso a la información pública o el derecho de autodeterminación informativa. Asimismo, el demandado debe ratificarse en su incumplimiento o no contestar dentro de los diez (10) días útiles siguientes a la presentación de la solicitud, en el caso del primero de los derechos mencionados, o dos (2) en el caso del segundo. Solamente se podrá prescindir de este requisito, de manera excepcional, en aquellos casos en los que su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, lo cual debe ser acreditado por el demandante.

4. En el presente caso, con el documento de fecha 9 de enero de 2015 (folio 4), se aprecia que el actor requirió, en sede administrativa, la rectificación del dato que pretende que se corrija a través de estos autos, y obtuvo una respuesta negativa por parte del Reniec mediante la Resolución Subgerencial 2771-2015/GRI/SGDI/RENIEC (folio 6). Contra ella el actor interpuso recurso de apelación el 3 de junio de 2015 (folio 7), que mereció también una respuesta desestimatoria a través de la Resolución Gerencial Nº 000171-2015/GRI/RENIEC emitida el 27 de noviembre de 2015 (folio 47), con posterioridad a la interposición de la

demanda de autos. En vista de ello, este Tribunal Constitucional aprecia que el actor ha venido recorriendo una vía administrativa a lo que no estaba obligado (artículo 62 del Código Procesal Constitucional), por lo que, en virtud del principio in dubio pro actione (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), debe considerarse que se encuentra acreditado el cumplimiento del requisito exigido por el citado artículo 62 del Código Procesal Constitucional).

5. Asimismo, cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 61, numeral 2, del Código Procesal Constitucional, el proceso de habeas data resulta idóneo para brindar tutela judicial efectiva al derecho fundamental a la autodeterminación informativa, permitiendo solicitar la rectificación de información o datos referidos a la persona que lo solicita, que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros; razón por la cual corresponde efectuar el análisis del fondo de la controversia.

Análisis de la controversia

Argumentos de las partes

6. Sostiene el recurrente que nunca ha contraído matrimonio, sin embargo, en su DNI se ha consignado que su estado civil es el de casado, y ese error lo limita en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, así como en el desarrollo de sus actividades comerciales y de carácter personal. Manifiesta que el error de su estado civil lesiona su derecho a la identidad.

7. El Reniec, al contestar la demanda, manifestó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente, debido a que el estado de civil de "casado" consignado en su DNI se insertó por la declaración propia de él y ha sido ejercido por un largo tiempo sin observación alguna. Asimismo, aduce que existe una vía igualmente satisfactoria.

Consideraciones del fondo

8. En reiterada jurisprudencia este Tribunal Constitucional ha establecido:

> El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal. Me-

> diante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen [Sentencia 04739-2007-PHD/TC, fundamento 2 y 3. Además cfr. Sentencias 300-2010-PHD/TC, 4760-2007-PHD/TC, 746-2010-PHD/TC, 51-2010-PHD/TC, 4227-2009-PHD/TC, 0017-2002-PHD/TC, 0097-2002-PHD/TC, entre otras].

9. Asimismo, se ha referido lo siguiente:

> [...] 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 [Sentencia 03052-2007-PHD/TC, fundamento 3].

10. En el caso de autos, advertimos que nos encontramos frente a un habeas data de tipo correctivo, dado que lo que se pretende es la corrección de un dato existente en los registros del emplazado y que habría sido consignado erróneamente en el DNI del actor.

11. De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil):

> El Documento Nacional de Identidad (DNI) es un documento público, personal e intransferible. Constituye la única cedula de identidad de la persona para todos los actos civiles, comerciales, administrativas, judiciales y, en general para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado. Constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo favor ha sido otorgado

12. En tal sentido, es este el documento a través del cual se determina la identidad de cada ciudadano en nuestro sistema jurídico, por lo que no solo es un instrumento que permite identificar a la persona, sino que también le facilita realizar actividades en ejercicio de sus derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución Política de Perú (generación de actos jurídicos diversos, así como el ejercicio del derechos al sufragio, por ejemplo).

13. Desde la perspectiva descrita, la eventual modificación, renovación o supresión de un dato consignado en un documento como el señalado no solo puede afectar la identidad de la persona, sino también un amplio repertorio de derechos, generando inevitables perjuicios. Por ejemplo, podrían generarse consecuencias en el caso de una persona que en realidad ostenta el estado civil de "soltera" o de "divorciada", pero que en su DNI figure como "casada". En dicho caso, la consignación de tal dato (inexacto) podría impedir la enajenación de bienes, pues, en cada ocasión que el ciudadano supuestamente casado pretende realizar un acto jurídico, se le exigirá la participación de un supuesto cónyuge, a fin de asegurar su validez, situación que conllevaría la restricción del derecho a la libertad contractual.

14. Por otro lado, cabe recordar que el Reniec es un órgano constitucional autónomo cuyas funciones y competencias están expresamente reguladas por la Constitucion y su Ley Orgánica, como parte integrante de sistema electoral peruano. Conforme a lo dispuesto por el artículo 183 de la Constitución Política del Perú, dicha entidad "tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil". En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley 26497 dispone que "El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es la entidad encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Con tal fin desarrollara técnicas y procedimientos automatizados que permiten un manejo integrado y eficaz de la información".

    Es por ello que los datos consignados en dicho registro público son de su entera responsabilidad, lo que importa el deber de velar no solo por su autenticidad,

sino, además, por que tanto la inscripción o registro de dichos datos como sus modificaciones tengan el debido sustento técnico y factico. Por ello, cuando se advierta la existencia de impresiones en los datos que custodia, es indispensable que dicha identidad realice los actos necesarios para su corrección

Análisis del caso concreto

15. Como se desprende de los medios probatorios presentados por el demandante y del propio dicho del demandante, la consignación del estado civil de "casado" en el registro de Reniec carece de sustento documental alguno; tanto es así que luego de realizada la verificación en el sistema de registros civiles del Reniec se obtuvo un resultado negativo. Asimismo, la propia demandada afirma que ha registrado la información sobre el estado civil solo en virtud al dicho del recurrente y no en base a un Acta de Matrimonio.

16. En consecuencia, la negativa del Reniec de rectificar el estado civil del actor al verificarse la existencia de un error en la consignación del referido dato, así como la insistencia de mantenerlo en el registro de carácter público lesionan sus derechos a la autodeterminación informativa y a su identidad, razón por la cual este Tribunal que corresponde estimar la demanda.

17. En tal sentido, al estimarse la demanda, resulta de aplicación el artículo 56 del Código Procesal Constitucional. Por lo tanto, este Tribunal impone el pago de los costos procesales conforme a la liquidación que se establezca en la etapa de ejecución de la presente sentencia, que deberá ser pagada por la demandada.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda por haberse afectado el derecho constitucional al libre ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa.

2. Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) que rectifique la inscripción relativa al estado civil de don Manuel Alberto Velarde Peralta, debiéndosele consignar como "soltero", salvo que Reniec acredite fehacientemente que cuenta con documentación distinta a la evaluada en el presente proceso que demuestre que el demandante haya contraído matrimonio.

3. Condenar a la demandada al pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de la mayoría de mis colegas magistrados, en el presente caso considero que la demanda es IMPROCEDENTE por lo siguiente:

1. En primer lugar, evaluados todos los medios de prueba actuados en el proceso, no es posible –en mi opinión- determinar con certeza el estado civil de SOLTERO del actor. Si bien es cierto que Reniec no conserva el acta de matrimonio a nombre del recurrente en su Sistema de Registro Civiles, conforme consta en la Resolución Sub Gerencial N° 2771-2015/GRI/SGDI/RENIEC (folio 6), solamente este hecho per se no es suficiente para generar convicción de lo alegado en la demanda (supuesta información errónea en el estado civil), dadas las especiales circunstancias que rodean el presente caso.

2. En ese sentido, debemos tener en cuenta que el certificado negativo de inscripción de matrimonio expedido por la Municipalidad Distrital Mariano Melgar de Arequipa (folio 13), de fecha 4 de octubre de 2012, aunque indica que no se ha encontrado registrado al recurrente, conlleva a considerar también que tal resultado solo es respecto de dicho distrito y no de todos; por lo que no es seguro descartar que exista una partida de matrimonio en otro distrito del país. Por la misma razón, es que la constancia emitida por la Municipalidad Provincial de Arequipa (folio 14), de fecha 21 de julio de 2015, tampoco resulta suficiente, ni excluyente de información registrada en otros lugares del país.

3. En segundo lugar, el presente caso debe ser resuelto considerando todos los factores en juego. En particular, los efectos que podría provocar sobre terceros la modificación por la vía del habeas data, del estado civil del recurrente. Más aun, si atendemos que la condición de CASADO ha sido mantenida como identidad personal durante más de 30 años. Este proceso constitucional no tiene pues un mecanismo de publicidad que garantice la protección de los derechos e intereses de los terceros y tampoco tiene una etapa procesal que facilite su apersonamiento y el ejercicio solvente de sus derechos de contradicción, como sí existe en la jurisdicción ordinaria.

4. Es verdad que, de acuerdo al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces y el Tribunal Constitucional deben adecuar las forma-

lidades de los procesos constitucionales a la finalidad a la que responden: defensa de la Constitución Política del Perú y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; no obstante, a diferencia del criterio adoptado anteriormente por este Alto Tribunal en un caso semejante (Expediente N.° 00237-2011-PHD/TC), donde se modulan los efectos de su decisión adoptando un principio de flexibilidad de las formas –respecto a lo cual también he expresado mi disidencia con relación a las circunstancias de la referida causa-, en el presente caso, la posición de la mayoría simplemente no prevé la eventual afectación de derechos de otras personas, lo cual agrava la situación de aquellas personas que puedan verse afectadas con el cambio del estado civil del demandante.

5. En consecuencia, en la medida que, conforme al artículo 9 del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria; y dado que tampoco se encuentra prevista una etapa procesal de publicidad de la pretensión de la demanda, es que este proceso de habeas data, por razón de su estructura, debe ser declarado improcedente, dejando a salvo el derecho del actor para que acuda a otra vía judicial en búsqueda de tutela de su derecho a la autodeterminación informativa, considerando que la supuesta afectación constitucional expuesta en su demanda es de carácter continuada y no prescribe.

En ese sentido, mi voto es por declarar IMPROCEDENTE la demanda de habeas data

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, discrepo del fallo y de la fundamentación de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

El recurrente solicita al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) la rectificación de su estado civil de casado a soltero, alegando jamás haber contraído matrimonio.

Señala que la negativa de la emplazada a corregir dicha información lesiona su derecho fundamental de autodeterminación informativa. Sin embargo, no existe certeza respecto a sus alegaciones.

Está acreditado en autos que, en 1984, el recurrente declaró estar casado. Empero, al solicitar la rectificación de su estado civil, no explicó por qué lo hizo más de treinta
924 años después de haberse producido el presunto error.

Es cierto que Reniec no posee en sus archivos un acta de matrimonio a nombre del recurrente (cfr. fojas 6 vuelta), pero ello no acredita fehacientemente su condición de soltero.

La emplazada no cuenta con información referida a la totalidad de los matrimonios civiles celebrados en el Perú — ante diversas autoridades municipales — antes de 1993.

Conforme al artículo 9 del Código Procesal Constitucional:

> En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación , lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En éste último caso no se requerirá notificación previa.

Por tanto, el habeas data no es una vía idónea para resolver cuestiones probatorias de carácter complejo, máxime cuando el resultado del proceso podría afectar gravemente derechos de terceros.

Para resolver esta controversia, debe acudirse a las vías previstas en la legislación ordinaria, ya que permiten mayor actividad probatoria y, además, cuentan con me-

canismos de publicidad cuyo objetivo es resguardar los derechos de terceros (cfr. artículo 828 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil aprobado mediante Resolución Ministerial 010-93-JUS).

La sentencia en mayoría no toma en cuenta nada de esto; por el contrario, declara fundada la demanda, presumiendo, sin mayor análisis, la veracidad de lo alegado por el recurrente.

Peor aún, el fallo de la sentencia está redactado de manera condicional; esto es, no resuelve la controversia de manera definitiva sino que la traslada al juez de ejecución de la siguiente manera:

> Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) que rectifique la inscripción relativa al estado civil de don Manuel Alberto Velarde Peralta (sic), debiéndose consignar como "soltero", salvo que Reniec acredite fehacientemente que cuenta con documentación distinta a la evaluada en el presente proceso (…) (énfasis agregado)

Así, la sentencia en mayoría admite que lo alegado por el recurrente no está debidamente acreditado, lo que evidencia su carácter contradictorio y su sesgo ideológico contrario al matrimonio.

Por tanto, mi voto es por declarar IMPROCEDENTE la demanda de habeas data de autos.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 01366-2013-PC/TC

Proceso de cumplimiento promovido por Julia Huanca Villagra. El Tribunal declaró fundada la demanda de cumplimiento al haberse acreditado la renuencia de la Municipalidad Distrital de Santiago al cumplimiento de la Ley 26644.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 1 de junio del 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la recurrente contra la Municipalidad de Santiago con motivo de que se ordene el cumplimiento de la Ley 26644, la cual precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, con el otorgamiento de los correspondientes beneficios laborales.

En ese sentido, el Tribunal indicó que en el presente caso está acreditado que la recurrente se encontraba en estado de gestación, de conformidad con la partida y la constancia de atención emitida por la Dirección Regional de Salud del Cusco, Clas-Anta.

En efecto, se ha dicho que el derecho de la madre trabajadora a gozar de descanso pre y post natal no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de sustento constitucional. En ese sentido, el TC afirma que la licencia por maternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos constitucionalmente, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia. Al respecto, se señaló en la sentencia que nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud, que comprende la dimensión reproductiva así como la salud del medio familiar (artículo 7); asimismo, se reiteró que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución.

El Tribunal puntualizó que el derecho a gozar de licencia por maternidad constituye un contenido implícito de los derechos a la salud reproductiva y a la salud del medio familiar, que se encuentra reforzado por protección reconocida por la Constitución

a la madre trabajadora. Por lo que constituye un mecanismo tendiente a asegurar la viabilidad del embarazo, así como la salud de la madre y de la persona por nacer. Asimismo, afirmó que, con posterioridad al nacimiento, dicha licencia está destinada a favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio fisiológico normal. Por lo que su rechazo por el presunto incumplimiento de formalidades resulta arbitrario y merecería ser reparado, no obstante, se produjo la sustracción de la materia justiciable.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional acreditó la renuncia de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco al cumplimiento de la Ley 26644, por ello dispuso que la parte demandada, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en las conductas que motivaron la presente demanda. Además, ordenó que de reincidir la Municipalidad Distrital de Santiago en arbitrariedades de esta naturaleza, se apliquen las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley, con el pago de costos.

Temas Claves: Derecho de descanso prenatal y postnatal.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de septiembre de 2017, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia, y el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez, que se agrega,

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Julia Huanca Villagra contra la resolución expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 70, de fecha 30 de enero de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de julio de 2012, la recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Municipalidad Distrital de Santiago, solicitando que se ordene el cumplimiento de la Ley 26644, que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante; con el otorgamiento de los correspondientes beneficios laborales.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la municipalidad emplazada contesta la demanda manifestando que la accionante no cumple con los requisitos que señala la ley para gozar del descanso por maternidad remunerado, toda vez que no presentó el correspondiente certificado de incapacidad temporal para el trabajo (CITT) por maternidad, y no cumplía con tener tres meses de aportaciones consecutivos o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendarios anteriores al mes que se inició la contingencia, pues fue repuesta por mandato judicial en el mes de febrero de 2012, cuando ya se encontraba embarazada.

El Juzgado Especializado en lo Civil de Santiago, con fecha 10 de octubre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que no es cierto que la actora no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley o que no se encuentre comprendida en los alcances de la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud, pues el hecho que solo haya presentado la constancia de atención expedida por el Ministerio de Salud no le priva de los descansos pre y postnatal reclamados; precisando que a pe-

sar de haberse acreditado el incumplimiento de la Ley 26644 por parte de la entidad emplazada, no puede ordenarse el cumplimiento de dicha norma, debido a que el derecho constitucional vulnerado deviene en irreparable en la vía de cumplimento, pero que, no obstante ello, se estima la demanda de conformidad con lo establecido por el artículo 1, segundo párrafo del Código Procesal Constitucional, disponiendo que la entidad demandada no vuelva a incurrir en las acciones y omisiones que motivaron la interposición de la demanda de autos.

La Sala superior competente revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por considerar que el mandato contenido en la Ley 26644 está sujeto a controversia compleja, pues para el otorgamiento del subsidio económico reclamado por la actora se debe verificar el cumplimiento de las normas conexas que contemplan su otorgamiento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. De autos se advierte que la demandante solicita que la Municipalidad Distrital de Santiago (Cusco), en cumplimiento de la Ley 26644, le otorgue el descanso pre y postnatal remunerado.

Requisito especial de la demanda

2. Con el documento de fecha cierta, de fecha 22 de mayo de 2012 (folios 16), se acredita que la parte demandante ha cumplido con el requisito especial de la demanda de cumplimiento previsto en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

3. El proceso de cumplimiento, reconocido en el artículo 200, inciso 6) de la Constitución, tiene como objeto el acatamiento de una norma legal o de un acto administrativo por parte de cualquier autoridad o funcionario renuente a ello.

4. En la sentencia recaída en el Expediente 0168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de octubre de 2005, este Tribunal, ha precisado con carácter vinculante los requisitos mínimos que debe reunir el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional de cumplimiento.

5. En los fundamentos 14 a 16 de la sentencia precitada, que constituye precedente, conforme a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ha precisado que, además de la renuencia

del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo reúna determinados requisitos a saber: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, y e) ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

6. Con relación a la pretensión de la recurrente, esto es, respecto a la solicitud del goce del derecho de descanso pre y postnatal de la trabajadora gestante, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 26644, ley que precisa este derecho, expresamente establecía lo siguiente:

> Precísese que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso pre-natal y 45 días de descanso post-natal. El goce de descanso pre natal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el post-natal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto.[1]

7. Al respecto, este Tribunal Constitucional estima necesario realizar un análisis del caso a la luz no solo de la legislación vigente sino de los derechos constitucionales que asisten a la madre trabajadora en estado de gestación.

El derecho a la especial protección de la madre trabajadora

8. Con relación al derecho a la especial protección de la madre trabajadora ya este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en las sentencias emitidas en los Expedientes 00303-2012-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 03861-2013-PA/TC.

9. En efecto, se ha dicho que el derecho de la madre trabajadora a gozar de descanso pre y post no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de sustento constitucional.

10. En ese sentido, la licencia por maternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos constitucionalmente, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia. Al respecto, se

1 Texto vigente al momento de los hechos, antes de ser modificado por el artículo 2 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre de 2015, que establece que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal.

señaló que nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud, que comprende la dimensión reproductiva así como la salud del medio familiar (artículo 7); asimismo, se reiteró que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución.

11. Por otro lado, se destacó que el artículo 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la madre y a la familia, y que, además, dispone la promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6), así como el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja (artículo 23). En similar sentido, el artículo 24.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por las Naciones Unidas y ratificada por el Perú) establece que los estados parte deben «[a]segurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres».

12. También se determinó que si bien la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, es claro que el legislador, considerando la existencia de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.

13. Para este Tribunal queda claro que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y postnatal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia. Se precisó que la titularidad de este derecho no corresponde a la mujer en cuanto tal, sino solo en la medida que haya concebido, y resulta exigible precisamente desde ese momento.

14. Por ende, la licencia por maternidad (pre y postnatal), cuya amplitud y condiciones fueron normadas por la Ley 26644 –norma que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante–, como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la madre trabajadora gestante, constituye un mecanismo tendiente a asegurar la viabilidad del embarazo, así como la salud de la madre y de la persona por nacer. Asimismo, con posterioridad al nacimiento, dicha licencia está destinada a favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio fisiológico normal.

15. En el contexto descrito, el Tribunal concluyó que el derecho a gozar de licencia por maternidad constituye, claramente, un contenido implícito de los derechos a la salud reproductiva y a la salud del medio familiar, que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a la madre trabajadora.

Análisis del caso concreto

16. En el caso de autos, teniendo presente lo señalado en los considerandos anteriores, este Tribunal debe señalar que el cumplimiento de la citada ley debiera hacerse efectivo a fin de no vulnerar los derechos reconocidos en la Constitución de la parte demandada. Esto en la medida que dicha norma cumple con los requisitos establecidos en la sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC.

17. Sin embargo, es importante tener presente que, como ya se ha señalado supra, el nacimiento de la hija de la recurrente se produjo con fecha 28 de mayo de 2012; y, por ende, a la fecha se ha producido la sustracción de la materia por haberse tornado irreparable la agresión; sin embargo, toda vez que la demanda fue interpuesta antes del vencimiento del plazo de la licencia solicitada, es posible emitir un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

18. Al respecto, este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente 04530-2008-HD/TC, ya ha tenido oportunidad de señalar que la declaración de improcedencia por sustracción de la materia no opera automáticamente en todos los casos en los que se advierta que existe irreparabilidad.

19. En dicho caso, con cita de lo resuelto previamente en la sentencia emitida en el Expediente 00603-2004-AA/TC, se sostuvo que

> […] el Código [Procesal Constitucional] ha previsto de forma expresa que no en todos los supuestos en que el acto lesivo cesó o devino en irreparable luego de presentada la demanda corresponde declarar su improcedencia. En este sentido, ha establecido la potestad de la autoridad jurisdiccional para que, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, pueda emitir un pronunciamiento estimatorio sobre el fondo de la controversia. Esta facultad tiene por objetivo evitar que actos similares puedan reiterarse en el futuro. Se trata, por lo tanto, de una opción legislativa acorde con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece como una de las finalidades de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, lo que también se obtiene a través de una tutela procesal preventiva. Cuando se declara fundada una demanda de este tipo no se hace con el objeto de reponer las cosas

al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales (lo cual es imposible), sino con el propósito de evitar que las mismas conductas se vuelvan a repetir (fundamento jurídico 16).

20. Atendiendo a lo expuesto, y al derecho a la especial protección a la madre trabajadora, este tribunal debe precisar algunos puntos.

21. En el presente caso está acreditado que la recurrente se encontraba en estado de gestación. Ello consta en la solicitud de fecha 22 de mayo de 2012, estos es, con fecha anterior al parto, 28 de mayo de 2012, de conformidad con la partida que obra a folios 15 y la constancia de atención emitida por la Dirección Regional de Salud del Cusco, Clas-Anta (f. 14).

22. Por su parte, conforme obra en autos, la municipalidad demandada no contestó dicha petición; sin embargo, en la contestación de la demanda la municipalidad emplazada ensaya una respuesta señalando que "la actora mediante el proceso laboral 2231-2010, se encuentra en calidad de repuesta judicial, quien fue repuesta en el mes de febrero del año 2012, en calidad de obrero D, bajo los lineamientos del D.L. 728 siendo incluida en planilla y con los beneficios que por ley le corresponden". Afirma que la actora no cumplía con los requisitos para obtener el beneficio solicitado, esto es, "no cumplió con adjuntar el CITT emitido por EsSalud, lo que adjunta es una simple constancia de atención emitido por el Minsa de Anta" y que no tenía tres meses de aportes consecutivos o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses antes de la contingencia (parto) entre otros requisitos, pues la actora fue repuesta judicialmente en pleno estado de gestación.

23. A juicio de este Tribunal, el descanso por maternidad es un derecho que les asiste a todas las mujeres trabajadoras independientemente de su régimen y condición laboral, por lo que su rechazo por el presunto incumplimiento de formalidades resulta arbitrario y merecería ser reparado, conforme se ha señalado en el fundamento 21 supra; no obstante, como se señaló precedentemente, a la fecha se produjo la sustracción de la materia justiciable.

24. Dada la importancia del descanso por maternidad para las madres trabajadoras como concreción de la especial protección de la que son objeto y atendiendo a que en situaciones similares otras trabajadoras podrían sufrir un tratamiento arbitrario de esta índole, este Tribunal considera que se debe declarar fundada la presente demanda y ordenar que la emplazada no vuelva a incurrir en actitudes de este tipo.

25. Finalmente, corresponde ordenar que la emplazada asuma el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de cumplimiento al haberse acreditado la renuencia de la Municipalidad Distrital de Santiago al cumplimiento de la Ley 26644; consecuentemente, se dispone que la parte demandada, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en las conductas que motivaron la presente demanda.
2. Disponer que de reincidir la Municipalidad Distrital de Santiago en arbitrariedades de esta naturaleza, se apliquen las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley, con el pago de costos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estando de acuerdo con la parte resolutiva de la presenten sentencia, quisiera esbozar las siguientes consideraciones:

- En principio, como se advierte de la demanda, lo que ha sido recogido en los antecedentes y en el FJ 1 del proyecto, lo que la recurrente solicita es que en cumplimiento de la Ley 26644 se le otorgue el descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante con los correspondientes beneficios laborales, esto es, en clara alusión a las prestaciones económicas administradas por ESSALUD.
- Al respecto, obran en autos los siguientes documentos: copia de la constancia de atención emitida por la Dirección de Salud Cusco, donde se acredita la fecha del nacimiento de la menor hija de la recurrente (folio 14), copia del acta de nacimiento de la menor hija de la recurrente (folio 15), la solicitud de permiso por gravidez de fecha 22 de mayo de 2012 (folio 16) y finalmente, el reiterativo de dicha solicitud recibido el 19 de junio de 2012 (folio 17).

- Ahora bien, más allá de que suscriba la presente sentencia, quisiera ser enfática al sostener que me aparto de lo afirmado en el FJ 23 donde se califica a los requisitos establecidos, por remisión del artículo 4.2. del Decreto Supremo Nº 005-2011-TR, reglamento de la Ley 26644, en el artículo 35º del Decreto Supremo 009-97-SA, como formalidades arbitrarias, valiéndose de generalizaciones, sin ofrecer mayores razones que la sola verificación de que la situación de la recurrente, excepcional por cierto, no cumpliría con ellos. Ello dista de una vocación jurisdiccional decidida por afrontar los retos y particularidades de un caso como el de autos.
- En efecto, considero que para la resolución del presente caso se debió partir de lo siguiente: la situación de la recurrente es verdaderamente excepcional al tratarse de una madre trabajadora repuesta en su centro de trabajo en virtud de una sentencia judicial donde se da cuenta de que sus servicios fueron pagados a través de la emisión de recibos por honorarios. De esta manera, en tanto el juez del caso determinó que se produjo una relación laboral por desnaturalización, se desprende que durante el período de labores la recurrente no estuvo afiliada a ESSALUD, lo que evidentemente es enteramente responsabilidad de la empleadora.

- A ello debe sumarse el hecho de que ante el comunicado del embarazo de la recurrente, la empleadora no brindó la atención que un caso como éste amerita, toda vez que no respondió al pedido, excusándose según se desprende de la contestación de la demanda, en el no cumplimiento de los requisitos exigidos para el otorgamiento del descanso pre y posnatal, en vez de ofrecer la mayor información posible a la gestante y evaluar su caso en función de sus particularidades, como pueden ser: la condición laboral de trabajadora repuesta judicialmente, las condiciones de posibilidad de acceso a la información sobre los derechos que le asisten, entre otros.
- Con relación a esto último, considero que la especial protección que la Constitución brinda a la madre trabajadora exige que los empleadores actúen diligentemente, en la medida de lo posible y de acuerdo a los recursos con los que dispongan según lo dispuesto legalmente, lo cual se satisface, por ejemplo, con que, una vez detectado un caso de embarazo en el personal de la entidad, se ofrezca a la gestante toda la información necesaria para que pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce (en el caso de tratarse de casos generales, con miras al cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico), en tanto que en casos excepcionales, como el de autos, no puede descartarse, en principio, un abordaje de la situación también excepcional por la naturaleza de las cosas.
- Estas consideraciones no deben entenderse, bajo ningún sentido, como contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la plena efectividad del derecho a la especial protección de la madre trabajadora; línea jurisprudencial que respaldo y he reafirmado en las oportunidades que lo ameritaban; no obstante ello, considero que la respuesta que debe dar un juez constitucional a casos como el presente no puede ignorar el marco de la naturaleza y fines del proceso constitucional que esté en curso, así como lo pedido en concreto y los eventuales retos que los hechos del mismo le planteen en términos de argumentación.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 06063-2014-AC/TC

Proceso de cumplimiento interpuesto por María Teresa Velarde Muñoz. El Tribunal declaró fundada la demanda en cuanto al cumplimiento de la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de enero del 2018.

Resumen: El tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por la recurrente contra María Villanueva Ramos, subgerente de Administración Tributaria de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, con motivo de que se acate a Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH, de 27 de setiembre de 2001.

En ese sentido, la emplazada justificó su negativa a ejecutar la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH en el artículo 193 de la Ley 27444; sin embargo, dicha disposición ha sido derogada por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272 y sustituida por el texto: *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos: (...) "Cuando transcurridos dos años de adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos." Por ello alegó que, habiéndose vencido dichos plazos contados desde el momento en que la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH adquirió firmeza, no corresponde ordenar su ejecución mediante el proceso de cumplimiento.*

El Tribunal explicó que el artículo 193 de la Ley 27444 no regula causales de nulidad o inexigibilidad radical de los actos administrativos. Por el contrario, se refiere a los casos en que estos pierden ejecutoriedad; es decir, a las circunstancias en que las entidades administrativas pierden la facultad de ejecutar un mandato coactivamente mediante la facultad de auto-tutela que la ley reconoce a su favor.

Por lo tanto, la pérdida de la ejecutoriedad de los actos administrativos sanciona la inactividad de la administración y, al mismo tiempo, resguarda el principio de seguridad jurídica garantizando que los administrados no se encuentren indefinidamente en una situación jurídica subjetiva de desventaja frente al Estado. Ciertamente, dicha norma no tiene por finalidad premiar la inactividad del Estado fulminando los efectos de los actos administrativos que este decide no ejecutar oportunamente.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluyó que no existe justificación válida para dejar de ejecutar la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH, la cual constituye un acto administrativo firme y de obligatorio cumplimiento cuya legalidad debe presumirse, y ordenó a la Municipalidad Distrital de Chorrillos ejecutar el mandamus en cuestión sin que ello implique la devolución de suma de dinero que hubiera sido pagada en exceso por concepto de arbitrios. Por lo que ordenó a la Municipalidad Distrital de Chorrilos cumplir con la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH, de 27 de setiembre de 2001, que ordena unificar a nombre de la actora los arbitrios municipales respecto del inmueble ubicado en el Jirón Las Antaras, Manzana K, Lote 16, de la Urbanización San Juan Bautista de Villa, más el pago de los costos del proceso.

Temas Claves: Debido proceso – derecho administrativo – principio de legalidad.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 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, Sardón de Taboada y Espinosa–Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Teresa Velarde Muñoz contra la sentencia de fojas 125, de 22 de octubre de 2014, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

El 27 de abril de 2010, la recurrente interpone demanda de cumplimiento contra doña María Villanueva Ramos subgerente de Administración Tributaria de la Municipalidad Distrital de Chorrillos a fin de que acate la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH, de 27 de setiembre de 2001 (cfr. fojas 13). Señala que, mediante dicha resolución, se determinó que no corresponde cobrar arbitrios por separado a los condóminos del predio ubicado en el Jirón Las Antaras, Manzana K, Lote 16 de la Urbanización San Juan Bautista de Villa debiendo unificarse dichos arbitrios a su nombre, a partir del año 2001, pues existe constituye una sola unidad inmobiliaria. Manifiesta que, pese a la antigüedad de dicha resolución, la emplazada se niega a ejecutarla y continúa cobrando arbitrios a ella y sus condóminos como si fueran propietarios de predios independientes.

El 2 de junio de 2010, la Municipalidad Distrital de Chorrillos deduce la excepción de incompetencia por considerar que la controversia debe dilucidarse en el proceso contencioso administrativo urgente que constituye una vía procesal igualmente satisfactoria al proceso de cumplimiento. Además, deduce la excepción de prescripción extintiva señalando que la demanda es extemporánea pues, conforme al artículo 193, inciso 1, de la Ley 27444 de Procedimiento Administrativo General, no es posible ejecutar un acto administrativo que supere los cinco años de antigüedad. Sin perjuicio de ello, contesta la demanda señalando que el mandamus carece de virtualidad pues, pese a que han transcurrido más de cinco años desde que éste adquirió firmeza, no se ha dado inicio a los actos necesarios para ejecutarlo.

Mediante resolución de 2 de mayo de 2013, el Sétimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundadas la excepciones deducidas por considerar, de un lado, que tiene competencia para conocer el proceso de cumplimiento de autos conforme al artículo 51 del Código Procesal Constitucional y, de otro lado, que la demanda no resulta extemporánea por haber sido interpuesta dentro del plazo de prescripción reconocido en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional.

A su vez, mediante sentencia de 31 de marzo de 2014, el juzgado declara fundada la demanda señalando que el acto administrativo cuyo cumplimiento se requiere supera los requisitos establecidos, con calidad de precedente, en la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC. Además, señala que el artículo 193, inciso 1, de la Ley 27444, de Procedimiento Administrativo General, no es aplicable al caso pues únicamente se refiere, a los actos administrativos contrarios al interés de los administrados.

Finalmente, mediante sentencia de 22 de octubre de 2014, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la apelada y, reformándola, declara improcedente la demanda por considerar que la ejecución del mandamus es compleja pues implicaría "afectar los requerimientos de pago de tributos municipales que viene realizando la Municipalidad de Chorrillos a cada uno de los copropietarios" del inmueble. Por tanto, concluye que no se superan los requisitos de procedibilidad establecidos con calidad de precedente, en la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC.

FUNDAMENTOS

Delimitación del Petitorio

1. El objeto del proceso es que se ordene el cumplimiento de la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH, de 27 de setiembre de 2001, que declara procedente el pedido de unificación de arbitrios municipales a nombre de la actora respecto del inmueble ubicado en el Jirón Las Antaras, Manzana K, Lote 16 de la Urbanización San Juan Bautista de Villa, a partir del año 2001. Por tanto, el asunto litigioso radica en determinar si dicha pretensión es atendible.

Procedibilidad de la demanda

2. El artículo 69 del Código Procesal Constitucional establece el siguiente requisito especial para la procedibilidad de la demanda de cumplimiento:

   Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandan te previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento

del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía previa.

3. En el presente caso, la recurrente solicitó a la Municipalidad Distrital de Chorrillos que dé cumplimiento a la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH mediante carta notarial recepcionada el 5 de marzo de 2010 (cfr. fojas 3) el cual constituye un documento de fecha cierta. Está acreditado que dicha comunicación no ameritó respuesta alguna por parte de la emplazada razón por la cual la actora interpuso la demanda de cumplimiento de autos el 27 de abril de 2010; es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional. Por tanto, debe darse por cumplido dicho requisito de procedibilidad.

4. Además, debe tomarse en cuenta que, mediante la sentencia emitida con calidad de precedente en el Expediente 00168-2005-PC/TC, este Tribunal Constitucional precisó los requisitos mínimos que debe cumplir una norma legal o acto administrativo para ser exigible mediante el proceso de cumplimiento. Así señaló que, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en el acto administrativo debe: a) ser vigente; b) ser cierto y claro, es decir, inferirse indubitablemente de la norma legal o acto administrativo en cuestión; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y e) ser incondicional También señaló que, en el caso exclusivo de los actos administrativos, éstos deben: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante y g) permitir individualizar al beneficiario.

5. En el presente caso se advierte que, pese a su antigüedad, la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH se encuentra vigente al no haber sido anulada ni dejada sin efecto mediante pronunciamiento jurisdiccional o administrativo alguno. Además, consta que ésta contiene un mandato cierto y claro; esto es, unificar el cobro de los arbitrios respecto del predio ubicado en el Jirón Las Antaras, Manzana K, Lote 16 de la Urbanización San Juan Bautista de Villa en la recurrente.

6. Dicho mandato no se encuentra sujeto a controversia compleja o interpretaciones dispares; por el contrario, su tenor es claro: a partir del año 2001 la Municipalidad Distrital de Chorrillos debió unificar el cobro de los arbitrios correspondientes a dicho predio en la actora absteniéndose de realizar cobros por ese concepto a cada uno de sus condóminos por separado. Además, el mandamus es de obligatorio e ineludible cumplimiento y de carácter incondicional.

7. Finalmente, debe tomarse en cuenta que el acto administrativo objeto de litis identifica en forma expresa a sus beneficiarios —entre los cuales se encuentra la actora — y reconoce a favor de ellos un derecho en forma incuestionable. Por tanto, deben considerarse superados los requisitos de procedibilidad establecidos, con calidad de precedente, en la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC.

8. Además, no se advierte que, en el presente caso, se configure alguna de las causales de improcedencia de la demanda de cumplimiento establecidas en el artículo 70 del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, corresponde pronunciarse respecto al fondo de la controversia.

Análisis de la controversia

9. A lo largo del proceso, la emplazada ha justificado su negativa a ejecutar la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH en el artículo 193 de la Ley 27444. En su parte pertinente, dicha norma establecía lo siguiente:

   Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos: (…)

   Cuando transcurridos cinco años de adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

10. Sin embargo , dicha disposición ha sido derogada por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2016, y sustituida por el siguiente texto:

    Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos: (…)

    Cuando transcurridos dos (2) años de adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

11. La emplazada alega que, habiéndose vencido largamente dichos plazos contados desde el momento en que la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH adquirió firmeza, no corresponde ordenar su ejecución mediante el proceso de cumplimiento.

12. Este Tribunal Constitucional discrepa de dicha interpretación. El artículo 193 de la Ley 27444 no regula causales de nulidad o inexigibilidad radical de los actos administrativos. Por el contrario, se refiere a los casos en que éstos pierden ejecutoriedad; es decir, a las circunstancias en que las entidades administrativas pierden la facultad de ejecutar un mandato coactivamente mediante la facultad de autotutela que la ley reconoce a su favor.

13. Así, la pérdida de la ejecutoriedad de los actos administrativos, sanciona la inactividad de la administración y, al mismo tiempo, resguarda el principio de seguridad jurídica asegurando que los administrados no se encuentren indefinidamente en una situación jurídica subjetiva de desventaja frente al Estado. Ciertamente, dicha norma no tiene por finalidad premiar la inactividad del Estado fulminando los efectos de los actos administrativos que éste decide no ejecutar oportunamente.

14. En consecuencia, este Tribunal Constitucional advierte que no existe justificación válida para dejar de ejecutar la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH la cual constituye un acto administrativo firme y de obligatorio cumplimiento cuya legalidad debe presumirse. Por tanto, debe estimarse la demanda de cumplimiento de autos y, en consecuencia, ordenar a la Municipalidad Distrital de Chorrillos ejecutar el mandamus en cuestión sin que ello implique la devolución, de manera automática, de cualquier suma de dinero que hubiera sido pagada en exceso por concepto de arbitrios.

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

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda de cumplimiento; por tanto, ordenar a la Municipalidad Distrital de Chorrilos cumplir con la Resolución de Alcaldía 4433/2001-MDCH, de 27 de setiembre de 2001, que ordena unificar a nombre de la actora los arbitrios municipales respecto del inmueble ubicado en el Jirón Las Antaras, Manzana K, Lote 16 de la Urbanización San Juan Bautista de Villa más 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

C. PRECEDENTES VINCULANTES

Sentencia 02677-2016-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Ladislao Carrillo Espejo. El Tribunal declaró fundada la demanda, por haber haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.

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

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por los recurrentes contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), en la cual solicitó el recálculo de su pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional dentro de los alcances del Decreto Ley 18846.

El Tribunal precisó que hubo un error por parte de la Oficina de Normalización Previsional al calificar la solicitud de pensión de invalidez presentada por el actor. Ya que se le atribuyó la obligación de pago de la pensión de invalidez, la cual le corren a Rímac Seguros y Reaseguros, y esto ha traído como consecuencia que se afecte indebidamente el fondo del Sistema Nacional de Pensiones.

Asimismo, agregó que se había constatado en otros casos situaciones semejantes, en los que se advierte que al demandante se le ha otorgado pensión de jubilación o de invalidez en un monto superior al que legalmente le corresponde, lo cual, además de afectar indebidamente el Fondo del Sistema Nacional de Pensiones que administra la Oficina de Normalización Previsional, coloca al actor en una posición de privilegio con respecto a los pensionistas que, cumpliendo los mismos requisitos, perciben un monto menor en su pensión, afectándose el derecho a la igualdad ante la ley.

En consecuencia, el Tribunal determinó que se corrijan los errores en que ha incurrido la Oficina de Normalización Previsional, adoptándose las siguientes medidas: a) que se deje sin efecto b) que se ordene a Rímac Seguros y Reaseguros que otorgue pensión de invalidez al actor al amparo de la Ley 26790, a partir del 18 de setiembre de 2006, con el pago de las pensiones devengadas e intereses legales correspondientes; c) que del monto que arroje la liquidación de las pensiones devengadas e intereses legales, a que está obligada Rímac Seguros y Reaseguros, se descuente el monto total que ha recibido el actor de la ONP por concepto de la renta vitalicia mensual, de-

vengados e intereses legales y que el Juez ejecutor entregue dicho monto a la ONP, en vía de compensación; y d) que la ONP determine la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo la calificación de la solicitud de pensión y emitieron las resoluciones administrativas que generaron el error.

Asimismo, el Tribunal lo estableció como precedente, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 21 de esta sentencia.

Temas Claves: Derecho a la pensión de invalidez — amparo contra resoluciones administrativas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de diciembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo de fecha 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ladislao Carrillo Espejo contra la sentencia de fojas 466, de fecha 13 de enero de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de marzo de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y solicita el recalculo de su pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional concedida mediante Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL18846, dentro de los alcances del Decreto Ley 18846 (f. 3), a fin de que sea otorgada conforme a la Ley 26790 y su Reglamento, por cuanto la contingencia (fecha del Informe de Evaluación de Comisión Médica) se produjo en vigencia de esta norma.

La ONP contesta la demanda y expresa que debe declararse infundada, por cuanto si bien el Informe de Comisión Médica de Incapacidad tiene como fecha el 18 de septiembre de 2006, también se indica que la probable fecha de inicio de la enfermedad es el 1 de enero de 1992, razón por la cual se aplicó el Decreto Ley 18846.

Mediante Resolución 12, de fecha 30 de enero de 2014 (f. 155), el Juez incorpora al proceso a la Empresa Rímac Seguros en calidad de codemadada, sustentándose en la información proporcionada por la empleadora Shougang Hierro Perú S.A.A. (f. 149).

Rímac Seguros y Reaseguros contesta la demanda y sostiene que es la ONP a quien le corresponde efectuar el recalculo de la pensión del demandante de acuerdo a la a

la Ley 26790 y su reglamento, conforme se consigna en la resolución que otorgó la pensión; asimismo, manifiesta que el Informe de Comisión Médica de Incapacidad de autos es contradictorio, toda vez que en el Informe de Evaluación de Comisión Médica de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) que se anexa, se ha determinado que el actor adolece de hipoacusia neurosensorial con 20% de menoscabo.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 16 de octubre de 2014 (f. 421), declara improcedente la demanda, por estimar que el precedente emitido en el Expediente 00061-2008-PA/TC del 28 de enero de 2008, que establece la fecha del dictamen de comisión médica como aquella que determina la contigencia, fue publicada con posterioridad a la resolución administrativa que le otorgó pensión de invalidez al actor, y por lo tanto, en el presente caso, correspondía la aplicación del Decreto Ley 18846 atendiendo a la fecha probable de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992) y no la del informe de comisión médica.

La Sala superior competente confirma la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

952

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se ordene a la Oficina de Normalización Previsional-ONP que efectúe el recálculo de su pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley 26790 y su reglamento.

Procedencia de la demanda

2. En el presente caso, aún cuando en la demanda se cuestione la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación, toda vez que se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital y en atención a su estado de salud.

Análisis de la controversia

3. Este Tribunal, en el precedente establecido en la sentencia 02513-2007-PA/TC, ha unificado los criterios respecto a las situaciones relacionadas con la aplicación del régimen de protección de riesgos profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).

4. En tal sentido, el precedente recaído en el fundamento 14 de la STC 2513-2007-PA/TC, ha establecido que la acreditación de la enfermedad profesional únicamente podrá efectuarse mediante 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.

5. Cabe precisar que el régimen de protección de riesgos profesionales fue inicialmente regulado por el Decreto Ley 18846 y luego sustituido por la Ley 26790, del 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 (SATEP) serían transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) administrado por la ONP.

6. Posteriormente, mediante el Decreto Supremo 003-98-SA se aprobaron las Normas Técnicas del SCTR, estableciéndose las prestaciones asistenciales y pecuniarias que se otorgan al titular o beneficiarios a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

7. En cuanto a considerar la fecha del dictamen de comisión médica como la fecha de la contingencia en las pensiones de invalidez del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790, importa mencionar que este Tribunal Constitucional en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 1008-2004-AA/TC publicada en la página web institucional el 7 de julio de 2005 y como doctrina jurisprudencial, determinó que es la fecha del pronunciamiento médico que acredita la enfermedad profesional la que se debe considerar para establecer la contingencia y el otorgamiento de la pensión.

8. Al respecto, de los actuados se desprende que la ONP le otorgó al demandante pensión de invalidez basándose en el Informe de Evaluación de la Comisión Médica de Incapacidad del Hospital Félix Torrealva Gutiérrez de EsSalud – Ica, de fecha 18 de septiembre de 2006 (f. 7), en el que se determina que presenta 55% de menoscabo global, por adolecer de neumoconiosis, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda y trauma acústico crónico.

9. De otro lado, Rímac Seguros y Reaseguros, incorporada al proceso como emplazada, adjunta el Informe de Evaluación de Comisión Médica de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) de fecha 17 de julio de 2008 (f. 348), en el que se diagnostica que el actor adolece de hipoacusia neurosensorial bilateral con 20% de menoscabo. No obstante, se advierte que los exámenes de pulmones y la audiometría fueron realizados el 11 de agosto de 2006, esto es, con anterioridad al Informe de Evaluación de la Comisión Médica de Incapacidad de EsSalud presentado por el actor, razón por la cual no genera convicción.

10. En tal sentido, habiéndose determinado que a la fecha de expedición del informe de la comisión médica de incapacidades de EsSalud (18 de septiembre de 2006), el actor se encontraba dentro del ámbito de protección legal de la Ley 26790 y su

reglamento, le corresponde gozar de la prestación estipulada por esta norma y no por el Decreto Ley 18846, y percibir una pensión de invalidez permanente parcial regulada en el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA (del 50% al 66.66% corresponde la invalidez permanente parcial), equivalente al 50% de su remuneración mensual y sin el tope de la pensión máxima regulada por el artículo 3 del Decreto Ley 25967.

11. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde el 18 de septiembre de 2006, fecha del pronunciamiento de la Comisión Médica de EsSalud que acredita la existencia de la enfermedad profesional con un porcentaje global de 55%, 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 de invalidez, por haberse calificado como prueba idónea el referido informe médico presentado por el recurrente (f. 7).

12. Respecto a los topes previsionales del régimen del Decreto Ley 19990, este Tribunal en los fundamentos 30 y 31 de la STC 2313-2007-PA/TC ha reiterado las consideraciones expuestas en los fundamentos 87 y 117 de la STC 10063-2006-PA/TC, en el sentido de que "los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 para los regímenes a cargo de la ONP, no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones)".

13. Asimismo, habiéndose constatado que a la fecha de la contingencia (18 de septiembre de 2006) la empleadora Shougang Hierro Perú S.A.A. tenía contratado el SCTR con Rímac Seguros y no con la ONP (f. 149), debe disponerse que sea la mencionada aseguradora quien asuma la responsabilidad del pago de la pensión de invalidez del actor conforme a la Ley 26790, con los reintegros que correspondan al demandante y a la ONP.

14. Por consiguiente, habiéndose acreditado en autos la vulneración del derecho a la pensión del demandante, corresponde estimar la demanda y ordenar el otorgamiento de la pensión de invalidez, así como el pago de las pensiones devengadas e intereses legales.

15. Respecto a los intereses legales, este Tribunal ha establecido en la STC 05430-2006-PA/TC puntualizando que el pago de dicho concepto debe efectuarse con-

forme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil y conforme a lo dispuesto en el considerando 20 del auto recaído en el Expediente 2214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial.

16. En cuanto al pago de los costos procesales, por las especiales circunstancias del caso, no corresponde la condena de costos.

Error de la ONP que afecta el Fondo del Sistema Nacional de Pensiones

17. En el presente caso se ha determinado que la Oficina de Normalización Previsional incurrió en error al calificar la solicitud de pensión de invalidez presentada por el actor. En efecto, en primer lugar, se atribuyó la obligación de pago de la pensión de invalidez, pese a que, como se ha establecido en autos, dicha obligación corresponde a Rímac Seguros y Reaseguros, lo cual ha traído como consecuencia que se afecte indebidamente el fondo del Sistema Nacional de Pensiones; en segundo lugar, estableció como fecha de la contingencia y de inicio de pago de la pensión de invalidez no la fecha de emisión del dictamen médico (18 de setiembre de 2006), como lo establece la doctrina vinculante de este tribunal, establecida en la sentencia emitida en el Expediente 01008-2004-AA/TC, sino la fecha que se consigna en dicho dictamen como fecha probable de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992), lo cual trajo como consecuencia que: a) se aplique al caso del actor el Decreto Ley 18846, en lugar de la Ley 26790, acarreando perjuicio al actor, puesto que se fijó en una cantidad diminuta el monto de su pensión de invalidez; y b) que se haya beneficiado al demandante con el pago en exceso por concepto de pensiones devengadas e intereses legales, toda vez que se le otorgó la pensión de invalidez a partir del 1 de enero de 1992, no obstante que la contingencia se produjo el 18 de setiembre de 2006, fecha a partir de la cual corresponde que se pague dicho concepto.

18. Este Tribunal ha constatado que en otros casos se han presentado situaciones semejantes, en los que se advierte que al demandante se le ha otorgado pensión de jubilación o de invalidez en un monto superior al que legalmente le corresponde, lo cual, además de afectar indebidamente el Fondo del Sistema Nacional de Pensiones que administra la Oficina de Normalización Previsional, coloca al actor en una posición de privilegio con respecto a los pensionistas que, cumpliendo los mismos requisitos, perciben un monto menor en su pensión, afectándose el derecho a la igualdad ante la ley.

19. Es evidente que la responsabilidad de la calificación y determinación errónea del monto de la pensión de jubilación o invalidez no recae en el pensionista, sino en la entidad encargada del otorgamiento y pago de las pensiones; sin embargo, se afecta el Sistema Nacional de Pensiones.

Precedente sobre el pago en exceso de la prestación

20. El Tribunal Constitucional no puede mantenerse indiferente frente a esta situación anómala, máxime si se tiene en cuenta que el error en el que ha incurrido la Administración al calificar y otorgar la pensión se renueva en cada oportunidad de pago, esto es, cada vez que el pensionista hace efectivo el cobro de su pensión de jubilación o invalidez; debiendo tenerse en cuenta, por otro lado, que el error no genera derecho.

21. En la sentencia emitida en el Expediente 00799-2014-PA/TC, este Tribunal ha establecido un Estado de Cosas Inconstitucional en relación a la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a la pensión por parte de las entidades públicas encargadas de la prestación correspondiente; por consiguiente, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y de pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima pertinente establecer precedente de observancia obligatoria respecto las reglas que deben observar los jueces que conocen procesos de amparo en los que se advierte este tipo de anomalías:

a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. **Regla sustancial:** Cuando en un proceso de amparo se advierta que, por error imputable a la Administración, se abona al pensionista un monto de pensión superior al que le corresponde, o se le ha reconocido un beneficio o bonificación que no le corresponde, se observarán las siguientes reglas:

Regla sustancial 1:

Cuando se determine que el monto de la pensión de jubilación o invalidez que percibe el demandante es superior al monto que legalmente corresponde, pese a lo cual solicita incremento del mismo, se dispondrá en la sentencia desestimatoria que la entidad prestadora emita una nueva resolución administrativa otorgando la pensión con arreglo a ley, dejando sin efecto aquello que no corresponde; exonerándose al demandante de la obligación de devolver lo percibido en exceso, razón por la cual no se realizará ningún descuento en la pensión actual o futura que perciba.

Regla sustancial 2:

En el supuesto mencionado en la Regla sustancial 1, se deja a salvo el derecho que tiene la ONP de repetir lo pagado en exceso en los funcionarios responsables del error incurrido.

Regla sustancial 3:

Cuando en el caso se advierta que el cálculo del monto de la pensión se ha efectuado en perjuicio del pensionista, resultando un monto inferior al que realmente le corresponde, pero se determine al mismo tiempo que ha sido favorecido erróneamente en cuanto a la determinación de las pensiones devengadas, intereses legales o la aplicación de alguna bonificación, aumento o incremento por aumento de menoscabo que no le corresponde, en la sentencia que declara fundada la demanda se dispondrá: 1) que, en el término de 2 días de notificada la sentencia, se emita nueva resolución administrativa efectuando una debida calificación y otorgamiento de la pensión, dejando sin efecto aquello que ha sido ilegalmente otorgado; y 2) que del monto de los reintegros que le corresponden al actor como consecuencia de haber percibido un monto menor como pensión de jubilación o de invalidez, se proceda a la compensación correspondiente de lo que ha cobrado en exceso, a favor de la entidad que efectuado el pago.

Regla sustancial 4:

La compensación a la que se hace referencia en la Regla sustancial 3 solo procederá si la liquidación de devengados e intereses arroja un monto a favor del pensionista, monto que será el tope de la compensación, no procediendo, en ningún caso, descuento alguno en la pensión actual o futura del pensionista.

Regla sustancial 5:

La ONP deberá determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo la calificación de la solicitud de pensión y emitieron las resoluciones administrativas que generaron el error.

Regla sustancial 6:

La Oficina de Normalización Previsional informará al Juez ejecutor acerca de las rectificaciones efectuadas, así como del establecimiento de la responsabilidad funcional, adjuntando las resoluciones administrativas expedidas.

Regla procesal 7:

El criterio vinculante establecido en el Precedente de esta sentencia será de aplicación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite.

Efectos de la presente sentencia sobre el caso concreto

22. En el presente caso, corresponde que se corrijan los errores en que ha incurrido la Oficina de Normalización Previsional, adoptándose las siguientes medidas: a) que se deje sin efecto la pensión de invalidez otorgada por la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 19990; b) que se ordene a Rímac Seguros y Reaseguros que otorgue pensión de invalidez al actor al amparo de la Ley 26790, a partir del 18 de setiembre de 2006, con el pago de las pensiones devengadas e intereses legales correspondientes; c) que del monto que arroje la liquidación de las pensiones devengadas e intereses legales, a que está obligada Rímac Seguros y Reaseguros, se descuente el monto total que ha recibido el actor de la ONP por concepto de la renta vitalicia mensual, devengados e intereses legales y que el Juez ejecutor entregue dicho monto a la ONP, en vía de compensación; y d) que la ONP determine la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo la calificación de la solicitud de pensión y emitieron las resoluciones administrativas que generaron el error.

23. En la etapa de ejecución de sentencia, el Juez de la causa dispondrá que se efectúe una liquidación a fin de que se determine: 1) el monto total de las pensiones devengadas e intereses legales que le adeuda Rímac Seguros y Reaseguros al actor, desde el 18 de setiembre de 2006 hasta la fecha en que empiece a abonarle la pensión de invalidez; 2) el monto total de la renta vitalicia mensual que ha percibido el actor de parte de la ONP, desde la fecha en que inició dicho pago; y 3) el monto de los devengados e intereses legales que la ONP ha abonado al actor. Una vez que quede firme la liquidación, el Juez ejecutor dispondrá que Rímac Seguros y Reaseguros, del monto que adeuda al actor por concepto de devengados e intereses, consigne a nombre del Juzgado la cantidad total que ha recibido el actor de parte de la ONP, por concepto de la renta vitalicia mensual, devengados e intereses, a fin de que dicho monto sea entregado a la ONP y el saldo que quede Rímac Seguros y Reaseguros lo abone directamente al actor.

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 haber haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión; en consecuencia, se declara la nulidad de la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 19990.

2. Ordena que Rímac Seguros y Reaseguros otorgue al demandante pensión de invalidez de conformidad a la Ley 26790, a partir del 18 de septiembre de 2006, con el reintegro de las pensiones devengadas y los intereses legales.

3. Ordena que, en ejecución de sentencia, el Juez de la causa disponga que se practique la liquidación de pensiones devengadas e intereses legales y adopte las medidas pertinentes.
4. Ordena que la ONP determine la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo las decisiones administrativas que originaron el error.
5. Establecer como PRECEDENTE, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 21 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE CORRESPONDE ORDENAR EL PAGO DE INTERESES LEGALES CAPITALIZABLES POR TRATARSE DE DEUDAS PENSIONARIAS

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la presente sentencia, discrepo de lo afirmado en el fundamento 15, que consigna que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable basándose en la denominada "doctrina jurisprudencial" establecida en el Auto 2214-2014-PA/TC, por cuanto, como repito y he dejado sentado en el voto singular que emití en dicha oportunidad, considero que los criterios contenidos en dicho auto son errados, ya que en materia pensionaria es de aplicación la tasa de interés efectiva, que implica el pago de intereses capitalizables.

Desarrollo mi posición en los términos siguientes:

1. En las Sentencias 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, sobre la Ley de Presupuesto Público del año 2013, el Tribunal Constitucional precisó la naturaleza y alcances de las leyes del presupuesto público y estableció, principalmente sus características de especialidad y anualidad. Con relación a esto último, especificó lo siguiente en su fundamento 29:

   > Dada la periodicidad anual de la Ley de Presupuesto, toda disposición legal que ella contenga, cuya vigencia supere, expresa o implícitamente, el período anual respectivo, o que establezca una vigencia ilimitada en el tiempo, es per se incompatible con el artículo 77 de la Ley Fundamental, como igualmente es inconstitucional, por sí mismo, que en la Ley de Presupuesto se regule un contenido normativo ajeno a la materia estrictamente presupuestaria.

   En tal sentido, es claro que el contenido de todas las normas que regula una ley de presupuesto solo tiene efecto durante un año; y solo debe regular la materia presupuestaria, pues son estas dos características –adicionales a su procedimiento de aprobación– las condiciones para su validez constitucional a nivel formal.

2. La nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013 (Ley 29951) dispone lo siguiente:

> Dispóngase, a partir de la vigencia de la presente Ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno. Asimismo, establézcase que los procedimientos administrativos, judiciales en trámite o en etapa de ejecución, o cualquier adeudo previsional pendiente de pago a la fecha, se adecuará a lo establecido en la presente disposición.

3. En principio, es claro que el mandato contenido en la citada disposición complementaria estuvo vigente durante el año 2013 y, por lo tanto, solo podía tener efecto durante dicho año, esto es desde el 1 de enero al 31 de diciembre de dicho periodo presupuestal.

4. Sin embargo, y como es de verse, su contenido precisa el tipo de interés aplicable a la deuda pensionaria; es decir, no regula una materia presupuestaria, sino su finalidad específica es establecer la forma cualitativa del pago de intereses de este tipo específico de deudas. Esta incongruencia de su contenido evidencia la inexistencia de un nexo lógico e inmediato con la ejecución del gasto público anual y, por lo tanto, una inconstitucionalidad de forma por la materia regulada.

5. Cabe precisar que el Sistema Nacional de Pensiones, en tanto sistema de administración estatal de aportaciones dinerarias para contingencias de vejez, se solventa, en principio, con la recaudación mensual de los aportes a cargo de la Sunat y de la rentabilidad que produzcan dichos fondos. A ello se adicionan los fondos del tesoro público que el Ministerio de Economía y Finanzas aporta y otros ingresos que pueda recibir el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

6. En tal sentido, aun cuando la Ley de Presupuesto Público debe incluir el gasto que supone la ONP como entidad pública para su funcionamiento, ello no termina por justificar, razonablemente, la incorporación de una disposición regulatoria de un tipo de interés específico para el pago de la deuda pensionaria, pues la norma en sí misma escapa a la especial materia regulatoria de este tipo de leyes.

7. En otras palabras, aun cuando es cierto que la ONP como entidad estatal genera gasto público que corresponde incluir en la Ley de Presupuesto (planilla de pago de trabajadores, pago de servicios, compra de bienes, entre otros gastos); dicho egreso, en sí mismo, no es otro que el costo que asume el Estado peruano para la

concretización del derecho fundamental a la pensión a favor de todos los ciudadanos a modo de garantía estatal, esto en claro cumplimiento de sus obligaciones internacionales de respeto de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y de garantizar su efectividad a través de medidas legislativas u otro tipo de medidas estatales (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

8. Por ello, la inclusión de una disposición que regula la forma cualitativa del pago de los intereses pensionarios no guarda coherencia con la materia presupuestal pública a regularse a través de este tipo especial de leyes, lo cual pone en evidencia la existencia de una infracción formal que traduce en inconstitucional la nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, pues su texto incorpora al ordenamiento jurídico una materia ajena a la presupuestaria como disposición normativa. Siendo ello así, su aplicación resulta igualmente inconstitucional.

9. En el caso de las deudas pensionarias reclamadas a propósito de los procesos constitucionales de amparo, se advierte la presencia de dos características particulares: a) El restablecimiento de las cosas al estado anterior. El proceso constitucional está destinado a restituir las cosas al estado anterior a la lesión del derecho a la pensión, lo que implica que el juez constitucional además de disponer la nulidad del acto u omisión lesiva, debe ordenar a la parte emplazada la emisión del acto administrativo reconociendo el derecho a la pensión a favor del demandante; y b) el mandato de pago de prestaciones no abonado oportunamente. En la medida que el derecho a la pensión genera una prestación dineraria, corresponde que dicha restitución del derecho incluya un mandato de pago de todas aquellas prestaciones no pagadas en su oportunidad.

10. Esta segunda cualidad particular de las pretensiones pensionarias en los procesos constitucionales a su vez plantea una problemática producto del paso del tiempo: la pérdida del valor adquisitivo de la acreencia dependiendo de cuán lejana se encuentre la fecha de la regularización del pago de la prestación pensionaria. Además, esta situación –consecuencia directa del ejercicio deficiente de las facultades de la ONP y, por lo tanto, imputable exclusivamente a ella– genera en el acreedor pensionario un grado de aflicción como consecuencia de la falta de pago de su pensión, que supone en el aportante/cesante sin jubilación no recibir el ingreso económico necesario para solventar sus necesidades básicas de alimentación, vestido e, incluso, salud (sin pensión no hay lugar a prestación de seguridad social), durante el tiempo que la ONP omita el pago y se demuestre judicialmente si tiene o no derecho al acceso a la pensión.

11. El legislador, mediante la Ley 28266, publicada el 2 de julio de 2004, inició la regulación de los intereses previsionales aparejándolos a la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

    La citada disposición estableció lo siguiente:

    > Establécese que el pago de devengados, en caso de que se generen para los pensionistas del Decreto Ley Nº 19990 y regímenes diferentes al Decreto Ley Nº 20530, no podrán fraccionarse por un plazo mayor a un año. Si se efectuara el fraccionamiento por un plazo mayor a un año, a la respectiva alícuota deberá aplicársele la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

    El Ministerio de Economía y Finanzas efectúa las provisiones presupuestales a que haya lugar. (sic)

    Como es de verse, para el legislador el pago de las pensiones devengadas –no pagadas oportunamente producto de la demora en el procedimiento administrativo de calificación o de la revisión de oficio– que superara en su programación fraccionada un año desde su liquidación, merece el pago adicional de intereses conforme a la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Al respecto, es necesario precisar que el BCR regula dos tipos de tasas de interés a fin de establecer la referencia porcentual que corresponde imputar a deudas de naturaleza civil (tasa de interés efectiva) y laboral (tasa de interés laboral o nominal), esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1244 del Código Civil y el artículo 51 de su Ley Orgánica (Ley 26123).

12. Hasta aquí, lo dicho no hace más que identificar que las deudas previsionales por mandato del legislador, vencido el año de fraccionamiento sin haberse podido liquidar en su totalidad, generan un interés por el incumplimiento, pero ¿cuál es la naturaleza jurídica del interés que generan las deudas pensionarias?

13. En nuestro ordenamiento jurídico, las reglas sobre el incumplimiento de obligaciones se encuentran establecidas en el Código Civil. Estas reglas aplicables a las relaciones entre privados sirven de marco regulatorio general para la resolución de conflictos o incertidumbres jurídicas que se planteen en el desarrollo de dichas relaciones. Si bien es cierto que las controversias que se evalúan a través de los procesos constitucionales no pueden resolverse en aplicación del Derecho privado, ello no impide que el juez constitucional analice dichas reglas con el fin de identificar posibles respuestas que coadyuven a la resolución de controversias en las que se encuentren involucrados derechos fundamentales. Ello, sin olvidar que su aplicación solo es posible si dichas reglas no contradicen los fines esenciales de

los procesos constitucionales de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

14. Así, el artículo 1219 del Código Civil establece cuales son los efectos de las obligaciones contraídas entre el acreedor y el deudor:

> Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
>
> 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
>
> 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
>
> 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
>
> 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

En la misma línea, el artículo 1152 del Código Civil dispone lo siguiente ante el incumplimiento de una obligación de hacer por culpa del deudor:

> … el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda.

Finalmente, el artículo 1242 del mismo código regula los tipos de intereses aplicables a las deudas generadas en el territorio peruano. Así:

> El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

15. Como es de verse, nuestra legislación civil establece como una de las consecuencias generales del incumplimiento de obligaciones, el derecho legal a reclamar una indemnización, y precisa que en el caso de deudas pecuniarias no pagadas a tiempo se generan intereses moratorios, cuya finalidad es resarcir al acreedor por la demora en la devolución del crédito.

16. Conforme lo he precisado supra, la tutela judicial del derecho a la pensión genera dos mandatos, uno destinado al reconocimiento de la eficacia del derecho por parte del agente lesivo (ONP), para lo cual se ordena la emisión de un acto admi-

nistrativo cumpliendo dicho fin; y otro destinado a restablecer el pago de la pensión (prestación económica), lo que implica reconocer también las consecuencias económicas generadas por la demora de dicho pago a favor del pensionista, a través de una orden adicional de pago de intereses moratorios en contra del agente lesivo, criterio establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la emisión de la Sentencia 0065-2002-PA/TC.

17. Es importante recordar que el derecho a la pensión es de naturaleza alimentaria por lo que su lesión continuada, producto de la falta de pago de la pensión, genera una desazón en los últimos años de vida del aportante/cesante sin jubilación, dada la ausencia de solvencia económica para la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vestido y salud. Es este hecho el que sustenta la orden de reparación vía la imputación del pago de intereses moratorios.

18. En tal sentido, se aprecia que los intereses que provienen de las deudas previsionales y que son consecuencia directa del pago tardío generado por el deficiente ejercicio de las competencias de la ONP, son de naturaleza indemnizatoria, pues tienen por finalidad compensar el perjuicio ocasionado en el pensionista por el retardo del pago de la pensión a la que tenía derecho, esto por cumplir los requisitos exigidos por ley y que ha sido demostrado en un proceso judicial.

19. Es importante dejar en claro que el hecho de que la ONP, a propósito de un deficiente ejercicio de sus funciones exclusivas de calificación y, pago de prestaciones pensionarias, lesione el derecho a la pensión y como consecuencia de dicho accionar –o eventual omisión–, genere un pago tardío de dichas prestaciones, en modo alguno traslada la responsabilidad de dicha demora hacia el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, en la medida que en los hechos, este fondo es objeto de administración y no participa ni revisa el ejercicio de las funciones de la ONP, por lo que no genera –ni puede generar– acciones ni omisiones lesivas al citado derecho.

    Al respecto, es necesario precisar que la Ley de Procedimientos Administrativos General (Ley 27444) establece la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas al señalar lo siguiente:

    > Artículo 238.1.- Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

> Artículo 238.4.- El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.[1]

20. Es por ello que, únicamente, el citado fondo responde –y debe responder a exclusividad– por el pago de la pensión y/o eventuales devengados y reintegros provenientes de un nuevo y correcto cálculo de dicha prestación, en tanto que la ONP debe responder y asumir la responsabilidad del pago de los intereses generados por dicho pago tardío (mora), como entidad pública legalmente competente para calificar y otorgar el pago de pensiones del Sistema Nacional de Pensiones, al ser la responsable de la lesión del derecho fundamental a la pensión. Esto quiere decir que la ONP, a través de sus fondos asignados anualmente y/o fondos propios, es la que debe responder por el pago de los intereses generados a propósito del ejercicio deficiente de sus facultades para asumir, independientemente, el pago de dicho adeudo, sin que ello afecte al Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

21. Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de los intereses previsionales, es necesario determinar cuál es el tipo de tasa de interés aplicable para su determinación.

22. El Banco Central de Reserva (BCR), por mandato del artículo 84 de la Constitución, es el órgano constitucional encargado de regular la moneda y el crédito financiero. Asimismo, por mandato del artículo 1244 del Código Civil, de la Ley 28266 y del Decreto Ley 25920, es el órgano estatal facultado para establecer las tasas de interés aplicables a las deudas de naturaleza civil, previsional y laboral.

Aquí cabe puntualizar que la regulación del interés laboral viene a constituir la excepción a la regla general del interés legal, dado que por mandato del Decreto Ley 25920, el legislador ha preferido otorgar un tratamiento especial para el pago de intereses generados por el incumplimiento de obligaciones laborales a fin de evitar un perjuicio económico al empleador con relación a la inversión de su capital, fin constitucionalmente valioso tan igual que el pago de las deudas laborales. Sin embargo, esta situación particular, no encuentra justificación similar en el caso de deudas previsionales, en la medida que el resarcimiento del daño causado al derecho a la pensión no afecta una inversión privada ni el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, conforme lo he precisado en los considerandos 19 y 20.

23. Teniendo ello en cuenta, se aprecia que el interés moratorio de las deudas previsionales, en tanto el pago de pensiones no provienen de acreencias producto de

1 El texto de las normas citadas corresponden a la modificatoria introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

un contrato suscrito a voluntad entre el Estado y el aportante (deudas civiles) ni de una relación laboral, será aquel determinado por el Banco Central de Reserva (BCR) a través de la tasa de interés efectiva, en atención a lo establecido en la Ley precitada 28266. Cabe indicar, que dada la previsión legal mencionada, los intereses previsionales tampoco se encuentran sujetos a la limitación del anatocismo regulada por el artículo 1249 del Código Civil, pues dicha disposición es exclusivamente aplicable a deudas provenientes de pactos entre privados; y su hipotética aplicación para la resolución de controversias en las que se vean involucrados derechos fundamentales, carece de sustento constitucional y legal.

24. Por estas razones, la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad del adulto mayor, en su forma más básica como lo es la manutención propia. Más aún, si se considera que el derecho a la pensión comprende el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria; situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad del adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con lo decidido en el presente caso, y con la necesidad de establecer un precedente al respecto, me aparto de la regla sustancial 5 establecida en el fundamento 21 de la sentencia en mayoría, que tiene carácter de precedente, y del punto resolutivo 4, por lo siguiente:

Regla sustancial 5:

La ONP deberá determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo la calificación de la solicitud de pensión y emitieron las resoluciones administrativas que generaron el error.

Si bien la ONP otorgó al actor pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional en aplicación del Decreto Ley 18846, tomando como referencia la probable fecha de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992), y no la fecha de emisión del certificado médico (18 de septiembre de 2006), conforme lo establece el precedente Hernández Hernández (Expediente 2513-2007-PA/TC); debe recordarse que este último fue publicado en el portal web institucional el 8 de enero de 2009, en tanto que la cuestionada resolución de la ONP data del 1 de agosto de 2007. Es decir, el establecimiento de dicho criterio como regla vinculante es posterior al otorgamiento de la pensión.

Incluso, la resolución cuestionada es anterior al criterio desarrollado en la sentencia emitida por la Sala Segunda de este Tribunal en el Expediente 10063-2006-PA/TC (6 de diciembre de 2007) que sirvió de sustento para la emisión del precedente Hernández Hernández.

Por tanto, considero un exceso el ordenar a la ONP que determine la responsabilidad administrativa de los funcionarios que calificaron la solicitud de pensión y emitieron las resoluciones administrativas respectivas, porque la actuación desplegada se realizó sobre la base de criterios previos a la emisión del precedente, a partir del cual, la regla de considerar la fecha de emisión del certificado como fecha en que se genera el derecho, se convirtió en vinculante.

Finalmente, me aparto del primer párrafo del aludido fundamento 21, en tanto hace referencia a la sentencia emitida en el Expediente 00799-2014-PA/TC, a través de la

cual mis colegas magistrados establecen dos estados de cosas inconstitucionales y emiten un precedente. En dicho caso, suscribí un voto singular, donde detallo los motivos que sustentan mi posición.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados en el caso de autos, promovido por don Ladislao Carrillo Espejo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), no concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría. En consecuencia, emito el presente voto singular sustentando mi posición en lo siguiente:

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando que se declare inaplicable la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 18846, de fecha 1 de agosto de 2007, que le otorgó renta vitalicia por enfermedad profesional bajo los alcances del Decreto Ley 18846; y que en consecuencia se le otorgue pensión de invalidez por enfermedad profesional bajo los alcances de la Ley 26790, su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 009-97-SA, y el Decreto Supremo 003-98-SA.

Alega el actor que la impugnada Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 18846, de fecha 01de agosto de 2007, que le otorgó la referida pensión de invalidez aplicó indebidamente del Decreto Ley 18846 y el Decreto Supremo 002-72-TR que aprueba su reglamento; y lo que le correspondía era que se le otorgara una pensión de invalidez vitalicia con arreglo a la Ley 26790, el Decreto Supremo 009-97 que aprueba su reglamento y el Decreto Supremo 003-98-SA, atendiendo que la fecha del Informe de Evaluación Médica con el que acredita la enfermedad profesional que padece fue expedido el 18 de setiembre de 2006, esto es, durante la vigencia de la Ley 26790, norma sustitutoria del Decreto Ley 18846.

La demandada Oficina de Normalización Previsional (ONP) contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada alegando que el actor solicitó en la vía administrativa el otorgamiento de renta vitalicia bajo los alcances del Decreto Ley 18846. En consecuencia, toda vez que según el Informe de Evaluación Médica de fecha 18 de setiembre de 2006 la fecha de acaecimiento de la enfermedad profesional fue el 1 de enero de 1992, la norma aplicable era el Decreto Ley 18846 -fecha a partir de la cual se le otorgó al actor la renta vitalicia por enfermedad profesional-, y no La Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA, normas que cubren las contingencias a partir del 16 de mayo de 1998. Agrega, además, que de calcularse la pensión del actor en base

a la Ley 26790 este tendría que devolver todos los montos percibidos desde el 1 de enero de 1992 hasta la fecha de inicio de nueva pensión vitalicia, en caso se ordene.

El Primer Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 30 de enero de 2013, en atención a lo resuelto por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N.º 4, de fecha 19 de julio de 2012 (f. 115), que ordena se emita nueva resolución debiendo oficiarse a la empleadora del actor a fin de que informe la empresa con la que suscribió el contrato del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), en cumplimiento de lo establecido por el artículo 19º de la Ley 26790 y el artículo 21º del Decreto Supremo 003-98-SA; incorporó a la empresa Rímac Seguros, en calidad de codemandada, sustentándose en la información proporcionada por la empleadora Shougang Hierro Perú S.A.A. (f. 149).

La emplazada Rímac Seguros y Reaseguros contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente alegando que el Informe de Evaluación Médica de fecha 18 de setiembre de 2006 expedido por el Hospital Félix Torrealva de Essalud- Ica, en el que se establece que el actor padece de neumoconiosis, hipoacusia neurosensorial y trauma acústico, que le genera una incapacidad de 55%, se contradice con el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad expedido por Comisión Médica Calificadora de la Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) que se anexa, en el que se ha determinado que el actor adolece de hipoacusia con 20% de menoscabo y sin menoscabo neumológico.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 16 de octubre de 2014 (f. 421), declara improcedente la demanda por considerar que el precedente emitido en el Expediente 00061-2008-PA/TC del 28 de enero de 2008, que establece la fecha del dictamen de comisión médica como aquella que determina la contigencia, fue publicada con posterioridad a la resolución administrativa que le otorgó pensión de invalidez al actor, y por lo tanto, en el presente caso, correspondía la aplicación del Decreto Ley 18846 atendiendo a la fecha probable de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992) y no la fecha de emisión del informe de la Comisión Médica (18 de setiembre de 2006).

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de enero de 2016, confirma la apelada por considerar que estando a que la fecha de la contingencia es el 18 de setiembre de 2006, en consecuencia, devendría en aplicable para el cálculo de la pensión del actor la Ley 26790, su reglamento y el Decreto Supremo 003-98-SA, vigentes a dicha fecha; no obstante, toda vez que existen en autos certificados médicos contradictorios entre sí, lo cual impide adquirir certeza respecto a la salud del demandante sin antes ordena la realización de una actuación probatoria más extensa, resulta necesario que la pretensión del demandante sea conocida en una vía más lata, no siendo la vía del amparo la adecuada para dicha finalidad.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 18846, de fecha 1 de agosto de 2007, que le otorgó al actor renta vitalicia por enfermedad profesional a partir del 1 de enero de 1992 bajo los alcances del Decreto Ley 18846; y que, en consecuencia la demandada Oficina de Normalización Previsional (ONP) expida nueva resolución calculando su pensión de invalidez profesional con arreglo a lo dispuesto en la Ley 26790, su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 009-97-SA, y el Decreto Supremo 003-98-SA, esto es, en base al promedio de sus 12 últimas remuneraciones anteriores al siniestro (fecha de la evaluación médica), con el pago de las pensiones devengadas, intereses legales y costos del proceso.

Análisis de la controversia

2. El Decreto Ley 18846 dio término al aseguramiento voluntario para establecer la obligatoriedad de los empleadores de asegurar al personal obrero por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a cargo de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero. Así, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 7 los trabajadores obreros que sufrían accidentes de trabajo o enfermedades profesionales tenían derecho a las siguientes prestaciones: a) asistencia médica general y especial; b) asistencia hospitalaria y de farmacia; c) aparatos de prótesis y ortopédicos necesarios; d) reeducación y rehabilitación y e) en dinero.

3. Posteriormente, el Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del Personal Obrero regulado por el Decreto Ley 18846 fue sustituido por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo creado por la Ley 26790, de fecha 17 de mayo de 1997, que dispuso 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 N° 18846 serán transferidos al Seguro complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP, con arreglo a lo dispuesto por la presente Ley".

4. El Decreto Supremo 003-98-SA, vigente desde el 14 de abril de 1998, que "Aprueba las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo", establece las prestaciones asistenciales y pecuniarias que se otorgan al titular o beneficiarios a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. El artículo 3º de la mencionada norma 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.

5. Por su parte, en la sentencia expedida en el Expediente 02513-2007-PA/TC, publicada el 7 de enero de 2009, este Tribunal reiteró los criterios que con calidad de precedentes se establecieron en las sentencias recaídas en los Expediente 1006-2006-PA/TC, 06612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC y 00061-2008-PA/TC para la interpretación y aplicación del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) regulado por el Decreto Ley N.º 18846 y el Decreto Supremo N.º 002-72-TR, y su norma sustitutoria, el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) regulado por la Ley N.° 26790 y el Decreto supremo N.° 003-98-SA.

6. En el fundamento 14 de la referida sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, este Tribunal reiteró como precedente lo establecido en el fundamento 97 de la sentencia recaída en el Expediente 10063-2006-PA/TC, publicada el 6de diciembre de 2007, que precisó que: "en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.° del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es faltos o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de la entidades referidas, y el propio solicitante." (subrayado agregado).

7. A su vez, lo que se refiere al inicio del pago de las pensiones vitalicias, en el fundamento 40 de la citada sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, publicada el 7 de enero de 2009, este Tribunal reiteró como precedente lo establecido en el fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente 00061-2008-PA/TC, publicada el 8 de mayo de 2008, que preciso 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".

8. En el fundamento 24 de la referida sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, este Tribunal reiteró como precedente lo establecido en fundamen-

to 27 de la sentencia recaída en el Expediente 06612-2005-PA/TC y en el y en el fundamento 28 de la sentencia recaída en el Expediente 10087-2005-PA/TC, ambas publicadas el 31 de diciembre de 2007, que precisaron que: "(…) en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. (…)" (subrayado agregado).

Sobre el error de la ONP que afecta el Fondo del Sistema Nacional de Pensiones

9. Sobre el particular, la sentencia en mayoría señala que:

> "En el presente caso se ha determinado que la Oficina de Normalización Previsional incurrió en error al calificar la solicitud de pensión de invalidez presentada por el actor. En efecto, en primer lugar, se atribuyó la obligación de pago de la pensión de invalidez, pese a que, como se ha establecido en autos, dicha obligación corresponde a Rímac Seguros y Reaseguros, lo cual ha traído como consecuencia que se afecte indebidamente el fondo del Sistema Nacional de Pensiones; en segundo lugar, estableció como fecha de la contingencia y de inicio de pago de la pensión de invalidez no la fecha de emisión del dictamen médico (18 de setiembre de 2006), como lo establece la doctrina vinculante de este tribunal, establecida en la sentencia emitida en el Expediente 01008-2004-AA/TC, sino la fecha que se consigna en dicho dictamen como fecha probable de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992), lo cual trajo como consecuencia que: a) se aplique al caso del actor el Decreto Ley 18846, en lugar de la Ley 26790, acarreando perjuicio al actor, puesto que se fijó en una cantidad diminuta el monto de su pensión de invalidez; y b) que se haya beneficiado al demandante con el pago en exceso por concepto de pensiones devengadas e intereses legales, toda vez que se le otorgó la pensión de invalidez a partir del 1 de enero de 1992, no obstante que la contingencia se produjo el 18 de setiembre de 2006, fecha a partir de la cual corresponde que se pague dicho concepto."

Al respecto, se advierte sin embargo, que conforme consta en la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 18846, de fecha 1 de agosto de 2007 (f. 3), el actor solicitó se le otorgue renta vitalicia por enfermedad profesional bajo los alcances del Decreto Ley 18846. Y, que la Oficina de Normalización Previsional resolvió otorgarle al actor la renta vitalicia por enfermedad profesional con arreglo al Decreto Ley 18846 solicitada, a partir del 1 de enero de 1992, por considerar que según el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad- D.L. 18846, N.º 93, de fecha

18 de setiembre de 2006, la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades del Hospital Base III Félix Torrealva Gutierrez de la Red Asistencia Ica de EsSalud dictaminó que el recurrente tiene una incapacidad de 55% a partir del 1 de enero de 1992.

En efecto, figura en el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad- D.L. 18846, N.º 93, que la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades, con fecha 18 de setiembre de 2006 (f. 7), dictamina que el actor padece de las enfermedades profesionales de neumoconiosis, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda y trauma acústico crónico, que le genera una incapacidad de 55%, con pre existencia al 15 de mayo de 1998-D.L. 18846, pudiendo estimarse la fecha probable de inicio de la enfermedad el 1 de enero de 1992.

A su vez, conforme a lo expuesto en el Considerando 7 supra, en lo que se refiere al inicio del pago de las pensiones vitalicias, este Tribunal el 8 de mayo de 2008, fecha de publicación de la sentencia recaída en el Expediente 00061-2008-PA/TC consideró oportuno establecer como precedente desde cuando se inicia la contingencia en el SCTR, estableciendo en su fundamento 18 lo siguiente:

a. Regla Procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgda, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. Regla sustancial: En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.° 26790 y sus normas complementarias y conexas. (subrayado agregado).

Así, se advierte que es recién con fecha 8 de mayo de 2008, esto es, con posterioridad al 01 de agosto de 2007, fecha emisión de la impugnada Resolución 4170-2007-ONP/DC/D18846 (f. 3), que el Tribunal establece con calidad de precedente que la fecha en que se genera el derecho (contingencia) es la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, pues es con esa fecha que se acredita la existencia de la enfermedad profesional y el grado de menoscabo mínimo requerido para acceder a una pensión de invalidez por enfermedad profesional.

En consecuencia, toda vez que hasta el 8 de mayo de 2008, fecha de publicación del precedente contenido en el fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente Expediente 00061-2008-PA/TC no había un criterio establecido a partir de qué fecha debían pagarse las pensiones de invalidez que no obstante ser solicitadas bajo los alcances del Decreto Ley 18846 por estimarse que el inicio de la enfermedad profesional fue durante su vigencia, el certificado médico con el que se acredita la enfermedad profesional con el grado de menoscabo es expedido durante la vigencia de la Ley 26790, de fecha 17 de mayo de 1997, norma sustitutoria del Decreto Ley 18846, que crea el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR); mi posición es de que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) atendió debidamente la solicitud del actor y mediante la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 18846, de fecha 1 de agosto de 2007 (f. 3), resolvió reconocerle el pago de una pensión de invalidez bajo los alcances del Decreto Ley 18846 a partir del 1 de enero de 1992, por considerar que tenía una incapacidad de 55% desde dicha fecha.

Sobre las reglas sustanciales establecidas con carácter de precedente en los casos de pago en exceso de la prestación

10. Sobre el particular, la sentencia en mayoría ha señalado que cuando en un proceso de amparo se advierta que por error imputable a la Administración se abona al pensionista un monto de pensión superior al que le corresponde, o se le ha reconocido un beneficio o bonificación que no le corresponde, se observarán las siguientes reglas:

Regla sustancial 1:

Cuando se determine que el monto de la pensión de jubilación o invalidez que percibe el demandante es superior al monto que legalmente corresponde, pese a lo cual solicita incremento del mismo, se dispondrá en la sentencia desestimatoria que la entidad prestadora emita una nueva resolución administrativa otorgando la pensión con arreglo a ley, dejando sin efecto aquello que no corresponde; exonerándose al demandante de la obligación de devolver lo percibido en exceso, razón por la cual no se realizará ningún descuento en la pensión actual o futura que perciba.

Regla sustancial 2:

En el supuesto mencionado en la Regla sustancial 1, se deja a salvo el derecho que tiene la ONP de repetir lo pagado en exceso en los funcionarios responsables del error incurrido.

Al respecto, sin embargo, mi posición es que en los casos en que el accionante interpone demanda de amparo solicitando el incremento de su pensión y de los

actuados se advierte que la pensión (jubilación, invalidez, viudez, orfandad, etc) que percibe es superior al monto que legalmente le corresponde, el Tribunal deberá limitarse a desestimar la pretensión; no correspondiéndole emitir pronunciamiento alguno respecto a lo que no ha sido solicitado por el demandante ni invocado en el proceso por las parte demandada.

Regla sustancial 3:

> Cuando en el caso se advierta que el cálculo del monto de la pensión se ha efectuado en perjuicio del pensionista, resultando un monto inferior al que realmente le corresponde, pero se determine al mismo tiempo que ha sido favorecido erróneamente en cuanto a la determinación de las pensiones devengadas, intereses legales o la aplicación de alguna bonificación, aumento o incremento por aumento de menoscabo que no le corresponde, en la sentencia que declara fundada la demanda se dispondrá: 1) que, en el término de 2 días de notificada la sentencia, se emita nueva resolución administrativa efectuando una debida calificación y otorgamiento de la pensión, dejando sin efecto aquello que ha sido ilegalmente otorgado; y 2) que del monto de los reintegros que le corresponden al actor como consecuencia de haber percibido un monto menor como pensión de jubilación o de invalidez, se proceda a la compensación correspondiente de lo que ha cobrado en exceso, a favor de la entidad que efectuado el pago.

Regla sustancial 4:

> La compensación a la que se hace referencia en la Regla sustancial 2 solo procederá si la liquidación de devengados e intereses arroja un monto a favor del pensionista, monto que será el tope de la compensación, no procediendo, en ningún caso, descuento alguno en la pensión actual o futura del pensionista.

Al respecto, mi posición es que en los casos en que el accionante interpone demanda de amparo solicitando que se efectúe un nuevo cálculo de su pensión por considerar que percibe un monto inferior al que le corresponde; tratándose de un reajuste pensionario, en primer lugar, se deberá verificar si la pretensión del actor se encuentra comprendida dentro del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, estos, es que la pensión que percibe compromete el mínimo vital o que se requiera de una tutela de especial urgencia por tratarse de una persona enferma o de avanzada edad. De proceder el análisis de fondo y advertirse que el actor percibe como pensión (jubilación, invalidez, viudez, orfandad, etc.) un monto inferior al que le corresponde el Tribunal estimará la demanda y se ordenará el pago correspondiente del reintegro de los

montos dejados de percibir, debiendo descontarse cualquier pago (devengados, intereses legales, etc.) que se le hubiera otorgado como consecuencia del cálculo primigénio de la pensión que venía percibiendo y que, de conformidad con el nuevo cálculo (ej. por aplicarse una normativa distinta), no le corresponde y que de ninguna manera constituyó un "pago en exceso", con lo que opera en la práctica la compensación respectiva.

En tal sentido, lo que se refiere a descuentos derivados de "pagos en exceso" propiamente dicho -que como ya se mencionó no es lo mismo que los descuentos que se deben efectuar como resultado de un nuevo cálculo de la pensión (ej. por aplicación de normativa distinta corresponde que los devengados se paguen con fecha posterior), por lo que procede en la práctica la compensación respectiva-; mi posición es que los referidos descuentos derivados de "pagos en exceso" se sujeten a lo regulado por Ley 28110 publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de noviembre de 2003, que en su Artículo Único, establece:

> *" Artículo Único.-*
>
> *La Oficina de Normalización Previsional (ONP), así como cualquier otra entidad encargada del reconocimiento, calificación, administración y pago de derechos pensionarios, se encuentran prohibidas de efectuar retenciones, descuentos, recortes u otras medidas similares derivados de pagos en exceso, a las prestaciones económicas definitivas generadas por derecho propio, derivado e invalidez luego de transcurrido un (1) año contado a partir de su otorgamiento. Las únicas excepciones admisibles serán aquellas que se realicen por mandato judicial o con la autorización del pensionista."* (subrayado y remarcado agregado).

Análisis del caso concreto

11. En el presente caso, el actor solicita que se declare nula la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 18846, de fecha 1 de agosto de 2007, que le otorgó renta vitalicia por enfermedad profesional a partir del 1 de enero de 1992 bajo los alcances del Decreto Ley 18846; y que, en consecuencia la demandada Oficina de Normalización Previsional (ONP) expida nueva resolución estableciendo el cálculo de su pensión de invalidez profesional de acuerdo a lo dispuesto su norma sustitutoria, esto es, la Ley 26790, de fecha 17 de mayo de 1997, que crea el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y el Decreto Supremo 003-98-SA, tomando como base al promedio de sus 12 últimas remuneraciones anteriores al siniestro, entendiéndose como tal al accidente o enfermedad sufrida por el asegurado (fecha de evaluación médica), con el pago de las pensiones devengadas, intereses legales y costos del proceso.

12. En el presente caso, consta en el certificado de trabajo de fecha 01 de abril de 2015 (f. 479), expedido por Shougang Hierro Perú S.A.A., que el actor laboró en el Centro Minero Metalúrgico a tajo abierto desde el 30 de julio de 1970 hasta el 31 de marzo de 2015, precisando que laboró para Marcona Mining Company hasta el 24 de julio de 1975, Empresa Minera de Hierro Perú – Hierro Perú desde el 25 de julio de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1992 y para Shougang Hierro Perú S.A. desde el 1 de enero de 1993 hasta el 31 de marzo de 2015, desempeñándose a la fecha de su retiro en el cargo de GRUERO en el área de Mantenimiento Mecánico, Departamento de Beneficio. A su vez, consta en documento denominado "Modalidad de Trabajo", de fecha 18 de octubre de 2010 (f. 6), expedido por Shougang Hierro Perú S.A.A. que el actor laboró desempeñándose como oficial y ayudante hasta el 3 de julio de 1977, y como gruero, esto es, operador de grúas móviles de diferentes tonelajes, desde el 4 de julio de 1977 hasta la fecha la fecha de expedición del referido documento.

13. El demandante con la finalidad de acreditar su pretensión presenta el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad- D.L. 18846, N.º 93, de fecha 18 de setiembre de 2006 (f. 7), en el que la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades dictamina que padece de neumoconiosis, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda y trauma acústico crónico que le genera una incapacidad de 55%; y, consigna, además, que la enfermedad es pre existente al 15 de mayo de 1998-D.L. 18846, pudiendo estimarse la fecha probable de inicio de la enfermedad el 1 de enero de 1992.

14. Y, al respecto, de conformidad con mi posición desarrollada en el Considerando 9 supra, considero que la Oficina de Normalización Previsional (ONP), actuó en su oportunidad, esto es, en el año 2007, correctamente al atender la solicitud del actor sobre otorgamiento de renta vitalicia por enfermedad profesional bajo los alcances del Decreto Ley 18846, y, expedir la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 18846, de fecha 1 de agosto de 2007 (f. 3), que le reconoce el pago de una pensión de invalidez bajo los alcances del Decreto Ley 18846 a partir del 1 de enero de 1992, por considerar que tenía una incapacidad de 55% desde dicha fecha.

15. No obstante, teniendo en consideración que el 8 de mayo de 2008 se publicó la sentencia recaída en el Expediente 00061-2008-PA/TC que estableció en su fundamento 18, con calidad de precedente, la regla sustancial de que:

> "En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de

> Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.° 26790 y sus normas complementarias y conexas" (subrayado agregado)

Considero que resulta pertinente evaluar el otorgamiento de la pensión de invalidez del accionante con arreglo a la Ley 26790, atendiendo a que el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad- D.L. 18846, N.º 93, en que la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades dictamina que el actor padece de las enfermedades profesionales de neumoconiosis, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda y trauma acústico crónico, que le genera una incapacidad de 55%, fue expedido el 18 de setiembre de 2006.

16. Sobre el particular, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19° de la Ley 26790 y el artículo 21° del Decreto Supremo 003-98-SA, el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), que otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social que desempeñan actividades de alto riesgo, será contratado por la entidad empleadora, a su libre elección con a) la Oficina de Normalización Previsional; o, b) Compañías de Seguros constituidas y establecidas en el país de conformidad con la ley de la materia y autorizadas expresa y específicamente por la Superintendencia de Banca y Seguros para suscribir dicha cobertura.

17. En el caso de autos, la entidad empleadora del actor, Shougang Hierro Perú S.A.A. con fecha 27 de setiembre de 2013 (f. 149), informa que a la fecha de la contingencia, esto es, a la fecha de expedición del certificado médico (18 de setiembre de 2006), la cobertura de Pensiones estuvo contratada con la empresa Rímac Seguros.

18. Tal como se ha señalado en el Considerando 12 supra, el demandante presenta el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad- D.L. 18846, N.º 93, de fecha 18 de setiembre de 2006 (f. 7), en el que la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades dictamina que padece de neumoconiosis, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda y trauma acústico crónico que le genera una incapacidad de 55%. Cabe precisar, sin embargo, que dicho documento no se encuentra acompañado de la evaluación médica de incapacidad emitido por el especialista final de la evaluación médica que debe incluir un resumen de la historia clínica (sustentado en evidencias obtenidas de examen físico completo, los resultados de pruebas de ayuda al diagnóstico, otro documento o evidencia médica) conforme a lo exigido en el formato contenido en el Anexo 4 de la Directiva Sanitaria N.º

003- MINSA/DGSP-V.01, que establece el procedimiento técnico administrativo para la expedición del Certificado Médico previsto en el Decreto Supremo 166-2005-EF, por parte del Ministerio de Salud, Seguro Social (EsSalud) y Entidades Prestadoras de Salud (EPS); más aún cuando en el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, el Tribunal retiera como precedente que de la emisión de dichos exámenes o dictámenes médicos de incapacidad o invalidez serán responsables penal y administrativamente el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de la Comisiones Médicas del Ministerio de Salud, Seguro Social (EsSalud) y Entidades Prestadoras de Salud (EPS).

19. Por su parte, la empresa Rímac Seguros y Reaseguros, en su calidad de codemandada, presenta el Informe de Evaluación Médica Calificadora de Incapacidad N.° 08-00188, de fecha 17 de julio de 2018 (f. 348), en el que la Comisión Médica Calificadora de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), dictamina que el actor padece de hipoacusia neurosensorial con una incapacidad parcial que le genera 20% de menoscabo global para el trabajo. Cabe precisar, sin embargo, que en dicho documento si bien se indica que el diagnostico se encuentra sustentado en los resultados de los exámenes efectuados en agosto de 2006, no adjunta las referidas evaluaciones. A su vez, de los actuados se advierte que ni la entidad empleadora ni la empresa aseguradora han cumplido con presentar los exámenes médicos de control anual conforme a lo establecido en fundamento 24 de la sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC.

20. Por consiguiente, al advertirse de autos que es necesario determinar de manera fehaciente el estado de salud del demandante y el grado de incapacidad que padece, para que proceda el otorgamiento de la pensión que reclama, considero que la presente controversia debe ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria, en atención a lo establecido en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional; dejando expedita la vía para que el accionante acuda al proceso a que hubiere lugar.

Por las consideraciones expuestas mi voto es que se declare IMPROCEDENTE la demanda.

S.

FERRERO COSTA

Sentencia 00799-2014-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por don Mario Eulogio Flores Callo. El Tribunal declaró fundada la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.

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

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda motivada por el recurrente contra Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros SA, con el motivo que se declare inaplicable la denegatoria ficta de la carta cursada a la indicada aseguradora, asimismo, se le otorgue pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA.

En ese sentido, el Tribunal estima que el Certificado Médico de Comisión Médica del Hospital Félix Torrealva Gutiérrez (Ica), de Es-Salud, de fecha 31 de marzo 2010, determina que el recurrente padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico, con 63% de menoscabo global.

Por lo que este Tribunal precisó en la sentencia emitida en el Expediente 02513-2007-PA/TC, que para establecer si la hipoacusia es de origen ocupacional, es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad. Para ello se deberá tener en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo; ello quiere decir que la relación de causalidad de esta enfermedad no se presume, sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

En consecuencia, el Tribunal determinó que a la fecha de expedición del certificado médico de incapacidades (31 de marzo de 2010), la actividad laboral del actor se encontraba dentro del ámbito de protección legal de la Ley 26790, le corresponde gozar de la prestación estipulada por esta norma, y percibir una pensión de invalidez permanente parcial regulada en el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA), que es equivalente al 50% de su remuneración mensual y sin el tope de la pensión máxima regulada por el artículo 3 del Decreto Ley 25967.

Por consiguiente, habiéndose acreditado la vulneración del derecho a la pensión del demandante, corresponde estimar la demanda y ordenar el otorgamiento de la pensión, el pago de las pensiones devengadas y de los intereses legales y los costos procesales conforme al artículo 56 del Código Procesal constitucional.

Asimismo, se declaró un estado de cosas inconstitucional generalizado con relación al ejercicio de sus competencias por parte de la Oficina de Normalización Previsional; exhortándose al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, cada uno en el marco de sus competencias, para que actúen de modo integral atendiendo a la necesidad de una reestructuración integral de todas las áreas de la ONP, a efectos de hacerla más eficiente y sensible a las importantes funciones que se le ha encomendado. Y, en relación a la conducta omisiva por parte del Ministerio de Salud y de Es-salud de no conformar comisiones médicas calificadoras de incapacidad por enfermedad profesional en número suficiente y a nivel nacional.

Además, se dispuso que en el plazo de 1 (un) año, el Ministerio de Salud y Es-salud implementen comisiones médicas calificadoras de incapacidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en sus principales establecimientos de salud, a nivel nacional, que cumplan los estándares nacionales e internacionales. Y que el Ministerio de Salud y Es-salud informen, en el término del primer mes, acerca del plan de trabajo y cada tres meses acerca del avance del mismo, relativo a la implementación de comisiones médicas calificadoras de incapacidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Por último, se estableció la sentencia como precedente, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Tema Clave: Derecho a la pensión de invalidez.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de diciembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, 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, y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión del Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mario Eulogio Flores Callo contra la resolución de fojas 286, de fecha 20 de agosto de 2013, expedida por la Sétima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros SA, con el objeto que se declare inaplicable la denegatoria ficta de la carta cursada a la indicada aseguradora, con fecha 29 de abril de 2010; y que, en consecuencia, se le otorgue pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA. Asimismo solicita el pago de los devengados, intereses legales y costos procesales.

La emplazada contesta la demanda y manifiesta que el actor no ha acreditado el nexo causal entre la supuesta enfermedad profesional contraída y las labores realizadas. Asimismo adjunta el Certificado de Comisión Médica Calificadora de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) de fecha 6 de mayo de 2010, que determina que el demandante presenta 8.53 % de menoscabo, por adolecer de traumatismo acústico inducido por ruido bilateral.

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 23 de julio de 2012, declaró improcedente la demanda por considerar, que obran en autos exámenes de comisión médica contradictorios, que señalan porcentajes de incapacidad abismalmente dis-

tintos, por lo que dicha controversia debe resolverse en una vía más lata con estación probatoria a fin de crear certeza sobre el estado de salud del actor.

La Sala superior revisora confirma la apelada, por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente solicita que se le otorgue pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA, con el pago de los devengados, intereses legales y costos procesales.

Procedencia de la demanda

2. Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue una pensión de invalidez por enfermedad profesional, a pesar de cumplirse los requisitos legales.

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 arbitrariedad en el proceder de la entidad demandada.

Sobre la afectación del derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución)

4. Este Tribunal, en el precedente recaído en la Sentencia 02513 2007 PA/TC, ha unificado los criterios respecto a las situaciones relacionadas con la aplicación del régimen de protección de riesgos profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).

5. En tal sentido, el precedente recaído en el fundamento jurídico 14 de la sentencia 2513 2007 PA/TC, ha establecido que la acreditación de la enfermedad profesional únicamente podrá efectuarse mediante 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.

6. Cabe precisar que el régimen de protección de riesgos profesionales fue inicialmente regulado por el Decreto Ley 18846 y luego sustituido por la Ley 26790, del 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 (SATEP) serían transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) administrado por la ONP.

7. Posteriormente, mediante el Decreto Supremo 003-98-SA se aprobaron las Normas Técnicas del SCTR, estableciéndose las prestaciones asistenciales y pecuniarias que se otorgan al titular o beneficiarios a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Respecto a la acreditación de la enfermedad profesional

8. La compañía aseguradora demandada cuestiona el dictamen médico presentado por el actor, aduciendo, entre otras objeciones, que el hospital al que pertenece la comisión médica que lo expidió no está autorizado para contar con comisión médica calificadora de enfermedad profesional; que no se puede identificar las especialidades de los miembros de la comisión evaluadora; y para enervar el valor probatorio del dictamen médico presentado por el actor, ha presentado un informe médico (f. 92) que consigna un menoscabo diminuto.

9. Con relación a las comisiones médicas calificadoras de incapacidad de Essalud y del Ministerio de Salud se han formulado diversas observaciones por parte de la Oficina de Normalización Previsional-ONP y de las compañías aseguradoras: 1) que no están preparadas para diagnosticar enfermedades profesionales, sino únicamente enfermedades comunes y accidentes; 2) que la mayoría de hospitales nacionales cuenta solamente con equipos antiguos o defectuosos, que no garantizan un diagnóstico fiable; 3) que las comisiones médicas no cuentan con la autorización de la Organización Internacional del Trabajo-OIT; tampoco con neumólogos ni lectores de placas de rayos x capacitados por la Organización Internacional del Trabajo-OIT; 4) que las comisiones médicas no siguen el protocolo de la Organización Internacional del Trabajo-OIT para el diagnóstico de la neumoconiosis; entre otras observaciones.

10. Como se puede advertir, estos cuestionamientos tienen relación con presuntas deficiencias en el sistema público de salud, que no pueden atribuirse o perjudicar a los asegurados que padecen de enfermedades profesionales, quienes acuden a un centro de salud público que cuenta con comisiones médicas calificadoras de incapacidad con el convencimiento que estas emitirán un informe médico que será válido para acreditar su estado de salud, no siendo razonable pretender que el asegurado indague previamente si la comisión médica cuenta con autorización oficial, con el equipamiento médico adecuado y con los profesionales médicos especializados.

11. Tanto EsSalud como el Ministerio de Salud, ante el requerimiento del Poder Judicial y de este Tribunal para que informen con relación a las comisiones médicas calificadoras de incapacidad, han emitido informes contradictorios.

12. Las compañías aseguradoras, con el propósito de enervar el valor probatorio de los informes médicos presentados por los asegurados, presentan informes médicos emitidos por comisiones médicas calificadoras de incapacidad emitidos por Entidades Prestadoras de Salud-EPS, con diagnósticos diametralmente opuestos, en algunos casos diagnosticando cero % de incapacidad, pese a que el asegurado demandante demuestra que ha laborado en condiciones de riesgo durante largos años.

13. Los informes médicos presentados por las compañías aseguradoras demandadas también han sido objeto de cuestionamientos por parte de los asegurados demandantes, aduciéndose principalmente que no se sustentan en exámenes auxiliares que hayan sido practicados personalmente al asegurado por parte de la comisión, sino en exámenes médicos que tienen varios años de antigüedad y que no han sido practicados por la comisión médica.

Declaración de estado de cosas inconstitucional respecto a la conducta omisiva del Ministerio de Salud y EsSalud

14. El Tribunal Constitucional ha venido utilizando la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela a los derechos fundamentales cuando el caso evidencie efectos lesivos respecto de un grupo importante de personas o sector poblacional, con la finalidad de fijar una respuesta inmediata a dicha problemática a fin de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas con dicha situación, se involucren de manera efectiva con su solución.

15. Ante los reiterados cuestionamientos a las comisiones médicas evaluadoras de incapacidad que emiten los informes médicos presentados en los procesos de amparo dirigidos a que se ordene el otorgamiento de pensiones de invalidez por enfermedad profesional, que generan incertidumbre sobre el verdadero estado de salud del demandante, lo que acarrea que tenga que declararse improcedente la demanda, resulta pertinente la declaración de un estado de cosas inconstitucional, con relación a la conducta omisiva por parte del Ministerio de Salud y de Essalud de no conformar comisiones médicas calificadoras de incapacidad por enfermedad profesional en número suficiente y a nivel nacional.

16. En la sentencia emitida en el Expediente 10063-2006-AA/TC, con fecha 8 de noviembre de 2007, este Tribunal señaló que: “Un gran número de procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 han puesto en evidencia las deficiencias de la legislación, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a adecuar la normatividad, caso por caso, generándose en ocasiones

sentencias contradictorias. A las incoherencias y vacíos de la legislación se ha sumado la inactividad de un Estado indolente que soslaya el cumplimiento de sus obligaciones legales, como por ejemplo, instaurar las Comisiones Médicas Evaluadoras, supervisar el cumplimiento de las leyes laborales mineras (…)." (Fundamento 5, resaltado nuestro).

17. Respecto a la acreditación de la enfermedad profesional, la mencionada sentencia constitucional constata la falta de implementación en la conformación de la entidad competente (segundo párrafo del Fundamento 70). En Fundamento 96, este Tribunal sostuvo que: "Tal circunstancia, evidencia que en un contexto de adecuado funcionamiento de las instituciones, organismos y dependencias estatales, la evaluación médica debería ser practicada por el órgano llamado por ley, sin que el juzgador o el justiciable tenga que verse obligado a acudir a mecanismos alternos que en la práctica no han funcionado y han convertido el derecho a la pensión en impracticable."

18. En virtud a ello dicha sentencia exhorta al Ministerio de Salud y a EsSalud que "(…) incrementen las Comisiones Médicas dentro del marco del artículo 26 del Decreto Ley 19990 e implementen los procedimientos administrativos con el objeto de que se pueda cumplir con los lineamientos de la presente sentencia; y del mismo modo se emitan, en el más breve plazo, los dictámenes o certificados médicos que sean solicitados para acreditar el estado de salud de los demandantes."

19. La Nota Informativa 025-2013-DGSP-DAIS-CD/MINSA, de fecha 16 de agosto de 2013, emitida por la Dirección de Atención Integral de Salud del Ministerio de Salud, señala que las Comisiones Médicas Calificadoras de la Incapacidad de los Hospitales del Ministerio de Salud solo están facultadas para evaluar la incapacidad por enfermedades y accidentes comunes, en el marco del Decreto Ley 19990, y que está en proceso la norma técnica que faculte evaluar y calificar la invalidez por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de origen ocupacional en los hospitales del Ministerio de Salud. En el Oficio 3825-2015-DGSP/MINSA, de fecha 3 de noviembre de 2015, el Ministerio de Salud informa que el Instituto Nacional de Rehabilitación "Dra. Adriana Rebaza Flores" Amistad Perú-Japón es la única entidad facultada para calificar incapacidades por enfermedad profesional.

20. Mediante Resolución de Gerencia General 1495-2015-GG-ESSALUD-2015, de fecha 30 de diciembre de 2015, Essalud autorizó la conformación de comisiones médicas calificadoras de incapacidad por enfermedad profesional en los Hospitales Nacionales "Edgardo Rebagilati Martins" y "Guillermo Almenara Irigoyen", en el departamento de Lima.

21. Como se puede advertir, la exhortación de este Tribunal contenida en el precedente establecido en la sentencia emitida en el Expediente 10063-2006-AA/TC no ha sido acogida por el Ministerio de Salud y por parte de Essalud ha sido atendida de modo parcial y tardío, incumplimiento que no ha permitido la realización y eficacia plena del derecho a la pensión de los asegurados que padecen graves enfermedades profesionales, como consecuencia de haber estado expuestos a factores de riesgo relacionadas con su actividad laboral, toda vez que se han debido someterse a evaluación de su estado de salud por parte de comisiones médicas que han sido cuestionadas por las compañías aseguradoras aduciendo una diversidad de supuestas irregularidades, lo que en muchos casos ha derivado en la declaración de improcedencia de demandas de amparo interpuestas por los asegurados con el propósito de obtener la pensión de invalidez a que tienen derecho, viéndose privados de los medios necesarios para su subsistencia, pese a su grave estado de salud.

22. Tanto en sede judicial como constitucional, en los procesos de amparo que versan sobre renta vitalicia o enfermedad profesional, se viene efectuando una práctica que consiste en solicitar la historia clínica del dictamen médico presentado por el demandante o informes adicionales; práctica que no demanda actuación probatoria y que ha demostrado ser eficaz para resolver la incertidumbre sobre el verdadero estado de salud del demandante, ya sea corroborando que adolece de enfermedad profesional o permitiendo determinar que el dictamen médico presentado por el demandante, no obstante tratarse de documento público, carece de historia clínica o si la tiene adolece de irregularidad, por no contar con exámenes médicos auxiliares o informes de resultado por especialista. Sin embargo, esta práctica no permite solucionar otros tipos de cuestionamiento, por lo que se requiere establecer criterios adicionales.

23. Debe tenerse presente que, de conformidad con lo establecido por el artículo 235 del Código Procesal Civil "(…) es documento público el otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y, la escritura pública y demás otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia". El documento público está revestido de la presunción de autenticidad, tiene efecto erga omnes (oponible a terceros), y su eficacia probatoria es plena. Por otro lado, es de especial relevancia distinguir el documento de su contenido, como lo prescribe el artículo 237 del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual, cualquier cuestionamiento al documento denominado informe, dictamen o certificado médico no enerva, necesariamente, su contenido, esto es, el hecho que el demandante adolece de una enfermedad profesional, como consecuencia de haber efectuado labores de riesgo, durante largos años. No obstante, dicho informe no generará

convicción si en la secuela del proceso se demuestra que ha sido declarado nulo o es falso o no se sustenta en historia clínica idónea.

24. Por consiguiente, a fin de dar solución al mencionado estado de cosas inconstitucional deberá disponerse que, en el plazo de 1 (un) año, el Ministerio de Salud y Essalud implementen comisiones médicas calificadoras de incapacidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en sus principales establecimientos de salud, a nivel nacional, que cumplan los estándares nacionales e internacionales.

25. Por otro lado, con el propósito de resolver la incertidumbre respecto al verdadero estado de salud de los demandantes, que se presenta actualmente en los procesos de amparo dirigidos a obtener renta vitalicia por enfermedad profesional con arreglo al Decreto Ley 18846 y pensiones de invalidez de conformidad con la Ley 26790, el Tribunal Constitucional está en la obligación de adoptar criterios que garanticen la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los demandantes; por consiguiente, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y de pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima pertinente establecer precedente de observancia obligatoria respecto las reglas que deben observar los jueces que conocen procesos de amparo con relación a los informes médicos presentados por las partes a efectos de establecer el estado de salud de los demandantes:

a. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativa.

b. Regla sustancial: Cuando en un proceso de amparo exista incertidumbre respecto al estado de salud del actor, se observarán las siguientes reglas:

Regla sustancial 1:

El contenido de los documentos públicos está dotado de fe pública; por tanto, los informes médicos emitidos por comisiones médicas calificadoras de incapacidad del Ministerio de Salud y de Essalud, presentados por los asegurados demandantes, tienen plena validez probatoria respecto al estado de salud de los mismos.

Regla sustancial 2:

El contenido de dichos informes médicos pierde valor probatorio si se demuestra en el caso concreto que, respecto a estos informes, se presenta alguno de los

siguientes supuestos: 1) no cuentan con historia clínica; 2) que la historia clínica no está debidamente sustentada en exámenes auxiliares e informes de resultados emitidos por especialistas; y 3) que son falsificados o fraudulentos; correspondiendo al órgano jurisdiccional solicitar la historia clínica o informes adicionales, cuando, en el caso concreto, el informe médico presentado por el demandante no genera convicción en el juzgador por sí solo.

Regla sustancial 3:

Los dictámenes médicos presentados por las compañías aseguradoras emitidos por las comisiones evaluadoras emitidos por EPS solo contradicen los dictámenes presentados por los demandantes si se configura alguno de los mencionados supuestos, en cuyo caso se declarará improcedente la demanda.

Regla sustancial 4:

De persistir, en un caso concreto, incertidumbre sobre el verdadero estado de salud del actor, se le deberá dar a este la oportunidad de someterse voluntariamente a un nuevo examen médico dentro de un plazo razonable, previo pago del costo correspondiente; y en caso de no hacerlo, se declarará improcedente la demanda, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía ordinaria.

Regla procesal 5:

El criterio establecido en el Precedente de esta sentencia será de aplicación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite.

Estado de cosas inconstitucional generalizado en materia previsional

26. Este Tribunal ha podido constatar que en materia previsional se presentan diversas situaciones semejantes a la situación anómala que ha dado lugar al establecimiento del específico estado de cosas inconstitucional desarrollado en los fundamentos precedentes, tales como el reiterado desconocimiento por parte de la ONP de los precedentes y la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria; los reiterados errores de la ONP al calificar la solicitudes de pensión, lo que da lugar en muchos casos la denegatoria inconstitucional del derecho a la pensión y en otros al pago en exceso al pensionista en cuanto al monto de la pensión o del reconocimiento de beneficios o bonificaciones que no le corresponden; la falta de reconocimiento de las aportaciones efectuadas por los asegurados antes del año 1962, no obstante que este Tribunal les ha reconocido validez desde hace muchos años en reiterada jurisprudencia; entre otras situaciones; en virtud de lo cual debe establecerse un estado de cosas inconstitucional

generalizado en materia previsional, dirigido a hacer que la ONP actúe de manera más eficiente y sensible a los derechos fundamentales de los asegurados.

Análisis del caso concreto

27. En el presente caso, se advierte que obra el Certificado Médico de Comisión Médica del Hospital Félix Torrealva Gutierrez- Ica, de EsSalud de fecha 31 de marzo de 2010 (f. 6), que determina que el recurrente padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico, con 63% de menoscabo global.

28. La parte emplazada ha presentado el Certificado de Comisión Médica de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), de fecha 6 de mayo de 2010, que determina que el actor adolece de traumatismo acústico inducido por ruido bilateral, con 8.53 % de menoscabo global (f. 92); sin embargo, este informe médico no genera convicción, puesto que le diagnostica al actor un menoscabo minúsculo, pese a que este, como se precisará más adelante, estuvo sometido a ruido continuo, máxime que con el Certificado Médico de Comisión Médica del Hospital Augusto Hernández Mendoza Ica de EsSalud (f. 124 del cuaderno del Tribunal), de fecha 19 de agosto de 2014, se confirma el diagnóstico y el menoscabo (con un ligero incremento) consignado en el primer certificado médico.

29. Al respecto, es pertinente precisar que a efectos de determinar si una enfermedad es producto de la actividad laboral se requiere de la existencia de una relación causa-efecto entre las condiciones de trabajo y la enfermedad.

30. Por lo que, tal como lo ha precisado este Tribunal en el fundamento 27 de la sentencia emitida en el Expediente 02513- 2007-PA/TC, para establecer si la hipoacusia es de origen ocupacional, es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad. Para ello se deberá tener en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo; ello quiere decir que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume, sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. La misma exigencia es aplicable a cualquier otra enfermedad distinta a la neumoconiosis.

31. Por ello, en cuanto a la enfermedad de hipoacusia, este Tribunal ha señalado en la sentencia mencionada en el fundamento jurídico 3 supra, que para establecer si la hipoacusia es de origen ocupacional, es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad. Para ello se deberá tener en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante, el tiempo transcurrido

entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo; ello quiere decir que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume, sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

32. Así, la enfermedad de hipoacusia neurosensorial bilateral severa que padece el demandante se encuentra acreditada, de conformidad con lo establecido en la Sentencia 2513-2007-PA/TC, pues fluye de la Constancia de Trabajo (f. 5), que laboró en Southern Copper Corporation desde 1977 hasta el 20 de agosto de 2009 fecha en que se expidió dicha constancia, y que, según lo manifestado por el actor en su escrito de fecha 15 de marzo de 2015 (folio 66 del cuaderno del Tribunal) continua laborando para la indicada empleadora, en el área de operador planta ácido & oxígeno, desempeñándose como operador. Al respecto, cabe mencionar que obra el Resumen de Historia Médica Ocupacional y Clínica de la Southern Copper Perú del demandante y el Manual de Funciones (ff. 130 y 144 cuaderno del Tribunal), en los que se precisa accidentes laborales sufridos con anterioridad y que en su labor de operador de planta ácido-oxígeno, gerencia de fundición, el demandante estuvo expuesto a un ambiente en condiciones severas de ruido así como, vibraciones, con lo cual se demuestra que ha venido laborando expuesto a ruidos permanentes.

33. En consecuencia, habiéndose determinado que a la fecha de expedición del certificado médico de incapacidades (31 de marzo de 2010), la actividad laboral del actor se encontraba dentro del ámbito de protección legal de la Ley 26790, le corresponde gozar de la prestación estipulada por esta norma, y percibir una pensión de invalidez permanente parcial regulada en el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA (del 50 % al 66.66 % corresponde la invalidez permanente parcial), equivalente al 50% de su remuneración mensual y sin el tope de la pensión máxima regulada por el artículo 3 del Decreto Ley 25967.

34. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde el 31 de marzo de 2010, fecha del pronunciamiento de la Comisión Médica de EsSalud que acredita la existencia de la enfermedad profesional con un porcentaje global de 63 %, 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, al haberse calificado como prueba idónea el referido informe médico presentado por el recurrente (folio 6).

35. Asimismo respecto a los topes previsionales del régimen del Decreto Ley 19990, este Tribunal en los fundamentos jurídicos 30 y 31 de la Sentencia 2313-2007-

PA/TC ha reiterado las consideraciones expuestas en los fundamentos 87 y 117 de la Sentencia 10063 2006-PA/TC, en el sentido de que "los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 para los regímenes a cargo de la ONP, no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones)". Además, y por las razones expuestas, tampoco correspondería aplicárseles a estas pensiones el monto de la pensión máxima regulada por el artículo 3 del Decreto Ley 25967, ya que este último decreto ley estableció modificaciones al Decreto Ley 19990 y no a las pensiones del Decreto Ley 18846 ni a las de la Ley 26790.

36. Por consiguiente, habiéndose acreditado en autos la vulneración del derecho a la pensión del demandante, corresponde estimar la demanda y ordenar el otorgamiento de la pensión, el pago de las pensiones devengadas y de los intereses legales conforme a lo dispuesto en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 2214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial, y al artículo 1246 del Código Civil, y los costos procesales conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

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 haber haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión.
2. Ordena que Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. otorgue al demandante la pensión de invalidez de la Ley 26790, a partir del 31 de marzo de 2010, con el pago de las pensiones devengadas, los intereses legales y los costos procesales.
3. DECLARAR un estado de cosas inconstitucional en relación a la conducta omisiva por parte del Ministerio de Salud y de Essalud de no conformar comisiones médicas calificadoras de incapacidad por enfermedad profesional en número suficiente y a nivel nacional.
4. DISPONER que, en el plazo de 1 (un) año, el Ministerio de Salud y Essalud implementen comisiones médicas calificadoras de incapacidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en sus principales establecimientos de salud, a nivel nacional, que cumplan los estándares nacionales e internacionales.

5. DISPONER que el Ministerio de Salud y Essalud informen, en el término de 1 mes, acerca del plan de trabajo y cada tres meses acerca del avance del mismo, relativo a la implementación de comisiones médicas calificadoras de incapacidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional.
6. DISPONER la notificación de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, a las mencionadas entidades públicas para los fines pertinentes.
7. DECLARAR un estado de cosas inconstitucional generalizado con relación al ejercicio de sus competencias por parte de la Oficina de Normalización Previsional; exhortándose al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, cada uno en el marco de sus competencias, actúen de modo integral atendiendo a la necesidad de una reestructuración integral de todas las áreas de la ONP, a efectos de hacerla más eficiente y sensible a las importantes funciones que se le ha encomendado.
8. Establecer como PRECEDENTE, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 25 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE CORRESPONDE ORDENAR EL PAGO DE INTERESES LEGALES CAPITALIZABLES POR TRATARSE DE DEUDAS PENSIONARIAS

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la presente sentencia, discrepo de lo afirmado en el fundamento 36, que consigna que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable basándose en la denominada "doctrina jurisprudencial" establecida en el Auto 2214-2014-PA/TC, por cuanto, como repito y he dejado sentado en el voto singular que emití en dicha oportunidad, considero que los criterios contenidos en dicho auto son errados, ya que en materia pensionaria es de aplicación la tasa de interés efectiva, que implica el pago de intereses capitalizables.

Desarrollo mi posición en los términos siguientes:

1. En las Sentencias 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, sobre la Ley de Presupuesto Público del año 2013, el Tribunal Constitucional precisó la naturaleza y alcances de las leyes del presupuesto público y estableció, principalmente sus características de especialidad y anualidad. Con relación a esto último, especificó lo siguiente en su fundamento 29:

   > Dada la periodicidad anual de la Ley de Presupuesto, toda disposición legal que ella contenga, cuya vigencia supere, expresa o implícitamente, el período anual respectivo, o que establezca una vigencia ilimitada en el tiempo, es per se incompatible con el artículo 77 de la Ley Fundamental, como igualmente es inconstitucional, por sí mismo, que en la Ley de Presupuesto se regule un contenido normativo ajeno a la materia estrictamente presupuestaria.

   En tal sentido, es claro que el contenido de todas las normas que regula una ley de presupuesto solo tiene efecto durante un año; y solo debe regular la materia presupuestaria, pues son estas dos características –adicionales a su procedimiento de aprobación– las condiciones para su validez constitucional a nivel formal.

2. La nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013 (Ley 29951) dispone lo siguiente:

> Dispóngase, a partir de la vigencia de la presente Ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno. Asimismo, establézcase que los procedimientos administrativos, judiciales en trámite o en etapa de ejecución, o cualquier adeudo previsional pendiente de pago a la fecha, se adecuará a lo establecido en la presente disposición.

3. En principio, es claro que el mandato contenido en la citada disposición complementaria estuvo vigente durante el año 2013 y, por lo tanto, solo podía tener efecto durante dicho año, esto es desde el 1 de enero al 31 de diciembre de dicho periodo presupuestal.

4. Sin embargo, y como es de verse, su contenido precisa el tipo de interés aplicable a la deuda pensionaria; es decir, no regula una materia presupuestaria, sino su finalidad específica es establecer la forma cualitativa del pago de intereses de este tipo específico de deudas. Esta incongruencia de su contenido evidencia la inexistencia de un nexo lógico e inmediato con la ejecución del gasto público anual y, por lo tanto, una inconstitucionalidad de forma por la materia regulada.

5. Cabe precisar que el Sistema Nacional de Pensiones, en tanto sistema de administración estatal de aportaciones dinerarias para contingencias de vejez, se solventa, en principio, con la recaudación mensual de los aportes a cargo de la Sunat y de la rentabilidad que produzcan dichos fondos. A ello se adicionan los fondos del tesoro público que el Ministerio de Economía y Finanzas aporta y otros ingresos que pueda recibir el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

6. En tal sentido, aun cuando la Ley de Presupuesto Público debe incluir el gasto que supone la ONP como entidad pública para su funcionamiento, ello no termina por justificar, razonablemente, la incorporación de una disposición regulatoria de un tipo de interés específico para el pago de la deuda pensionaria, pues la norma en sí misma escapa a la especial materia regulatoria de este tipo de leyes.

7. En otras palabras, aun cuando es cierto que la ONP como entidad estatal genera gasto público que corresponde incluir en la Ley de Presupuesto (planilla de pago de trabajadores, pago de servicios, compra de bienes, entre otros gastos); dicho egreso, en sí mismo, no es otro que el costo que asume el Estado peruano para la

concretización del derecho fundamental a la pensión a favor de todos los ciudadanos a modo de garantía estatal, esto en claro cumplimiento de sus obligaciones internacionales de respeto de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y de garantizar su efectividad a través de medidas legislativas u otro tipo de medidas estatales (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

8. Por ello, la inclusión de una disposición que regula la forma cualitativa del pago de los intereses pensionarios no guarda coherencia con la materia presupuestal pública a regularse a través de este tipo especial de leyes, lo cual pone en evidencia la existencia de una infracción formal que traduce en inconstitucional la nonagésima sétima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, pues su texto incorpora al ordenamiento jurídico una materia ajena a la presupuestaria como disposición normativa. Siendo ello así, su aplicación resulta igualmente inconstitucional.

9. En el caso de las deudas pensionarias reclamadas a propósito de los procesos constitucionales de amparo, se advierte la presencia de dos características particulares: a) El restablecimiento de las cosas al estado anterior. El proceso constitucional está destinado a restituir las cosas al estado anterior a la lesión del derecho a la pensión, lo que implica que el juez constitucional además de disponer la nulidad del acto u omisión lesiva, debe ordenar a la parte emplazada la emisión del acto administrativo reconociendo el derecho a la pensión a favor del demandante; y b) el mandato de pago de prestaciones no abonado oportunamente. En la medida que el derecho a la pensión genera una prestación dineraria, corresponde que dicha restitución del derecho incluya un mandato de pago de todas aquellas prestaciones no pagadas en su oportunidad.

10. Esta segunda cualidad particular de las pretensiones pensionarias en los procesos constitucionales a su vez plantea una problemática producto del paso del tiempo: la pérdida del valor adquisitivo de la acreencia dependiendo de cuán lejana se encuentre la fecha de la regularización del pago de la prestación pensionaria. Además, esta situación –consecuencia directa del ejercicio deficiente de las facultades de la ONP y, por lo tanto, imputable exclusivamente a ella– genera en el acreedor pensionario un grado de aflicción como consecuencia de la falta de pago de su pensión, que supone en el aportante/cesante sin jubilación no recibir el ingreso económico necesario para solventar sus necesidades básicas de alimentación, vestido e, incluso, salud (sin pensión no hay lugar a prestación de seguridad social), durante el tiempo que la ONP omita el pago y se demuestre judicialmente si tiene o no derecho al acceso a la pensión.

11. El legislador, mediante la Ley 28266, publicada el 2 de julio de 2004, inició la regulación de los intereses previsionales aparejándolos a la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

    La citada disposición estableció lo siguiente:

    > Establécese que el pago de devengados, en caso de que se generen para los pensionistas del Decreto Ley Nº 19990 y regímenes diferentes al Decreto Ley Nº 20530, no podrán fraccionarse por un plazo mayor a un año. Si se efectuara el fraccionamiento por un plazo mayor a un año, a la respectiva alícuota deberá aplicársele la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

    El Ministerio de Economía y Finanzas efectúa las provisiones presupuestales a que haya lugar. (sic)

    Como es de verse, para el legislador el pago de las pensiones devengadas –no pagadas oportunamente producto de la demora en el procedimiento administrativo de calificación o de la revisión de oficio– que superara en su programación fraccionada un año desde su liquidación, merece el pago adicional de intereses conforme a la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Al respecto, es necesario precisar que el BCR regula dos tipos de tasas de interés a fin de establecer la referencia porcentual que corresponde imputar a deudas de naturaleza civil (tasa de interés efectiva) y laboral (tasa de interés laboral o nominal), esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1244 del Código Civil y el artículo 51 de su Ley Orgánica (Ley 26123).

12. Hasta aquí, lo dicho no hace más que identificar que las deudas previsionales por mandato del legislador, vencido el año de fraccionamiento sin haberse podido liquidar en su totalidad, generan un interés por el incumplimiento, pero ¿cuál es la naturaleza jurídica del interés que generan las deudas pensionarias?

13. En nuestro ordenamiento jurídico, las reglas sobre el incumplimiento de obligaciones se encuentran establecidas en el Código Civil. Estas reglas aplicables a las relaciones entre privados sirven de marco regulatorio general para la resolución de conflictos o incertidumbres jurídicas que se planteen en el desarrollo de dichas relaciones. Si bien es cierto que las controversias que se evalúan a través de los procesos constitucionales no pueden resolverse en aplicación del Derecho privado, ello no impide que el juez constitucional analice dichas reglas con el fin de identificar posibles respuestas que coadyuven a la resolución de controversias en las que se encuentren involucrados derechos fundamentales. Ello, sin olvidar que su aplicación solo es posible si dichas reglas no contradicen los fines esenciales de

los procesos constitucionales de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

14. Así, el artículo 1219 del Código Civil establece cuales son los efectos de las obligaciones contraídas entre el acreedor y el deudor:

> Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
>
> 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
>
> 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
>
> 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
>
> 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

En la misma línea, el artículo 1152 del Código Civil dispone lo siguiente ante el incumplimiento de una obligación de hacer por culpa del deudor:

> … el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda.

Finalmente, el artículo 1242 del mismo código regula los tipos de intereses aplicables a las deudas generadas en el territorio peruano. Así:

> El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.
>
> Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

15. Como es de verse, nuestra legislación civil establece como una de las consecuencias generales del incumplimiento de obligaciones, el derecho legal a reclamar una indemnización, y precisa que en el caso de deudas pecuniarias no pagadas a tiempo se generan intereses moratorios, cuya finalidad es resarcir al acreedor por la demora en la devolución del crédito.

16. Conforme lo he precisado supra, la tutela judicial del derecho a la pensión genera dos mandatos, uno destinado al reconocimiento de la eficacia del derecho por parte del agente lesivo (ONP), para lo cual se ordena la emisión de un acto admi-

nistrativo cumpliendo dicho fin; y otro destinado a restablecer el pago de la pensión (prestación económica), lo que implica reconocer también las consecuencias económicas generadas por la demora de dicho pago a favor del pensionista, a través de una orden adicional de pago de intereses moratorios en contra del agente lesivo, criterio establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la emisión de la Sentencia 0065-2002-PA/TC.

17. Es importante recordar que el derecho a la pensión es de naturaleza alimentaria por lo que su lesión continuada, producto de la falta de pago de la pensión, genera una desazón en los últimos años de vida del aportante/cesante sin jubilación, dada la ausencia de solvencia económica para la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vestido y salud. Es este hecho el que sustenta la orden de reparación vía la imputación del pago de intereses moratorios.

18. En tal sentido, se aprecia que los intereses que provienen de las deudas previsionales y que son consecuencia directa del pago tardío generado por el deficiente ejercicio de las competencias de la ONP, son de naturaleza indemnizatoria, pues tienen por finalidad compensar el perjuicio ocasionado en el pensionista por el retardo del pago de la pensión a la que tenía derecho, esto por cumplir los requisitos exigidos por ley y que ha sido demostrado en un proceso judicial.

19. Es importante dejar en claro que el hecho de que la ONP, a propósito de un deficiente ejercicio de sus funciones exclusivas de calificación y, pago de prestaciones pensionarias, lesione el derecho a la pensión y como consecuencia de dicho accionar –o eventual omisión–, genere un pago tardío de dichas prestaciones, en modo alguno traslada la responsabilidad de dicha demora hacia el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, en la medida que en los hechos, este fondo es objeto de administración y no participa ni revisa el ejercicio de las funciones de la ONP, por lo que no genera –ni puede generar– acciones ni omisiones lesivas al citado derecho.

    Al respecto, es necesario precisar que la Ley de Procedimientos Administrativos General (Ley 27444) establece la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas al señalar lo siguiente:

> Artículo 238.1.- Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.
>
> Artículo 238.4.- El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos[1].

1 El texto de las normas citadas corresponden a la modificatoria introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

20. Es por ello que, únicamente, el citado fondo responde –y debe responder a exclusividad– por el pago de la pensión y/o eventuales devengados y reintegros provenientes de un nuevo y correcto cálculo de dicha prestación, en tanto que la ONP debe responder y asumir la responsabilidad del pago de los intereses generados por dicho pago tardío (mora), como entidad pública legalmente competente para calificar y otorgar el pago de pensiones del Sistema Nacional de Pensiones, al ser la responsable de la lesión del derecho fundamental a la pensión. Esto quiere decir que la ONP, a través de sus fondos asignados anualmente y/o fondos propios, es la que debe responder por el pago de los intereses generados a propósito del ejercicio deficiente de sus facultades para asumir, independientemente, el pago de dicho adeudo, sin que ello afecte al Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

21. Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de los intereses previsionales, es necesario determinar cuál es el tipo de tasa de interés aplicable para su determinación.

22. El Banco Central de Reserva (BCR), por mandato del artículo 84 de la Constitución, es el órgano constitucional encargado de regular la moneda y el crédito financiero. Asimismo, por mandato del artículo 1244 del Código Civil, de la Ley 28266 y del Decreto Ley 25920, es el órgano estatal facultado para establecer las tasas de interés aplicables a las deudas de naturaleza civil, previsional y laboral.

Aquí cabe puntualizar que la regulación del interés laboral viene a constituir la excepción a la regla general del interés legal, dado que por mandato del Decreto Ley 25920, el legislador ha preferido otorgar un tratamiento especial para el pago de intereses generados por el incumplimiento de obligaciones laborales a fin de evitar un perjuicio económico al empleador con relación a la inversión de su capital, fin constitucionalmente valioso tan igual que el pago de las deudas laborales. Sin embargo, esta situación particular, no encuentra justificación similar en el caso de deudas previsionales, en la medida que el resarcimiento del daño causado al derecho a la pensión no afecta una inversión privada ni el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, conforme lo he precisado en los considerandos 19 y 20.

23. Teniendo ello en cuenta, se aprecia que el interés moratorio de las deudas previsionales, en tanto el pago de pensiones no provienen de acreencias producto de un contrato suscrito a voluntad entre el Estado y el aportante (deudas civiles) ni de una relación laboral, será aquel determinado por el Banco Central de Reserva (BCR) a través de la tasa de interés efectiva, en atención a lo establecido en la Ley precitada 28266. Cabe indicar, que dada la previsión legal mencionada, los intereses previsionales tampoco se encuentran sujetos a la limitación del anatocismo

regulada por el artículo 1249 del Código Civil, pues dicha disposición es exclusivamente aplicable a deudas provenientes de pactos entre privados; y su hipotética aplicación para la resolución de controversias en las que se vean involucrados derechos fundamentales, carece de sustento constitucional y legal.

24. Por estas razones, la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad del adulto mayor, en su forma más básica como lo es la manutención propia. Más aún, si se considera que el derecho a la pensión comprende el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria; situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad del adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

1. Sobre la declaración de estados de cosas inconstitucionales

La sentencia en mayoría resuelve declarar dos estados de cosas inconstitucionales: i. respecto de la conducta omisiva del Ministerio de Salud y de EsSalud de no conformar comisiones médicas calificadoras de incapacidad por enfermedad profesional en número suficiente y a nivel nacional; y, ii. con relación al ejercicio de competencias de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Al respecto, como ya he manifestado en los votos singulares que he emitido en los Expedientes 889-2017-PA/TC y 853-2015-PA/TC, las competencias del Tribunal Constitucional están establecidas en el artículo 202 de la Constitución. En esencia, se trata de un órgano de control del poder, y el primer poder que debe limitar es el suyo propio, ateniéndose a realizar solo aquello para lo que está autorizado. Debe predicar con el ejemplo.

De otro lado, el proceso de amparo tiene una finalidad restitutoria, dejando sin efecto los actos que vulneran o amenazan derechos fundamentales en un caso concreto; sin embargo, mis colegas magistrados desnaturalizan dicha finalidad declarando estados de cosas inconstitucionales y disponiendo una serie de órdenes a organismos que no han participado en el mismo ni han tenido oportunidad de defenderse.

Por demás, para poder ejecutar los mandatos contenidos en la sentencia en mayoría, se requiere un seguimiento constante por parte de este Tribunal, el cual, seguramente, estará a cargo de la Comisión de seguimiento y supervisión de sentencias, creada por el Pleno con mi voto en contra.

Independientemente de mis objeciones respecto a la falta de fundamento constitucional y legal para emitir sentencias estructurales, considero que estas contribuirán a distraer al Tribunal de las funciones que realmente le corresponden. Al 11 de diciembre de 2018, las causas pendientes de ser resueltas por este Tribunal Constitucional son 8 290.

Si bien se ha superado las metas establecidas para el presente año, queda todavía mucho por hacer.

2. Sobre el establecimiento de reglas con carácter de precedente

El artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional habilita al Tribunal Constitucional —a diferencia del supuesto detallado en el acápite 1 del presente voto singular— a establecer precedentes mediante sus sentencias, cuya cualidad esencial es la vinculatoriedad erga omnes.

En esa línea, la sentencia en mayoría ha emitido una serie de reglas referidas a los informes médicos que presentan las partes en un proceso de amparo sobre pensión de invalidez por enfermedad profesional, a fin de determinar el estado de salud del demandante. Sin embargo, discrepo profundamente de lo establecido en cada una de ellas, por los siguientes argumentos:

> **Regla sustancial 1:**
>
> El contenido de los documentos públicos está dotado de fe pública; por tanto, los informes médicos emitidos por comisiones médicas calificadoras de incapacidad del Ministerio de Salud y de EsSalud, presentados por los asegurados demandantes, tienen plena validez probatoria respecto al estado de salud de los mismos.

En la sentencia recaída en el Expediente 2513-2007-PA/TC (precedente Hernández Hernández), este Tribunal ratificó el criterio desarrollado en el Expediente 10063-2006-PA/TC sobre la entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional, en el marco de las prestaciones de invalidez otorgadas por el Decreto Ley 18846, sustituido por la Ley 26790.

Se estableció entonces que "únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990".

Debe recordarse que este último artículo está referido a la pensión de invalidez otorgada por el Sistema Nacional de Pensiones -que deriva, generalmente, de una enfermedad común-, distinta de aquella generada por una enfermedad profesional, y que se encuentra cubierta por el Decreto Ley 18846 y la Ley 26790.

En tal sentido, a partir de este precedente -publicado cerca de una década atrás-, se amplió el rango de instituciones médicas que prestarían el servicio de calificación de invalidez por enfermedad profesional, pues, conforme al artículo 28 del Decreto Supremo 003-98-SA Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), dicha tarea estaba a cargo únicamente del Instituto Nacional de Rehabilitación.

Sin embargo, de la información brindada tanto por EsSalud como por el Ministerio de Salud a este Tribunal, en atención a reiterados requerimientos de información remitidos, las comisiones médicas que fueron conformadas en los distintos hospitales al interior del país en atención al aludido precedente fueron desactivadas o, incluso, no fueron conformadas:

i. EsSalud:

Mediante Oficio 85-G-RAA-ESSALUD-2017, de 13 de febrero de 2017, el gerente de la Red Asistencial Almenara - EsSalud, en el marco del Expediente 5259-2014-PA/TC, manifiesta que:

> ***(…) ESSALUD solo tiene el mandato imperativo legal de brindar atención médica a sus asegurados y derechohabientes que tengan su derecho vigente al momento de la contingencia (…).***
>
> Debemos precisar que existía el Convenio Interinstitucional entre el Seguro Social de Salud – ESSALUD y la Oficina de Normalización Previsional – ONP, sobre comisiones Médicas Evaluadoras y Calificadoras de Incapacidad e Invalidez del Decreto Ley N° 18846, el que fue resuelto por contraponerse lo previsto en el Artículo 11° de la Ley 27056, que señala que los recursos que administra EsSalud de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 12° de la Constitución Política del Perú, son intangibles y no pueden ser destinados a fines distintos a los de su creación, por lo que no corresponde atender los procedimientos del Ex Régimen del decreto Ley N° 18846, por cuanto no forma parte de las finalidades y responsabilidades de EsSalud de acuerdo a la Ley N° 27056.
>
> Mediante Oficio N° 038-GG-ESSALUD-2011 de fecha 22 de junio del 2011, (…), la Gerencia General del Seguro Social de Salud – EsSalud, comunica a la Oficina de Normalización Previsional – ONP, la decisión institucional de resolver el Convenio sobre Comisiones Evaluadoras y Calificadoras del Ex Régimen del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del Decreto Ley N° 18846; en razón que el Convenio carecía de sustento administrativo y legal, que permite a EsSalud continuar con las prestaciones a los beneficiarios del Régimen del Ex SATEP, por contraponerse el Artículo 11° de la Ley N° 27056.
>
> Igualmente, mediante la Carta Circular N° 52-GCPEyS-ESSALUD-2013, de fecha 12 de setiembre del 2013, la Gerencia Central de Prestaciones Económica y Sociales de EsSalud, reitera la comunicación sobre la Conclusión – Resolución del Convenio Interinstitucional (…); y dispone la

> no recepción de solicitudes y/o documentos vinculados al Ex SATEP y la verificación de la disolución de las comisiones Médicas Evaluadoras y Calificadoras del Decreto Ley N° 18846.
>
> (…)
>
> El Tribunal Constitucional (…) establece [que] ***"la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada por un examen o dictamen emitido por una comisión médica evaluadora de incapacidades del Ministerio de Salud, de ESSALUD o de una EPS"***, debiendo de entenderse que serán tomados como válidos los informes provenientes de estas entidades en mención, sin embargo, no establece que es de obligación de ESSALUD, realizar dichos exámenes médicos (…).

Se aprecia, entonces, que EsSalud comunicó a la ONP, en el año 2011, la decisión de resolver el convenio que mantenían para el diagnóstico de enfermedades profesionales en el marco del SCTR, procediendo luego, en el año 2013, a disponer la no recepción de solicitudes con dicho fin.

Empero, este Tribunal tomó conocimiento a través del portal web de EsSalud de la existencia de las Resoluciones de Gerencia General 1495-GG-ESSALUD-2015 y 1364-GG-ESSALUD-2017, de 30 de diciembre de 2015 y 28 de setiembre de 2017, a través de las cuales se autorizó a los Hospitales Nacionales Edgardo Rebagliati Martins (Lima), Guillermo Almenara Irigoyen (Lima) y Carlos Alberto Seguín Escobedo (Arequipa) a brindar el servicio "Certificado médico para el trámite de pensión de invalidez del Decreto Ley N° 18846".

En tal sentido, ante la solicitud de información efectuada por este Tribunal al gerente general de EsSalud, respecto de las resoluciones de designación de estas comisiones en los referidos hospitales (en el marco del Expediente 5041-2014-PA/TC), el gerente de la Red Asistencial Almenara -mediante Oficio 447-G-HNGAI-ESSALUD-2017, de 19 de diciembre de 2017- remitió la Resolución de Gerencia 795-G-HNGAI-ESSALUD-2017, que resuelve reconformar la comisión médica del Decreto Ley 18846 en el Hospital Almenara; sin embargo, no se ha remitido a la fecha las resoluciones correspondientes a los otros dos hospitales, a pesar de la reiteración de la solicitud.

ii. Ministerio de Salud:

Mediante Informe 632-2017-OGAJ/MINSA, de 11 de setiembre de 2017, remitido por el secretario general del Ministerio de Salud a través del Oficio 3367-2017-SG/MINSA, de 12 de setiembre de 2017, en el marco del Expediente 5391-2016-PA, se concluye que:

(…) en el marco del Decreto Ley 18846, el Ministerio de Salud no tiene conformado comisiones médicas, estableciendo que el Dictamen médico de Grado de Invalidez para Enfermedad Profesional y Accidente Laboral o de Trabajo, es emitido únicamente por el Instituto Nacional de Rehabilitación "Adriana Rebaza Flores" Amistad Perú – Japón a través del Comité Calificador de Grado de Invalidez (CCGI), solo para el caso de trabajadores que no cuenten con vínculo laboral con EsSalud (énfasis agregado).

En atención a lo expuesto, se aprecia pues que hace más de cinco años se ha venido desactivando las comisiones médicas de enfermedades profesionales de EsSalud en nuestro país en atención a la disolución del convenio suscrito con la ONP, habiéndose reconformado únicamente en el Hospital Almenara de Lima, según la información proporcionada por dicha entidad, encontrándose autorizados también los Hospitales Rebagliati, de Lima, y Seguín Escobedo, de Arequipa.

En tanto que, respecto de los hospitales del Ministerio de Salud, se aprecia que no existen comisiones médicas conformadas para el diagnóstico de enfermedades profesionales; solo se encuentra facultado el Instituto Nacional de Rehabilitación para la emisión de los certificados respectivos a través del Comité Calificador de Grado de Invalidez.

Sin duda, la ausencia de comisiones médicas que puedan diagnosticar enfermedades profesionales en las distintas regiones de nuestro país incide negativamente en el acceso a una pensión de invalidez por parte de aquellas personas gravemente enfermas que se ven imposibilitadas de acudir al Hospital Almenara o al Instituto Nacional de Rehabilitación, ubicados ambos en Lima, máxime cuando se trata fundamentalmente de extrabajadores mineros que han laborado en las zonas altoandinas de nuestro país.

Empero, la conformación de estas comisiones requiere, a su vez, de la implementación de los equipos médicos necesarios para la determinación de la enfermedad (exámenes de ayuda al diagnóstico), así como de la asignación de profesionales de salud especializados en las patologías más recurrentes (neumoconiosis e hipoacusia) y en medicina ocupacional, para efectos de la identificación de los orígenes laborales de las enfermedades diagnosticadas. En tanto ello ocurra, podría, incluso, celebrarse convenios con clínicas particulares al interior del país que se encuentren debidamente equipadas para brindar este servicio.

Evidentemente, ello es una gran tarea pendiente y demanda la participación decidida de las instituciones anteriormente descritas; sin embargo, resulta, a mi criterio, totalmente irresponsable, que en un proceso de amparo se otorgue plena validez probatoria a los informes emitidos por comisiones médicas del Ministerio de Salud y

de EsSalud, presentados por los asegurados demandantes, a pesar de conocer que no existen comisiones conformadas para tal fin, conforme se ha venido detallando –que no es una mera formalidad, reitero, pues conlleva la verificación del personal, equipo y procedimientos necesarios para un diagnóstico adecuado.

Ello implica no solo la convalidación de un certificado emitido deficientemente, sino que, además, genera un incentivo perverso para el "diagnóstico" ligero de enfermedades profesionales y el otorgamiento de pensiones de invalidez sin la certeza sobre el real estado de salud del demandante.

> **Regla sustancial 2:**
>
> El contenido de dichos informes médicos pierde valor probatorio si se demuestra en el caso concreto que, respecto a estos informes, se presenta alguno de los siguientes supuestos: 1) no cuentan con historia clínica; 2) que la historia clínica no está debidamente sustentada en exámenes auxiliares e informes de resultados emitidos por especialistas; y 3) que son falsificados o fraudulentos; correspondiendo al órgano jurisdiccional solicitar la historia clínica o informes adicionales, cuando, en el caso concreto, el informe médico presentado por el demandante no genera convicción en el juzgador por sí solo.

La sentencia en mayoría establece que todos los certificados estén acompañados de la historia clínica y que en ella se encuentren los exámenes auxiliares e informes de resultados emitidos por especialistas. Si bien puede tratarse de una medida bienintencionada que busca que los certificados tengan sustento médico, debe considerarse lo siguiente:

Los amparos previsionales se han ordinarizado en la práctica por el complejo análisis probatorio que debe realizarse en cada caso. Esta desnaturalización del proceso va en desmedro de aquellas personas que requieren una pronta respuesta por parte de la jurisdicción constitucional y que sí han logrado acreditar debidamente la vulneración a un derecho fundamental. La medida adoptada en esta segunda regla, sin duda, agravará la situación, pues no solo habrá que verificar que exista un certificado médico y una historia clínica que lo respalde, sino que deberá analizarse, además, cada uno de los documentos que forman parte de esta y determinar si son conducentes al diagnóstico de la enfermedad alegada.

Además, existen límites materiales a nuestro trabajo: no somos médicos. La lectura de historias clínicas y la verificación de que la información que allí consta realmente sustenta un certificado médico es una labor especializada y compleja que solo puede realizarla un profesional de la salud. Que un abogado asuma esta competencia es otra irresponsabilidad que puede traer más problemas que beneficios.

Regla sustancial 3:

Los dictámenes médicos presentados por las compañías aseguradoras emitidos por las comisiones evaluadoras emitidos por EPS solo contradicen los dictámenes presentados por los demandantes si se configura alguno de los mencionados supuestos, en cuyo caso se declarará improcedente la demanda.

Mis colegas, mediante el establecimiento de esta regla, descartan el valor probatorio de los certificados emitidos por la comisión médica de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) -a pesar que el propio precedente Hernández Hernández la faculta también a su emisión-, salvo que el certificado presentado por el demandante no tenga historia clínica o esta no tenga el debido sustento, con lo cual poco importa que también hayan sido emitidos por colegiados médicos y que se adjunten las respectivas historias clínicas.

Del mismo modo, se desconoce el valor probatorio de las evaluaciones médicas anuales y de salida que el mismo precedente Hernández Hernández incorpora como carga del emplazado. Es decir, solo los documentos emitidos por hospitales públicos tendrían valor -a pesar de los cuestionamientos detallados-, descartándose aquellos emitidos por entidades privadas, solo por el hecho de serlas.

Regla sustancial 4:

De persistir, en un caso concreto, incertidumbre sobre el verdadero estado de salud del actor, se le deberá dar a este la oportunidad de someterse voluntariamente a un nuevo examen médico dentro de un plazo razonable, previo pago del costo correspondiente; y en caso de no hacerlo, se declarará improcedente la demanda, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía ordinaria.

Como se ha detallado a lo largo del presente voto, a la fecha, únicamente el Hospital Almenara y el Instituto Nacional de Rehabilitación son las instituciones públicas que tienen conformadas comisiones médicas para el diagnóstico de enfermedades profesionales, además de la EPS.

Por ello, ante la existencia de exámenes médicos contradictorios, proviniendo uno de ellos de una institución distinta a las anteriormente mencionadas, considero que corresponde declarar improcedente la demanda, a fin de que pueda determinarse en otro proceso el real estado de salud del actor, en aplicación de los artículos 9 y 5.2 del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, en la medida que existan casos particulares que requieran una tutela urgente, como podría ser aquellos supuestos de personas de avanzada edad, en apli-

cación del principio pro actione, estimo que el magistrado ponente puede ordenar la realización de un examen médico en las instituciones autorizadas para tal fin, y si ello implica un traslado del demandante hacia Lima, los gastos en los que se incurra deben ser asumidos por quien otorgó el SCTR, siempre que el diagnóstico conlleve necesariamente a una pensión de invalidez.

3. Sobre el caso concreto

El actor solicita que se le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional, pues refiere que padece hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico, como consecuencia de sus labores desarrolladas en la actividad minera.

Sin embargo, en los fundamentos 27 y 28 de la sentencia en mayoría, se pone en evidencia la contradicción que existe respecto de los certificados médicos que obran en autos sobre el estado de salud del recurrente:

N° certificado	Fecha	CMCI	Diagnóstico	Menoscabo	Folio
34	31/3/2010	Hospital Base Félix Torrealva Gutiérrez Ica	Hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico	63 %	6
1015322	6/5/2010	Entidades Prestadoras de Salud	Traumatismo acústico inducido por ruido bilateral	08.53 %	92
156	19/8/2014	Hospital Augusto Hernández Mendoza Ica	Hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico	66 %	124 del Cuaderno del Tribunal

La sentencia en mayoría descarta el segundo certificado médico bajo el argumento de que "no genera convicción, puesto que le diagnostica al actor un menoscabo minúsculo, pese a que este, como se precisará más adelante, estuvo sometido a ruido continuo".

Sin embargo, debe recordarse que el análisis de un caso referido a pensión de invalidez pasa, mínimamente, por dos etapas: i. Verificación de la enfermedad profesional y el grado de menoscabo que esta genera; y, ii. Determinación de la relación de causalidad entre la enfermedad diagnosticada y las labores desempeñadas.

No puede acudirse directamente a la segunda etapa sin haber superado el estudio de la primera y, peor aún, utilizar el "argumento" del minúsculo menoscabo para elegir un certificado y prescindir de otro.

Las labores en mina no generan necesariamente enfermedades profesionales. Si esto fuera así, el precedente Hernández Hernández (Expediente 02513-2007-PA/TC), así como los cientos de expedientes resueltos por este Tribunal Constitucional, no exigirían la acreditación del aludido nexo causal, con la salvedad de la presunción que opera para la neumoconiosis en aquellos casos en que esta se encuentre plenamente acreditada.

Este no es el caso, pues subsiste la controversia respecto del real estado de salud del demandante, al existir exámenes médicos que se contradicen. No puede descartarse uno de ellos sobre la base de una inferencia inválida. Non sequitur.

Además, la sentencia en mayoría pasa por alto el hecho de que la emplazada ha adjuntado los informes médicos de evaluación neumológica y auditiva que sustentan el certificado que mis colegas descartan (folios 93 y 94).

En consecuencia, dado que no existen motivos suficientes para restar valor probatorio al certificado médico expedido en mayo de 2010, subsiste la controversia respecto al real estado de salud del demandante.

Esta situación incierta corresponde entonces ser resuelta en la vía ordinaria, mediante un proceso que cuente con etapa probatoria.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse IMPROCEDENTE, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión expresada por mis colegas magistrados, en el presente caso, considero que la demanda promovida por don Mario Eulogio Flores Callo contra Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. discrepo con los argumentos y el fallo de la sentencia en mayoría. En consecuencia, emito el presente voto singular sustentando mi decisión en lo siguiente:

Sobre las reglas establecidas con carácter de precedente en los casos que exista incertidumbre respecto al estado de salud del actor.

1. Sobre la plena validez probatoria de los dictámenes o certificados médicos presentados por la parte demandante:

Regla sustancial 1:

El contenido de los documentos públicos está dotado de fe pública; por tanto, los informes médicos emitidos por comisiones médicas calificadoras de incapacidad del Ministerio de Salud y de Essalud, presentados por los asegurados demandantes, tienen plena validez probatoria respecto al estado de salud de los mismos.

Al respecto, se advierte que la sentencia en mayoría al establecer en la Regla sustancial 1 que los informes médicos emitidos por Comisiones Médicas Calificadoras de Incapacidad del Ministerio de Salud y de EsSalud, presentados por los asegurados demandantes, tienen plena validez probatoria respecto a su estado de salud, se contradice con lo señalado en su fundamento 15, en el que se precisa que por los reiterados cuestionamientos a las Comisiones Médicas Calificadoras de la Incapacidad del Ministerio de Salud y de EsSalud, los certificados médicos expedidos por dichas comisiones, presentados en los procesos de amparo, no generan convicción sobre el verdadero estado de salud del accionante.

Sin perjuicio de lo expuesto, en lo que se refiere a la acreditación estado de salud del demandante en la sentencia en mayoría únicamente se le otorga plena validez probatoria a los certificados médicos emitidos por Comisiones Médicas Calificadoras de la Incapacidad del Ministerio de Salud y de Essalud. Sin embargo, mi posición es que se debe tener en cuenta que en el fundamento 75 de la sentencia recaída en el

Expediente 10063-2006-PA/TC, publicada el 6 de diciembre de 2007, el Tribunal fue enfático en afirmar que solamente los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por entidades públicas competentes pueden acreditar de manera suficiente el padecimiento y el grado de incapacidad laboral por enfermedad profesional, por los que los informe emitidos por organismos privados o médicos particulares no constituyen prueba idónea de la existencia de una enfermedad profesional y consecuente incapacidad laboral.

Y, en tal sentido, en el fundamento 97 de la referida sentencia recaída en el Expediente 10063-2006-PA/TC, el Tribunal estableció como precedente –reiterado en la sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, publicada el 8 de enero de 2009 en el porta web institucional- lo siguiente:

> "en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.° del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de la entidades referidas, y el propio solicitante." (subrayado agregado).

Lo cual significa que los certificados médicos expedidos por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de una Entidad Prestadora de Salud (EPS) tienen el mismo valor probatorio que los expedidos por una Comisión Médica Evaluadora de la Incapacidad del Ministerio de Salud o del Seguro Social de Salud (EsSalud), para acreditar enfermedades profesionales, en la medida que han sido nombradas en cada una de dichas entidades conforme a lo señalado por el artículo 26.° del Decreto Ley 19990.

Por su parte, resulta necesario señalar, además, que en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, publicada el 8 de enero de 2009 en el portal web institucional, el Tribual consideró que con respecto al periodo de calificación previa (goce de subsidio por incapacidad temporal por 11 meses y 10 días consecutivos) previsto por la normativa que regula el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) para acceder a una pensión de invalidez, el Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 02349-2005-PA/TC precisó que "el pago de subsidios solo procede cuando existe vínculo laboral, de modo tal que resulta im-

posible exigir su percepción como condición previa al otorgamiento de la pensión después del cese laboral del asegurado" estableciendo como nuevo precedente que: "La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad irreversible, y que esta ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba (…)."

En consecuencia, de lo establecido en el citado precedente se colige que el accionante que se encuentra laborando, para acceder a una pensión de invalidez por enfermedad profesional bajo los alcances de la Ley 26790 que crea el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), toda vez que al mantener vínculo laboral se encuentra asegurado, en el procedimiento de otorgamiento debe cumplir con el requisito de presentar el certificado de inicio y fin del goce de subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, conforme a lo previsto en la citada ley y el Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

2. Sobre los supuestos en que los dictámenes o certificados médicos presentados por la parte demandante pierden valor probatorio.

Regla sustancial 2

El contenido de dichos informes médicos pierde valor probatorio si se demuestra en el caso concreto que, respecto a estos informes, se presenta alguno de los siguientes supuestos: 1) no cuentan con historia clínica; 2) que la historia clínica no está debidamente sustentada en exámenes auxiliares e informes de resultados emitidos por especialistas; y 3) que son falsificados o fraudulentos; correspondiendo al órgano jurisdiccional solicitar la historia clínica o informes adicionales, cuando, en el caso concreto, el informe médico presentado por el demandante no genera convicción en el juzgador por sí solo.

Al respecto, es necesario precisar que toda vez que, tal como ya se señaló, en los procesos de amparo la enfermedad profesional que padece el accionante únicamente podrá ser acreditada con un certificado médico expedido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, del Seguro Social de Salud (EsSalud) o de una Empresa Prestadora de Salud (EPS), conforme lo señala el artículo 26.° del Decreto Ley 19990; dicho pronunciamiento nos remite al Decreto Supremo N.° 166-2005-EF, que dictaron medidas complementarias referentes a la solicitud de pensión de invalidez y la presentación del "Certificado Médico de Invalidez", el cual será expedido por el Ministerio de Salud, el Seguro Social de Salud (EsSalud) o por

las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), y a la Directiva Sanitaria N.° 003-MINSA/DGSP-V-01- "Aplicación Técnica del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de pensión de invalidez-D.S. N.° 166-20065-EF", aprobada por Resolución Ministerial N.°478-2006-MINSA.

En consecuencia, de las normas glosadas se advierte que el certificado médico expedido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidad (CMCI), que es el documento técnico médico, administrativo y legal que determina el grado y naturaleza de la incapacidad conforme a las normas vigentes, es expedido por la referida Comisión Médica Calificadora de la Incapacidad sobre la base del Informe de Evaluación Médica de Incapacidad emitido por el médico especialista, al final de la evaluación médica, y debe incluir los siguientes detalles: 1) Historia clínica y de ser posible el ocupacional; 2) Diagnósticos –CIE 10; 3) Exámenes comprobatorios; y 4) Clase Funcional o anatómica. Cabe precisar que en la historia clínica se registrarán todos los datos del solicitante, según lo indicado en la Norma Técnica respectiva (NT N.° 022-MINSA-DGSP-V.01.

Así las cosas, considero que todo certificado médico expedido por la Comisión Médica Calificadora de la Incapacidad (CMCI) del Ministerio de Salud, del Seguro Social de Salud (EsSalud) y de una Entidad Prestadora de Salud (EPS), para que tenga plena validez probatoria deberá de ir acompañado del Informe de Evaluación Médica de Incapacidad emitido por el médico especialista, al final de la evaluación médica, y en el que se debe consignar la firma y sello del médico evaluador y del jefe inmediato superior (Servicio, Departamento), conforme al formato contenido en el Anexo 4 que forma parte de la Directiva Sanitaria N.° 003-MINSA/DGSP-V-01, aprobada por Resolución Ministerial N.°478-2006-MINSA que aprueba el procedimiento técnico administrativo para la expedición del certificado médico previsto en el Decreto Supremo N.° 166-2005-EF; más aún si se tiene en cuenta que en el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, con respecto a la emisión de los exámenes o dictámenes médicos de incapacidad o invalidez, el Tribunal reiteró, con carácter de precedente, que serán responsables penal y administrativamente: 1) el médico que emitió el certificado de evaluación médica, y 2) cada uno de los integrantes de la Comisiones Médicas del Ministerio de Salud, Seguro Social (EsSalud) y Entidades Prestadoras de Salud (EPS).

3. Sobre el valor probatorio de los certificados médicos expedidos por la Comisiones Médicas de una Empresa Prestadora de Salud (EPS), presentados por la parte demandada

Regla sustancial 3:

Los dictámenes médicos presentados por las compañías aseguradoras emitidos por las comisiones evaluadoras emitidos por EPS solo contradicen los

> dictámenes presentados por los demandantes si se configura alguno de los mencionados supuestos, en cuyo caso se declarará improcedente la demanda.

Al respecto, la sentencia en mayoría, en la Regla sustancial 3 establece que los certificados médicos expedidos por la Comisión Médica Calificadora de la Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) que hayan sido presentados por las demandadas compañías aseguradoras, únicamente contradicen los dictámenes presentados por la parte demandante si se configura alguno de los supuestos establecidos en la Regla sustancial 2, en que el certificado médico presentado por el demandante pierde valor probatorio. Sin embargo, mi posición es que, como ya se señaló anteriormente, que el examen o dictamen médico expedido por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de una Empresa Prestadora de Salud (EPS) tiene el mismo valor probatorio que el examen o dictamen médico expedido por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Seguro Social de Salud (EsSalud) o del Ministerio de Salud, siempre que haya sido emitido conforme a la Directiva Sanitaria Directiva Sanitaria N.° 003-MINSA/DGSP-V-01 aprobada por Resolución Ministerial N.°478-2006-MINSA, sin importar si ha sido obtenido y presentado por la parte demandante o por la entidad demandada.

Además, considero importante señalar que en el fundamento 24 de la sentencia recaída en el Expediente 2513-2007-PA/TC, el Tribunal, con respecto a la configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba, reiteró con carácter de precedente que:

> " (…) en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante." (subrayado agregado).

En consecuencia, mi posición es que los exámenes médicos de control anual y de retiro (en los que figura la firma y la huella digital del asegurado), cuya presentación está a cargo de las entidades emplazadas, tienen el mismo valor probatorio que los certificados médicos expedidos por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacida-

des del Ministerio de Salud, del Seguro Social de Salud (EsSalud) y de la Entidades Prestadoras de Salud (EPS), presentados por la entidad demandada. En consecuencia, en los casos en los que los exámenes médicos de control anual y de retiro, así como los certificados médicos expedidos por las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, del Seguro Social (EsSalud) y de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) presentados por la entidad demandada resultan ser contradictorios a los certificados médicos expedidos por las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, del Seguro Social (EsSalud) y de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), presentados por la parte demandante, deberá declararse improcedente la demanda.

Análisis del caso concreto

4. El recurrente solicita que se le otorgue pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional bajo los alcances de la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA, con el pago de los devengados, intereses legales correspondientes y costos procesales.

   Alega que padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico, con 63% de menoscabo, conforme lo acredita con el certificado médico de fecha 31 de marzo de 2010.

5. Sobre el particular, cabe precisar que en la sentencia recaída en el Expediente 02513-2007-PA/TC, que constituye precedente, este Tribunal estableció que en el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que puede ser de origen común o de origen profesional; en consecuencia:

   > "Para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo; es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia." (remarcado agregado).

6. Consta en los certificados de trabajo de fecha 20 de agosto de 2009 y de fecha 9 de octubre de 2017, expedido por Southern Perù Copper Corporation, que el

actor laboró desde el 01 de setiembre de 1977 hasta el 09 de octubre de 2017, desempeñándose a la fecha de expedición del primer certificado hasta su cese en el cargo de Operador Planta Ácido & Oxígeno, Departamento y Superitendencia de Planta Ácido y Oxígeno, de la Gerencia de Fundición con sede en la Unidad Productiva de Ilo.

7. En el caso de autos, el recurrente con la finalidad de acreditar la enfermedad profesional que padece presenta el Certificado Médico N.º 34, de fecha 31 de marzo de 2010 (f. 6) en el que la Comisión Médica Evaluadora de la Incapacidad del Hospital Base Félix Torrealva Gutierrez de EsSalud-Ica, determina que padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico con un menoscabo global de 63%. Posteriormente, presenta el Certificado Médico N.º 167, de fecha 26 de diciembre de 2012 (f. 257), en el que la Comisión Médica Evaluadora de la Incapacidad del Hospital IV "Augusto Hernández Mendoza" EsSalud Ica dictamina que padece de hipoacusia neurosensorial bilateral moderada a severa y trauma acústico crónico, con un menoscabo global de 65%; y el Certificado Médico N.º 156, de fecha 19 de agosto de 2014 (f. 124 del cuaderno del Tribunal), en el que la Comisión Médica de la Incapacidad del Hospital IV "Augusto Hernández Mendoza" de EsSalud-Ica dictamina que padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa y trauma acústico crónico con 66% de incapacidad; todos con fecha de inicio de la incapacidad al 1 de octubre de 1997. Cabe señalar que de los referidos certificados médicos se advierte que a pesar de que el de fecha 31 de marzo de 2010 ha sido expedido por la Comisión Médica Evaluadora de la Incapacidad del Hospital Base Félix Torrealva Gutierrez de EsSalud-Ica, y los de fecha 26 de diciembre de 2012 y de 19 de agosto de 2014 han sido expedidos por la Comisión Médica de la Incapacidad del Hospital IV "Augusto Hernández Mendoza" de EsSalud-Ica, esto es, dos hospitales distintos; todos se encuentran suscritos por los mismos médicos integrantes: Dr. Luis Cornejo Vásquez (Presidente), Dra. Nora Sotelo Torrealva (miembro) y Dra. María del Pilar Villaverde Gallardo (miembro),

8. Por su parte, la emplazada Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., presenta el Certificado Médico N.º 1015322, de fecha 6 de mayo de 2010 (f. 92), en el que la Comisión Médica Calificadora de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) determina que el actor padece de trauma acústico inducido por ruido bilateral, con un menoscabo combinado de 4.53% y menoscabo global de 8.53%, acompañado de los Informes de evaluaciones neumológica y audiológico, efectuadas 9 de octubre de 2009 (ff. 93 y 94) y suscritos por el Dr. Alberto Agüero Fernández y el Dr. Omar Gonzales Suazo, respectivamente. Posteriormente, presenta el Certificado Médico Certificado Médico N.º

1015322- 2, de fecha 21 de febrero de 2012 (f. 51 del cuaderno del Tribunal), en el que la Comisión Médica Calificadora de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) dictamina que el actor padece de hipoacusia inducida por ruido bilateral con un menoscabo combinado y global de 6.87%, basándose en los resultado de los Informes de Evaluación Audiomética del 21 de agosto del 2008 (5.17%), del 9 de octubre del 2009 (7.03%), del 1 de diciembre de 2010 (6.87%), del 12 de octubre de 2011 (6.87%) (ff. 55 a 59 del cuaderno del Tribunal).

9. A su vez, Southern Perù Copper Corporation, empleadora del actor, presenta el Resumen de la Historia Clìnica Ocupacional, de fecha 2 de julio de 2014 y la Carta de Resultados de fecha 18 de julio de 2014 (ff. 131 y 132 del cuaderno del Tribunal), en la que al actor se le diagnostica hipoacusia nuerosensorial; y la Carta de Resultados, de fecha 14 de marzo de 2016 (f. 155 del cuaderno del Tribunal), debidamente suscrita por el actor aceptando su condición médica, en la que se le diagnostica hipoacusia, sin embargo, no se establece el grado de incapacidad que le genera dicha enfermedad.

10. En consecuencia, ante la incuestionable contradicción de los certificados médicos presentados por las partes, considero que es necesario determinar de manera fehaciente el estado de salud del actor y su grado de incapacidad; hechos controvertidos que no pueden ser resueltos en la vía constitucional sino en la vía judicial ordinaria, donde, entre otros aspectos, existe una etapa probatoria.

Por lo expuesto, mi voto es que se declare IMPROCEDENTE la demanda.

S.

FERRERO COSTA

ÍNDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO

A

Administración de fondo de pensiones: STC 00015-2012-PI/TC

Amparo contra resoluciones administrativas: STC 02677-2016-PA/TC

Aplicación de la pena: STC 05461-2015-PHC/TC

Autodeterminación informativa: STC 05356-2016-PHD/TC

Autonomía jurisdiccional: STC 7009-2013-HC/TC

Autonomía universitaria: STC 00008-2015-AI-TC

C

Cobro indebido: STC 07279-2013-PA/TC

D

Debido proceso: STC 861-2013-PHC/TC, STC 01006-2016-PHC/TC, STC 02285-2014-PA/TC, STC 05121-2015-PA/TC, STC 05461-2015-PHC/TC, STC 06063-2014-PC/TC, STC 02233-2014-PA/TC, STC 07279-2013-PA/TC, Auto 02703-2016-AA/TC

Derecho al acceso a la información pública: STC 00012-2016-PHD/TC

Derecho administrativo: STC 06063-2014-PC/TC

Derecho a la alimentación: STC 03137-2015-PHC/TC

Derecho de confianza: STC 00006-2018-PI/TC

Derecho a la defensa: STC 04101-2017-PA/TC, STC 07279-2013-PA/TC, Auto 02703-2016-AA/TC

Derecho al descanso prenatal y postnatal: STC 01366-2013-PC/TC

Derecho a la educación: STC 02018-2015-PA/TC, STC 00008-2015-AI-TC

Derecho al honor, a la buena reputación y a la imagen: STC 03079-2014-PA/TC, STC 02233-2014-PA/TC, STC 05903-2014-PA/TC

Derecho a la identidad: STC 05356-2016-PHD/TC

Derecho a la igualdad: STC 00889-2017-PA/TC, STC 02233-2014-PA/TC, STC 04101-2017-PA/TC

Derecho a la integridad física y psicológica: STC 03137-2015-PHC/TC, STC 05121-2015-PA/TC

Derecho penitenciario: STC 03137-2015-PHC/TC

Derecho al uso propio del idioma: STC 00889-2017-PA/TC

Derecho a la tutela procesal efectiva : STC 02285-2014-PA/TC

Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: STC 01006-2016-PHC/TC, AUTO 04532-2013-AA/ TC

Derecho a la vida e integridad personal: STC 05461-2015-PHC/TC

Derecho migratorio: STC 00404-2015-PHC/TC

Derecho de motivación a las resoluciones judiciales: STC 00404-2015-PHC/TC, STC 02233-2014-PA/TC, STC 04101-2017-PA/TC

Derecho a la libertad de conciencia: STC 0001-2018-PI/TC

Derecho a la libertad de información: STC 0012-2018-AI/TC y 0013-2018-AI/TC

Derecho a la libertad personal: STC 01006-2016-PHC/TC

Derecho a la libertad de trabajo: STC 00889-2017-PA/TC, STC 02233-2014-PA/TC

Derecho a la libertad de tránsito y a la unidad familiar: STC 00404-2015-PHC/TC

Derecho parlamentario: STC 00006-2018-PI/TC

Derecho a la pensión: STC 008-2016-PI/TC, STC 00015-2012-PI/TC

Derecho a la pensión de invalidez: STC 00799-2014-PA/TC, STC 02677-2016-PA/TC

Derecho a la petición: STC 00404-2015-PHC/TC

Derecho a la representación: STC 0008-2018-PI/TC

Derecho a la seguridad social: Auto 02703-2016-AA/TC

Dignidad de la persona: STC 03079-2014-PA/TC, STC 05121-2015-PA/TC, STC 02233-2014-PA/TC

E

Estado de cosas inconstitucional: STC 00015-2012-PI/TC

I

indebida notificación: STC 07279-2013-PA/TC

Interdicción de la arbitrariedad: STC 04101-2017-PA/TC

Interés superior del niño: STC 02018-2015-PA/TC

L

Libertad de contratación: STC 0012-2018-AI/TC y 0013-2018-AI/TC

Libre Asociación: STC 0001-2018-PI/TC

P

Pago de obligaciones: STC 05903-2014-PA/TC

Participación política: STC 0012-2018-AI/TC, 0013-2018-AI/TC y STC 0001-2018-PI/TC

Pase a retiro de la Policía Nacional del Perú: STC 02233-2014-PA/TC

Pena de muerte: STC 05461-2015-PHC/TC

Pensión de jubilación: STC 04233-2016-PA/TC

Pluralidad de instancia: STC 861-2013-PHC/TC, STC 02285-2014-PA/TC

Principio de anualidad presupuestal: STC 0008-2017-PI/TC

Principio de cosa juzgada: STC 0001-2018-PI/TC

Principio de irretroactividad en la aplicación de las normas: STC 0008-2017-PI/TC

Principio de interdicción del mandato imperativo: STC 0001-2018-PI/TC

Principio de legalidad: STC 02285-2014-PA/TC, STC 06063-2014-PC/TC, STC 0012-2018-AI/TC y 0013-2018-AI/TC

Principio de proporcionalidad y razonabilidad: STC 04101-2017-PA/TC, AUTO 04532-2013-AA/TC

Principio de publicidad: STC 04101-2017-PA/TC

Principio de separación de poderes: STC 0001-2018-PI/TC

Protección de los derechos humanos: STC 05461-2015-PHC/TC

Prueba: STC 05121-2015-PA/TC

R

Reforma del sistema privado de pensiones: STC 00015-2012-PI/TC

T

Tutela del derecho a la libertad personal: STC 7009-2013-PHC/TC

V

Violencia contra la mujer: STC 05121-2015-PA/TC

Violación sexual: STC 7009-2013-PHC/TC

Este libro se terminó de imprimir en diciembre de 2019,
en los talleres gráficos de la imprenta Formax Print S.A.C.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.