



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo XI
(Enero - diciembre 2020)



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Edición Oficial
2021

**JURISPRUDENCIA RELEVANTE
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Tomo XI
(Enero - diciembre 2020)**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo XI
(Enero - diciembre 2020)

Ernesto Blume Fortini
(Editor)



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Edición Oficial, 2021

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Tomo XI (Enero - diciembre 2020)

Director: Ernesto Blume Fortini
Colaboradores: Luis Mendoza Zamora y Milagros Alexandra Salvatierra Castro

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2021-14319

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

Impreso en Perú
Tiraje: 500 ejemplares

Impresión: Q&P Impresores S.R.LTDA.
Av. Ignacio Merino N° 1546
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665
informes@qypimpresores.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERU**

Presidente

Marianella Ledesma Narváez

Vicepresidente

Augusto Ferrero Costa

Magistrados

Manuel Miranda Canales

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez (+)

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Ernesto Blume Fortini

Director de Publicaciones y Documentación

Luis R. Sáenz Dávalos

INDICE DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL AÑO JURISDICCIONAL 2020

Presentación	25

A. PROCESOS ORGANICOS

A.1. PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

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

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

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

29

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

Caso del tercero de buena fe

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

Legislativo 1049”, en cuanto regula los efectos de la “cancelación” de las inscripciones afectadas por títulos falsos o en los que hubo suplantación, estableciendo que dichos efectos no afectan la posición jurídica del tercero de buena fe.....	87
• Sentencia 00013-2017-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 3 de julio de 2020)	
Caso del parque Mariscal Ramón Castilla de Lince	
Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del 1% de los ciudadanos del distrito de Lince contra los artículos 9 y 14, así como de los incisos “e”, “h”, “n” y “s” del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, “Ordenanza para la conservación y gestión distrital del área de reserva ambiental Parque Mariscal Ramón Castilla del distrito de Lince”	135
• Sentencia 00029-2018-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 9 de setiembre de 2020 y en el diario “El Peruano” el 7 de noviembre de 2020)	
Caso de la ley de la carrera del trabajador judicial	
Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el procurador público especializado en materia constitucional, en representación del Poder Ejecutivo, contra la Ley 30745, Ley de la Carrera del Trabajador Judicial, ya que transgrede diversos principios, reglas y valores constitucionales	167
• Sentencia 00004-2019-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 2 de octubre de 2020)	
Caso sobre la forma de cómputo del plazo de prescripción de obligaciones tributarias	
Proceso de inconstitucionalidad promovido por Manuel Alejandro Montoya Cárdenas, decano del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario, por razones de forma y fondo. Alega que dicha norma	

vulnera la regulación constitucional de la delegación de facultades legislativas, el principio de irretroactividad de las normas y la seguridad jurídica.....	205
• Sentencia 0006-2020-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 2 de octubre de 2020 y en el diario “El Peruano” el 26 de agosto de 2020)	
Caso de la ley que suspende el cobro de peajes	
Proceso de inconstitucionalidad promovido por el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo contra el artículo único de la Ley 31018, “Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19”. Alega que dicha norma vulnera los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución Política	277
• Sentencia 00011-2015-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 12 de febrero de 2020)	
Caso de la importación de plaguicidas químicos de uso agrícola	
Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos, representados por Rafel Angiolo Ricci Calle, contra el artículo 3 de la Ley 30190, que modifica el Decreto Legislativo 1059, que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria, por contravenir los incisos 2 y 22 del artículo 2, y los artículos 7, 55, 63, 103 y 105, y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución	313
• Sentencia 0003-2015-PI/TC y 012-2015-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 13 de julio de 2020)	
Caso de la ley de simplificación de procedimientos y promoción de la inversión	
Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Regional de San Martín contra los artículos 19 a 23 de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión	

en el país, por contravenir diversos artículos de la Constitución Política	405
• Sentencia 0017-2019-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2020) Caso de la Garantía mobiliaria y la pequeña empresa Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Notarios de Lima contra el Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, y el Decreto Legislativo 1409, que promueve la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, expedidos por el Poder Ejecutivo, en cuanto transgrede los artículos 102, 104 de la Constitución y la Ley 30823.....	463
• Sentencia 00011-2020-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 24 de diciembre de 2020) Caso de la Ley ascenso, nombramiento y beneficios para el personal de salud Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo contra la Ley 31039, que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud. Alega que dicha ley resulta inconstitucional en cuanto vulnera los artículos 2, inciso 2); 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución	503
• Sentencia 00022-2018-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 09 de marzo de 2020 y publicada en el diario “El Peruano” el 06 de noviembre de 2020) Caso sobre la constitucionalidad de la tauromaquia, la gallística y otras actividades. Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos contra la Primera Disposición Complementaria Final	

de la Ley 30407, “Ley de protección y Bienestar Animal”, que excluye de dicha protección a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente. Alegan que dicha disposición contraviene los artículos 1; 2, incisos 22 y 24; 3; 31, y 105 de la Constitución y el artículo 78 del Reglamento del Congreso..... 573

A.2. PROCESOS COMPETENCIALES

- Sentencia 00002-2020-CC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 20 de noviembre de 2020)
Caso de la vacancia del presidente de la República por incapacidad moral
Proceso competencial promovido por Luis Alberto Huerta Guerrero, Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, contra el Congreso de la República, en el que se alegó que el Congreso ha ejercido indebidamente su competencia para iniciar el trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ya que afecta las atribuciones del presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno y la facultad de los ministros para llevarla a cabo 701

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1. PROCESOS DE AMPARO

- Sentencia 02566-2014-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 7 de agosto de 2020)
Caso Calzolaio
Proceso de amparo promovido por Luigi Calzolaio contra EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa. Solicita que se ordene a la demandada entregar el medicamento Losartán conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100mg por la Aspirina 500mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; reprogramar la

cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana el 24 de agosto de 2013; reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica N° 242402; cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometidos producto de la deficiente atención brindada, y por último, superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna. Alega la vulneración de sus derechos a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud, a la seguridad social y al acceso de prestaciones de salud.....

791

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

Caso Bravo Quispe

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

819

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

Caso Díaz Cieza y otra

Proceso de Amparo promovido por Deyci Yanet Díaz Cieza y Mayra Gisela Lopez Minaya contra la Inspectoría Regional de San Martín – Tarapoto. Solicitan que se declare la nulidad de

todo lo actuado en la investigación administrativa disciplinaria que se les sigue, así como de las resoluciones futuras que se emitan y la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, mediante la cual se resuelve sancionarlas con pase a la situación de retiro. Asimismo, piden que se ordene investigar a los que resulten responsables de propalar las fotos objeto del proceso administrativo citado en los diferentes medios de comunicación. Alegan la vulneración a los derechos constitucionales a la intimidad y al debido proceso.....

855

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

Caso Odila Yolanda Vda. de Salgado

Proceso de Amparo promovido por Ivan Salgado Cayatopa en favor de Odila Yolanda Cayatopa Vda. de Salgado contra Essalud. Solicita que se declare la nulidad de la orden de alta expedida por el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo-Red Asistencial de Lampayeque; se ordene el inmediato traslado al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos, Hospital 1 Huariaca – Essalud – Pasco, y que reponga las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental a la salud mental de su hija

877

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

Caso Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco

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

903

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

Caso Sociedad Agrícola San Agustín (SASA)

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

925

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

Caso Fhon Cevallos

Proceso de Amparo promovido por María Perla Fhon Cevallos contra la Red Asistencial de EsSalud de La Libertad, con emplazamiento al procurador público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Solicita que se respeten los resultados del proceso de admisión del Residentado Médico 2013, convocado por la Universidad Nacional de Trujillo, y se la reincorpore como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray. Alega la vulneración de sus derechos a la no discriminación y a la educación

951

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

Caso Sindicato de Obreros P y A D'Onofrio

Proceso de Amparo promovido por Vicente Javier Huaranda Guzmán en representación del Sindicato de Obreros P y A D'Onofrio

SA, contra Nestlé Perú SA. Solicita que se deje sin efecto la pretendida instalación de tuberías para redes de cámaras de video en las áreas de producción, almacenes y cámaras de la fábrica, en las cuales laboran sus afiliados, por parte de la empresa contratada Clave 3, en perjuicio de sus agremiados, pues persigue un control total y permanente durante la jornada de trabajo. Alega la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad y a la intimidad personal, además de perturbar psicológicamente a los trabajadores, lo cual afecta su salud 979

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

Caso Muñoz Santiváñez

Proceso de Amparo promovido por Ruth Soledad Muñoz Santiváñez contra la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud. Solicita que se deje sin efecto el despido del que fue víctima; que cesen los actos discriminatorios en su condición de embarazada, y que se ordene su contratación mediante contrato administrativo de servicios en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas. Alega la vulneración de los derechos constitucionales al trabajo y a la no discriminación por embarazo 989

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

Caso Ugarteche Galarza

Proceso de Amparo promovido por Óscar Ugarteche Galarza contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil. Solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con Fidel Aroche Reyes, de nacionalidad mexicana. Alega la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual 1033

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

Caso Colonia Balarezo

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

1099

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

Caso Bocanegra Ruiz

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

1135

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

Caso Triplay Iquitos S.A.C.

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

1151

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

Caso Domingo García Belaúnde

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

1169

B.2. PROCESOS DE HABEAS CORPUS

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

Caso Dioses Ávila

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

1195

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

Caso C.C. B.

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

- establecimiento penitenciario por resultar arbitrarios; por último, solicita que se disponga que el interno deje de dormir en el suelo del establecimiento penitenciario durante la ejecución de la sentencia por la que fue condenado a prisión 1209
- Sentencia 03882-2016-PHC/TC y 04038-2016-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 9 de octubre de 2020)
Caso Acuña Atalaya y otro
Proceso de Hábeas Corpus interpuesto por Mirtha E. Vázquez Chuquilín contra la Minera Yanacocha SRL. Solicita se ordene el cese de los actos de hostilización en contra de ella y de su familia, traducidos en actos de vigilancia y seguimiento de las actividades que realiza. Alega la vulneración de sus derechos a la inviolabilidad del domicilio y la libertad de tránsito 1259
 - Sentencia 01795-2015-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 11 de noviembre de 2020)
Caso M.H.F.C.
Proceso de Hábeas Corpus promovido por Melchora Castañeda Tuesta de Flores a favor de M.H.F.C., contra Cesar Eduardo Bravo de Rueda Accineli, en condición de director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú. Solicita se ordene el traslado de Milton Hans Flores Castañeda al citado nosocomio para que se le proporcione tratamiento médico. Alega vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de tratos inhumanos ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad..... 1277
 - Sentencia 01894-2013-PHC/TC, (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 30 de setiembre de 2020)
Caso Beneficencia Pública de Huaraz
Proceso de habeas corpus promovido por Lidia Prudencio de Loli y otro contra don Luis Alberto Sánchez Alvarado, en calidad de presidente de la Beneficencia Pública de Huaraz; don Pablo Atusparia Rashta, en calidad de oficinista del Cementerio General; y don Néstor Alvarado Contreras. Los demandantes señalaron que,

pese a que han cumplido con el trámite correspondiente para construir un mausoleo familiar, esto es, el haber solicitado el cambio de nicho de doña Ignacia Sosa Cadillo y doña María Luisa Sánchez Díaz Sosa (abuela y hermana de don Rubén Amador Loli Sosa) y cancelado el costo que ello supone, los demandados no han emitido la resolución administrativa del caso. Asimismo, indicaron que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron a don Néstor Alvarado un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron unas rejas, restringiéndoles el acceso al mausoleo de su propiedad, lo cual vulnera el derecho a la libertad de tránsito y el de honrar a sus familiares

1289

B.3. PROCESO DE HABEAS DATA

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

Caso Reparaciones Marítimas

Proceso de Hábeas Data promovido por Reparaciones Marítimas SRL a través de su gerente general, Benny Jorge Ramos Rodríguez, contra el director de la Oficina General de Tecnología de la Información y Estadística del Ministerio de la Producción (Produce). Solicita que, en virtud de su derecho fundamental de acceso a la información pública, se le informe la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales anuales de los años 2005 y 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204, ubicada en la Provincia Constitucional del Callao

1309

B.4. PROCESO DE CUMPLIMIENTO

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

Proceso de cumplimiento promovido por Santiago Manuin y Wrays Pérez Ramírez contra el presidente de la Corte Superior de Amazonas, en el cual solicitaron que se dé cumplimiento efectivo a lo dispuesto por el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código

Procesal Penal, que establecen la obligación del Poder Judicial de proporcionar intérpretes en todos los procesos penales realizados en la Corte Superior de Justicia de Amazonas cuando los procesados pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo. Dicha obligación, según los actores, es una manifestación de lo establecido en el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Estado, según el cual “todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”

1321

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

Caso Comunidad Nativa de Cuninico y otros

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

1341

C. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

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

Caso Ríos Silvano

Proceso de Hábeas Corpus promovido por Laurencio Ramírez Cairuna a favor de Óscar Ríos Silvano contra los jueces superiores Padilla Vásquez, Llanos Chávez y Cucalón Coveñas, integrantes

de la Sala Especializada en lo Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, y contra los jueces supremos Príncipe Trujillo, Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Urbina Gamvini, integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Solicita que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007, en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador. Alega la vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, a contar con intérprete en el idioma nativo, a la identidad étnica y cultural, entre otros	1353

APÉNDICE

• Sentencia 00009-2019-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 23 de junio 2020)	
Caso sobre la constitucionalidad de la prestación de Servicios Policiales Extraordinarios.....	1385
• Sentencia 0010-2016-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 12 de mayo de 2020)	
Caso Servicio de Transporte Menor en Santa Anita	1443
• Sentencia 00023-2018-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 26 de mayo de 2020)	
Caso Ley de Reforma Magisterial 4.....	1465
• Sentencia 02089-2014-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 21 de julio 2020)	1497

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

Ernesto Blume Fortini

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



A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.1. PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

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

Pleno. Sentencia 383/2020

RAZÓN DE RELATORÍA

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

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

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

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

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

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

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0009-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

02 de junio de 2020

**COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO
c.
PODER EJECUTIVO**

Asunto

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

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

RAMOS NÚÑEZ

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

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

- A.** Petitorio Constitucional
- B.** Debate Constitucional
 - B.1** Argumentos de la Demanda
 - B.2** Contestación de la Demanda

II. FUNDAMENTOS

- §1.** Disposición impugnada y delimitación del petitorio de la demanda
- §2.** Cuestión Procesal Previa
- §3.** Persecución Penal en un Estado Constitucional de Derecho
- §4.** Implicancias de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1237 al delito de extorsión en el vigente Código Penal a la luz de los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de 1993
 - 4.1.** Sobre la supuesta vulneración del Principio de Legalidad
 - 4.2.** ¿Tiene sustento constitucional directo el invocado “derecho fundamental a la protesta”?
 - 4.2.1.** Sobre el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales
 - 4.2.2.** La protesta en el marco del Estado Democrático de Derecho
 - 4.2.3.** La protesta como derecho fundamental: naturaleza, contenido, límites y relación con otros derechos fundamentales
 - 4.2.4.** Sobre la alegada vulneración del derecho a la protesta
 - 4.3.** Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de reunión
 - 4.4.** Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de expresión
 - 4.5.** Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de opinión
 - 4.6.** Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de conciencia
 - 4.7.** Sobre la alegada vulneración del derecho a la participación política
 - 4.8.** Sobre la alegada vulneración del derecho de petición

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

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

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

B. Debate constitucional

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

B.1. Argumentos de la demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

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

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

- El Colegio de Abogados recurrente alega, además, que la sentencia emitida por el Poder Judicial en el caso del Baguazo¹ habría reconocido explícitamente el derecho a la protesta, y lo conceptualiza como concreción de las libertades de expresión y de reunión; pero, a su juicio, el ejercicio de este derecho implica el ejercicio de otros derechos fundamentales.
- Respecto a la libertad de expresión, el demandante sostiene que la norma impugnada constituye una restricción sobre esta en su dimensión social, vulnerando el artículo 2.4 de la Constitución y 13.1 de la CADH. Señala que constituye un acto de censura contra quienes ejercen la protesta social, pues los medios típicos que esta contiene (a los que denomina *medidas de fuerza*) son utilizados para transmitir mensajes a la sociedad y al Estado. La citada restricción, además de impedir la difusión de dichos mensajes, comporta una sanción para los manifestantes.
- El Colegio de Abogados de Puno sostiene que se pone en peligro la posibilidad de un intercambio democrático y la circulación de ideas en la sociedad. Con esta medida se busca impedir que los ciudadanos conozcan los puntos de vista de quienes llevan a cabo la protesta.
- Respecto a la libertad de conciencia, se alega que la protesta social expresa un mensaje que refleja y concretiza una opción ética, como representación de una conciencia colectiva.
- Respecto al derecho de petición, se sostiene que una protesta involucra una petición al Estado que puede ir acompañada incluso de medidas de fuerza. Estas deben ser especialmente analizadas y atendidas cuando provienen de poblaciones que han experimentado históricamente mayor desigualdad.
- Por otro lado, el demandante alega que mediante la protesta social se expresarían opiniones fundamentalmente de contenido político, dirigidas a cuestionar asuntos de interés público. Por lo tanto, la protesta social manifiesta una dimensión colectiva del derecho a la participación política. La protesta implicaría, además, una materialización del pluralismo político.
- Asimismo, señala el demandante que la norma impugnada impediría realizar el test de proporcionalidad sobre conductas posiblemente ilícitas, pues en los casos de protestas existe una colisión entre derechos fundamentales en los que corresponde recurrir al test de proporcionalidad y analizar caso por caso para deslindar la protesta social del ejercicio ilegítimo de la violencia, pero la ley impide entrar a esta discusión y opta por la criminalización.

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

- Sostiene el demandante que el Poder Judicial ha reconocido la legitimidad de recurrir a medidas de fuerza con la finalidad de proteger derechos de mayor importancia. Las medidas de fuerza serían un mal menor. El aporte fundamental de la sentencia del caso relacionado con el Baguazo sería la aplicación del principio de proporcionalidad a los casos de protesta social para determinar cuándo se está ante medidas de fuerza justificadas o no. La Corte IDH también ha rechazado la criminalización de la protesta social y la represión, por este motivo, de los defensores de derechos humanos.
- El demandante señala que existe un conjunto de principios constitucionales emergentes, necesarios para analizar la constitucionalidad de los actos realizados por líderes sociales, como consecuencia de adoptar medidas de fuerza en el contexto de manifestaciones o protestas. Algunos de ellos se utilizaron de forma expresa o tácita en la sentencia del caso *Baguazo*. Estos principios son los siguientes:
 - a) Principio de reconocimiento de la protesta social como acto de defensa de derechos: la protesta es una expresión que sirve para la defensa de derechos y no debe ser penalizada.
 - b) Principio de distancia deliberativa y falta de acceso a medios alternativos de visibilidad social: exige al Estado tener especial consideración por aquellos sectores de la sociedad en situación de vulnerabilidad que han tenido dificultades históricas para llamar la atención del gobierno, la prensa y la opinión pública, como consecuencia de deficiencias estructurales en los mecanismos de representación política y políticas públicas. Si estas poblaciones no recurren a medidas de fuerza, serán ignoradas.
 - c) Principio del foro público: de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la “defensa de un debate político robusto requiere de oportunidades genuinas para que los ciudadanos expresen y sean escuchados por las autoridades políticas”.
 - d) Principio relacionado con el reconocimiento de la calle como espacio público abierto: las calles y carreteras históricamente han sido espacios de manifestaciones y ejercicio de la deliberación pública.
 - e) Principio de ejercicio democrático: las protestas sociales no son actos ilegales o extrasistema, sino que implican el ejercicio de derechos constitucionales, entre los que destaca el derecho a la participación política.
 - f) Principio de contexto y trato diferenciado en casos de violaciones sistemáticas o estructurales de derechos: exige a los operadores de justicia tomar en cuenta los factores por los que surge una protesta. Se debe dar un trato diferenciado a los manifestantes cuando su conducta sea motivada por un contexto de violaciones sistemáticas o estructurales de derechos fundamentales.
- Argumenta el demandante que la criminalización de la protesta resulta incompatible con la obligación estatal de proteger a los defensores de derechos humanos, en especial

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

- Los defensores de los derechos humanos tienen una serie de derechos reconocidos por la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre los que se encuentran el de presentar críticas y propuestas a las autoridades gubernamentales para mejorar su desempeño y alertar sobre cualquier amenaza contra los derechos humanos; denunciar políticas y acciones de funcionarios y órganos gubernamentales que atenten contra estos derechos, y obtener protección eficaz de las leyes al reaccionar pacíficamente ante tales violaciones.
- De otra parte, el Estado tiene la obligación de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos, proporcionar recursos eficaces a las personas que denuncien haber sido víctimas de una violación de tales derechos, y adoptar medidas necesarias para garantizar la protección de toda persona frente a la violencia, amenaza, represalia, discriminación, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos, entre otras.
- Esta obligación de proteger a los defensores de derechos humanos también ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual señala que el Estado está obligado a intervenir para proteger estos derechos. El demandante invoca dicha jurisprudencia² según la cual el Estado es responsable por la afectación de los derechos de los defensores de derechos humanos cuando: (i) existía una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos; (ii) se tuvo conocimiento por parte de las autoridades de ese riesgo; y, (iii) pese a ello, las autoridades no adoptaron medidas idóneas para prevenir el riesgo, estando en posibilidad de hacerlo.
- Señala el demandante que el Estado debe estar en posibilidad de adoptar medidas de protección y tiene la obligación de remover los obstáculos que impidan la vigencia de los alegados derechos, conforme al artículo 2 de la CADH, más aun si, a su criterio, garantizar el derecho a la protesta es una forma de defender la democracia.
- Por las razones expresadas, el demandante solicita que se emita una sentencia estimativa de anulación parcial del artículo 200 del Código Penal vigente.

B.2. Contestación de la demanda

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

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

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

- Respecto a la improcedencia, sostiene que el elemento constitutivo del tipo penal extorsión que hace mención de la “ventaja económica indebida o de cualquier otra índole” se encuentra vigente en nuestro ordenamiento desde el Decreto Legislativo 896³, publicado el 24 de mayo de 1998. A su vez, lo dispuesto en el tercer párrafo de la disposición impugnada fue incorporado mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 982⁴, publicado el 22 de julio de 2007.
- Por lo tanto, según el demandado, en atención a dicha identidad normativa, se habría excedido el plazo de 6 años para interponer la demanda de inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional.
- Adicionalmente, el demandado señala que existe un pronunciamiento previo de este Tribunal sobre el fondo del asunto convalidando la constitucionalidad de los elementos ahora cuestionados del artículo 200 del Código Penal. El demandado aduce que, mediante la Sentencia 0012-2008-PI/TC, este Tribunal indicó que la expresión de opiniones o de protestas pueden realizarse siempre que dichas manifestaciones sean pacíficas y no alteren el orden público o derechos de terceros, pues, cuando ello ocurra (toma de locales, interrupción del tránsito, afectación de bienes y servicios públicos, etc.), se habrá cometido un delito.
- Finalmente, el Poder Ejecutivo enfatiza que el demandante sostiene que la tipificación del delito de extorsión “es arbitraria porque desnaturaliza su esencia en la doctrina”. Es decir, a su criterio, el demandante cuestiona la norma por su falta de conformidad con esta última, lo que evidencia que entabló el presente proceso porque no se encuentra conforme con la norma impugnada. Añade, en tal sentido, que el parámetro de validez de la norma debe ser la Constitución y no los desarrollos teóricos que sobre el contenido de las leyes existieren.
- En cuanto a los aspectos de fondo, sobre la alegada afectación al principio de legalidad, el demandado señala que el término “ventaja” no es un elemento amplio ni vago, sino que resulta claro y preciso.
- Sobre la alegada vulneración del derecho a la protesta y derechos conexos, el demandado señala que la afirmación del demandante de que mediante la norma impugnada se busca criminalizar la protesta socioambiental no constituye, en realidad, un

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

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

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

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

II. FUNDAMENTOS

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

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

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

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL,
APROBADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 635**

Artículo Único.- Modificación de los artículos 46, 108-A, 121, 155, 158, 200, 279, 296, 296-B, 297, 308, 308-A, 308-C, 308-D, 309, 310, 310-A, 310-B, 310-C, 314, 314-B, 315 y 402 del Código Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635.

Modifícase los artículos 46, 108-A, 121, 155, 158, 200, 279, 296, 296-B, 297, 308, 308-A, 308-C, 308-D, 309, 310, 310-A, 310-B, 310-C, 314, 314-B, 315 y 402 del Código Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635 en los siguientes términos

Artículo 200.- Extorsión

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

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

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

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

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

- a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.
- b) Participando dos o más personas; o,

- c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.
- d) Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil.
- e) Simulando ser trabajador de construcción civil.

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

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

- a) Dura más de veinticuatro horas.
- b) Se emplea crueldad contra el rehén.
- c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
- d) El rehén adolece de enfermedad grave.
- e) Es cometido por dos o más personas.
- f) Se causa lesiones leves a la víctima.

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

La pena será de cadena perpetua cuando:

- a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.
 - b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.
 - c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.
 - d) El agente se vale de menores de edad.
2. En el presente caso se advierte que lo realmente cuestionado no es el texto íntegro del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, sino únicamente la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole”, que se reitera en los párrafos primero, cuarto y sexto de dicho artículo, así como también la disposición establecida en el tercer párrafo de este.

§2. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

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

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

4. Sin embargo, pese a dicha aseveración, lo cierto es que el artículo 200 del Código Penal fue reemplazado en su integridad por la modificatoria establecida en el artículo único del Decreto Legislativo 1237. Así, se advierte que todos los aspectos cuestionados por el demandante corresponden a la tipificación establecida por dicho Decreto Legislativo.
5. Por lo tanto, más allá de las coincidencias de contenido que hubiere entre los extremos cuestionados de la referida disposición y otros textos normativos publicados con anterioridad o vigentes en el pasado, en tanto antecedentes del artículo 200 del Código Penal, corresponde considerar a la primera como un nuevo acto legislativo, susceptible por tanto de ser sometido a un control de constitucionalidad *in abstracto*.
6. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, si se parte del hecho de que el Decreto Legislativo 1237 ha sido publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de setiembre de 2015, se concluye que, al momento de la presentación de la demanda, esto es, el 19 de abril de 2018, no había vencido el plazo establecido para tal fin.
7. De otra parte, el demandado ha sostenido también que existe un pronunciamiento previo de este Tribunal sobre el fondo del asunto que confirma la constitucionalidad de los elementos ahora cuestionados del artículo 200 del Código Penal. Así, refiere que, mediante la Sentencia 0012-2008-PI/TC, este Tribunal indicó que la expresión de opinión o las protestas pueden realizarse siempre que dichas manifestaciones sean pacíficas y no alteren el orden público o derechos de terceros, pues, cuando ello ocurra (toma de locales, interrupción del tránsito, afectar bienes y servicios públicos, etc.), se habrá cometido un delito.
8. Ante dicha afirmación, se debe determinar si, en efecto, la demanda de autos plantea una controversia sustancialmente igual a aquella desestimada en el caso anterior, o si, por el contrario, plantea una controversia constitucional distinta de la que se resolviera precedentemente.
9. Para ello, cabe recordar que este Tribunal ha establecido que una controversia actual es sustancialmente igual a la resuelta en una sentencia anterior si es que el objeto y el parámetro de control empleados en la sentencia desestimatoria anterior y los que contiene la nueva demanda de inconstitucionalidad son los mismos (Sentencia 0010-2015-PI/TC, fundamento 4). Este Tribunal advierte que la respuesta a tal interrogante es negativa.

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

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

11. Como puede observarse, la disposición previamente detallada objeto de control constitucional en aquella oportunidad fue el artículo 2 del Decreto Legislativo 982 y no el artículo único del Decreto Legislativo 1237. Esto es, se trata de dos disposiciones formalmente distintas. A ello debe añadirse que, en aquella oportunidad, lo analizado por este Tribunal Constitucional en lo que respecta al delito de extorsión en los términos de la modificatoria del artículo 200 del Código Penal, establecida en el Decreto Legislativo 982, estuvo referido en general a la participación en huelgas por parte de los funcionarios públicos con poder de decisión, y no se centró en el análisis específico de la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole”, que se cuestiona en el presente caso.
12. Por lo tanto, la controversia constitucional de autos no es sustancialmente igual a la establecida en la Sentencia 0012-2008-PI/TC. Siendo ello así, este Tribunal tiene competencia para evaluar la constitucionalidad de la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole” de los párrafos primero, cuarto y sexto, y de la disposición ubicada en el tercer párrafo de la modificatoria del artículo 200 del Código Penal, aprobado por la modificatoria establecida en el artículo único Decreto Legislativo 1237.

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

13. Este Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el Estado peruano, de acuerdo con los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú de 1993, es un Estado social y democrático de derecho, y que, en tal sentido, se sustenta “en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales” (Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 10).
14. Según dicha premisa, la persecución penal en un Estado social y democrático de derecho debe enmarcarse estrictamente de los cánones que le son propios a este. En tal sentido, como se indicó en la Sentencia 0019-2005-PI/TC:

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

conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental [...].

En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena (fundamentos 35 y 36).

15. Dicho en otros términos, el Estado debe recurrir como última *ratio* al ejercicio del *ius puniendi*, y debe procurar, dentro de lo razonablemente posible, de acuerdo con el orden público constitucional, hacer uso de todos los mecanismos institucionales de diálogo existentes a fin de evitar y, en todo caso, hacer frente a los conflictos que puedan generarse, teniendo presente que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución).
16. Comprenderlo de esta forma presupone evitar el riesgo de caer en un populismo punitivo, esto es, aumentar las penas o la persecución penal por razones meramente coyunturales y sin que exista un fundamento objetivo y justificado para ello, aprovechando la exposición mediática de un caso⁵.
17. En efecto, el aumento de las penas y sanciones o de la persecución penal por razones únicamente coyunturales no se condice con los fines consustanciales de un Estado constitucional de derecho. Y es que las restricciones a la libertad personal producidas en tales términos y bajo tales condiciones son contrarias al principio-derecho de dignidad humana.
18. Además, este Tribunal advierte que, en la medida en que la principal herramienta del populismo punitivo es el encarcelamiento⁶, el recurso a esta práctica socava manifiestamente la legitimidad sobre la que se asienta el *ius puniendi* estatal, por cuanto se desnaturaliza y pervierte la razón de ser de la intervención del Estado en la persecución del delito.

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

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

19. De esta manera, bajo la impronta del populismo punitivo, que es expresión de un derecho vindicativo⁷, emerge la figura del delincuente como un objeto de castigo y represión antes que como una persona, y como tal, un fin en sí mismo, cuya sanción penal debe conllevar a la resocialización, esto es, a su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad, de conformidad con el artículo 139 de la Constitución Política de 1993.
20. En concreto, se desconoce el principio de subsidiariedad en virtud del cual se debe recurrir como último recurso al derecho penal, por cuanto corresponde al Estado intentar agotar todas las medidas alternativas posibles con las que cuente y que, fundamentalmente, sean menos limitativas de derechos para proteger los intereses del conjunto social. En ese sentido es que emerge el derecho penal como la última *ratio* para garantizar los intereses básicos de la comunidad⁸.
21. Lo anterior no es baladí, especialmente para el legislador democrático, cuyas competencias deben ser ejercidas sin oportunismo y con lealtad a la Constitución. Así, si en su esfera de poder recae la política punitiva del Estado peruano, dicho poder debe ser ejercido con responsabilidad ante la ciudadanía y especialmente con prudencia, conllevando todo ello a que las competencias legislativas tengan como guía de acción los intereses superiores de la comunidad política y los derechos fundamentales de sus integrantes.
22. Ahora bien, la reflexión anterior resulta crucial en contextos en los que la realidad socio-política tiende a ser conflictiva. A ello debe añadirse que, incluso en tales circunstancias, las vías institucionales existentes para que los ciudadanos canalicen sus demandas legítimas ante las autoridades pueden, en no pocas ocasiones, resultar insuficientes para hacer llegar los mensajes y reclamos pacíficos que quieran comunicar a los poderes públicos y privados, así como a la sociedad en su conjunto con fuerza persuasiva.
23. Efectivamente, en primer lugar, la libertad de crítica de los ciudadanos en nuestro país ha sido consagrada constitucionalmente a través del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y principios constitucionales: i) la libertad de conciencia (artículo 2, inciso 3), ii) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (artículo 2 inciso 4); iii) la libertad de reunirse pacíficamente

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

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

sin armas (artículo 2 inciso 12); y iv) el derecho de huelga (artículo 28); de manera que todo ello, sin ánimo de exhaustividad, brinda cobertura constitucional a los reclamos y demandas ciudadanas con fines pacíficos⁹.

24. Pero puede ocurrir que, frente a determinados cambios en la orientación de las políticas de Estado, se generen situaciones de descontento y malestar en ciertos sectores o en buena parte de la población, por razones políticas, sociales, económicas, ambientales, culturales, ideológicas, etc., y que estos decidan organizar y llevar a cabo acciones de protesta frente a las cuales las autoridades en ocasiones responden, usando como principal mecanismo de contención la represión penal, aun cuando, como ya se indicó previamente, la recurrencia al *ius puniendi* debe realizarse como última *ratio*.
25. Ante ello cabe preguntar si el marco constitucional y legal existente vinculado con situaciones de conflicto y protesta social, tal y como se encuentra configurado, es lo suficientemente protector y garantista, en el entendido de que se debe mantener el equilibrio entre la sanción de las conductas auténticamente antijurídicas y proscritas por el orden público constitucional y el respeto de los derechos fundamentales de los manifestantes.
26. Como es sabido, en la Norma Fundamental se plasman diversas concepciones y valoraciones sobre la vida en común, diversos principios y bienes constitucionales que, no pocas veces, pueden contraponerse, generando así controversias constitucionales que el juez constitucional debe estar a la altura de resolver a partir de la interpretación genuina de la Constitución, con miras a la pacificación de los conflictos a través de soluciones justas.
27. Al respecto, como punto de partida para la resolución del presente caso, este Tribunal tiene en cuenta que la realidad de nuestro país no está alejada de los conflictos sociales, que muchas veces desembocan en situaciones violentas, ante la falta de un diálogo oportuno y robusto entre quienes protestan y las autoridades o los destinatarios de sus reclamos.
28. Según el reporte de conflictos sociales n.º 179 de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo¹⁰, hubo 158 acciones colectivas de protesta durante el mes de enero de 2019, y se registraron 180 conflictos en el mes, de los cuales 133 eran conflictos activos (73.9 %) y 47 (26.1 %) eran conflictos latentes. Asimismo, de acuerdo con dicho reporte, 79 conflictos se encontraban en proceso de diálogo (59.4 % de los casos activos), 105 casos presentaron al menos un hecho de violencia desde que iniciaron (58.7 %) y 48 conflictos pasaron a etapa de diálogo después de un hecho de violencia (60.8 %).

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

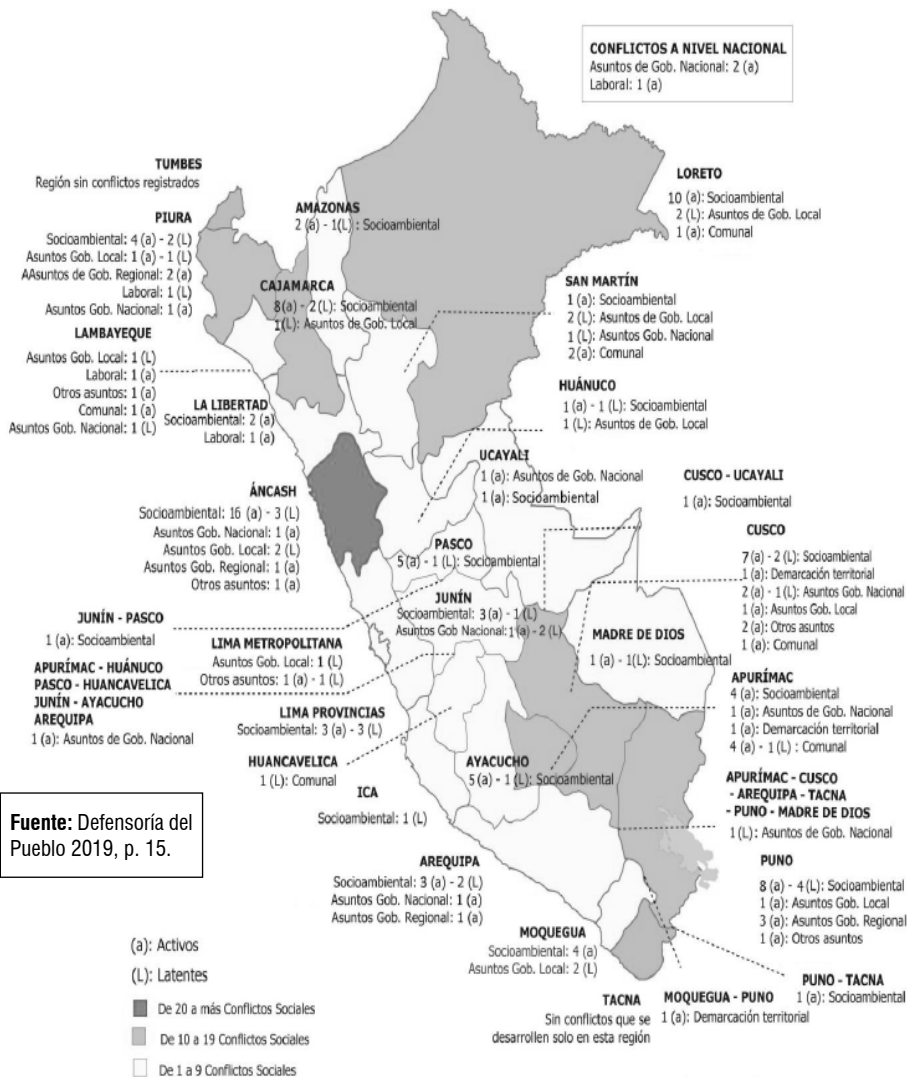
10 Disponible en el sitio web: <<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-179-Enero-2019.pdf>>. Consulta realizada el 8 de marzo de 2019.

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

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

Fuente: Defensoría del Pueblo 2019, p. 6.

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



Fuente: Defensoría del Pueblo 2019, p. 15.

29. Lo anterior da cuenta de una situación social caracterizada por conflictos no resueltos, pero fundamentalmente por su vinculación en mayor o menor medida a escenarios violentos. Evidentemente, una forma de responder desde el Estado a tal problemática por la que se suele optar en los últimos años es recrudecer las penas o ampliar las conductas prohibidas en los delitos ya existentes.
30. Dicha práctica puede tornarse inconstitucional por vulnerar derechos, principios y valores constitucionales, a menos que se adviertan razones objetivas que fundamenten al ejercicio del *ius puniendi* estatal.
31. Establecido lo anterior, a este Tribunal le corresponde resolver si la tipificación de las conductas prohibidas como parte del delito de extorsión en el Código Penal vigente, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, que objetan los demandantes vulnera o no la Constitución.

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

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

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

4.1. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

33. El principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal “d”, de la Constitución Política del Perú, según el cual “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.
34. Este Tribunal ha indicado lo siguiente en la Sentencia 3644-2015-PHC/TC:

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

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

35. En este caso, el demandante alega que el delito de extorsión ha sido desnaturalizado desde la expedición del Decreto Legislativo 896, publicado el 24 de mayo de 1998, al señalarse que la ventaja que se derivaría de la extorsión podía ser no solo económica, sino “de cualquier otra índole”, lo que implica el desconocimiento de la naturaleza patrimonial del delito de extorsión.
36. Sin embargo, para este Tribunal dicho argumento carece de asidero constitucional en la medida en que se encuentra dentro del marco de lo constitucionalmente posible la determinación de los bienes jurídicos protegidos por parte del legislador penal así como su naturaleza jurídica, siempre que con ello se respete el principio de lesividad, esto es, la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante que podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental, así como los restantes principios y bienes constitucionales, como es el caso de la razonabilidad y proporcionalidad.
37. De esta manera, si el legislador penal, respetando escrupulosamente el principio de lesividad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, decide proteger bienes jurídicos adicionales en la tipificación del delito de extorsión más allá del elemento patrimonial, no infringe el ámbito de lo explícita e implícitamente prohibido por la Constitución.
38. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.
39. Asimismo, el demandante alega que habría identidad entre las conductas proscritas por el delito de extorsión y otros delitos. Por ejemplo, indica que la perturbación de los servicios públicos ya se encuentra tipificada en el artículo 283 del Código Penal (sobre entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos), o que el caso de la toma de locales ya se encuentra tipificado en el delito de usurpación regulado en el artículo 202 del Código Penal. Añade también que el delito de extorsión se confundiría con el delito de coacción establecido en el artículo 151 del Código Penal, vulnerando así el principio de legalidad.
40. Sin embargo, de la revisión de estos tipos penales se advierte claramente que son conductas distintas las que el legislador ha buscado proscribir en tales delitos, identificándose elementos diferenciadores en las correspondientes conductas delictivas proscritas por ellos. Así, a diferencia de lo que sucede en el delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283 del Código Penal) o del delito de coacción (artículo 151 del Código Penal), la configuración del delito de extorsión requiere la búsqueda de una ventaja indebida que puede ser económica o de cualquier otra índole.

41. Dicho en otros términos, en el caso del delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283 del Código Penal), que sanciona a todo aquel o aquella que impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, electricidad, hidrocarburos o de sustancias energéticas similares, este Tribunal advierte que el tipo penal no exige que el autor persiga el otorgamiento de una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, lo que tampoco es requisito para la configuración del tipo penal de coacción (artículo 151 del Código Penal), tipo penal residual que sanciona a toda persona que mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe.
42. En cambio, en el caso del delito de extorsión (artículo 200 del Código Penal modificado por el único del Decreto Legislativo 1237), la presencia de dicho elemento, esto es, el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole es necesaria para la configuración del tipo penal.
43. Por otro lado, en el caso de la figura de usurpación (artículo 202 del Código Penal), dicho delito exige, entre otros supuestos, que mediante violencia o amenaza se turbe la posesión de un inmueble, supuesto completamente ajeno a al tipo penal de extorsión.
44. Todo lo anterior conlleva a sostener que en la presente controversia sometida a control constitucional no se está sancionando una misma conducta varias veces a través de los delitos de extorsión, entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, usurpación y coacción; de manera que lo sostenido por el demandante a este respecto carece de asidero constitucional.
45. Por lo tanto, corresponde desestimar tal extremo de la demanda.
46. Asimismo, los demandantes sostienen que en el delito de extorsión la imprecisión de la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole” afecta el principio de *lex certa*.
47. Al respecto, este Tribunal advierte que la disposición “u otra ventaja de cualquier otra índole”, reiterada en los párrafos primero, tercero, cuarto y sexto del artículo 200, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, si bien no identifica un beneficio concreto deja claro que se trata de obtener ilegítimamente, por medios violentos o a través de amenazas, una ventaja de una naturaleza distinta a la patrimonial, y ello no resulta, *per se*, inconstitucional.
48. En efecto, debe tenerse en cuenta que la interpretación sistemática de la disposición “u otra ventaja de cualquier otra índole” junto con el resto de disposiciones integrantes del delito de extorsión, contemplado en el artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, conlleva a sostener que dicha disposición cuestionada está redactada con un nivel de precisión suficiente que permite a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, a fin de que pueda conocer claramente si su conducta configura o no el delito de extorsión, de ser el caso.

49. Efectivamente, el tipo penal exige que lo siguiente:
- a. que el agente haya recurrido a la violencia o la amenaza;
 - b. que el agente haya obligado a una persona o a una institución pública o privada a otorgar^r al autor o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole (no económica, se entiende).
50. El tercer párrafo añade un elemento a los señalados. En este caso se exige que el agente:
- a. mediante violencia o la amenaza;
 - b. haya realizado alguna de las siguientes acciones: tomar locales, obstaculizar vías de comunicación, impedir el libre tránsito de la ciudadanía, perturbar el normal funcionamiento de los servicios públicos o perturbar la ejecución de obras legalmente autorizadas;
 - c. con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole (no económica, se entiende).
51. Siendo ello así, este Tribunal advierte que la citada disposición “u otra ventaja de cualquier otra índole”, en el caso de la tipificación del delito de extorsión, en los términos del artículo 200 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo 1237, no vulnera el principio de *lex certa*.
52. Por lo expuesto, corresponde desestimar también el referido extremo de la demanda.

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

53. El demandante alega que la tipificación del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, vulnera el derecho fundamental a la protesta, además de sus derechos conexos: libre reunión, libre expresión, libre conciencia, participación política y petición.
54. El demandante argumenta que el derecho a la protesta, si bien no se encuentra expresamente reconocido, es un derecho fundamental innominado o derecho emergente, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución y 29 de la CADH.
55. Con relación a esto, debe tenerse presente que este Tribunal se ha pronunciado sobre los alcances de la noción de “sustento constitucional directo”. En ese sentido, sobre dicha noción, este Colegiado ha resuelto en la Sentencia 1417-2005-PA/TC lo siguiente:

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

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

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

4.2.1. SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno

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

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

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

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

- iii) el caso de aquellos derechos que se derivan de los principios desarrollados en el artículo 3 de la Norma Fundamental y que constituyen derechos autónomos.
60. Asimismo, en aquella oportunidad se dejó en claro la naturaleza excepcional de la aplicación del referido artículo 3:
- La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita (Sentencia 0895-2001-AA/TC, fundamento 5).
61. Lo anterior fue determinante para que este Tribunal considerase el derecho a la objeción de conciencia como un contenido implícito del derecho fundamental a la libertad de conciencia, sin necesidad de aplicar la cláusula establecida en el artículo 3 de la Constitución Política de 1993.
62. En cambio, aplicando esta última cláusula, en la Sentencia 2488-2002-HC/TC, fundamentos 12 y 13, se reconoció el derecho a la verdad como derecho fundamental, argumentándose por qué en aquella oportunidad sí resultaba justificada la recurrencia a dicha cláusula.
63. Además, en la Sentencia 0168-2005-PC/TC, fundamento 9, en aplicación de la citada cláusula, se reconoció la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.
64. Luego, a través de la Sentencia 06534-2006-PA/TC, fundamento 17, se reconoció, en aplicación del citado artículo 3 de la Constitución, el derecho fundamental al agua potable, que con posterioridad resultaría positivizado por el constituyente derivado en el artículo 7-A de la Constitución, incorporado a través de la Ley 30588, “Ley de Reforma Constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional”.
65. En atención a lo previamente expuesto, es oportuno explicitar en qué casos corresponde que este Tribunal reconozca un nuevo derecho fundamental, distinto a un contenido implícito o nuevo de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional:
- Cuando se aplique la cláusula reconocida en el artículo 3 de la Constitución bajo las condiciones establecidas por este Tribunal, esto es, que no sea posible deducir el derecho como contenido implícito, nuevo o adicional de un derecho ya reconocido.
 - En dicho supuesto, resulta medular la identificación de una relación cierta, directa e indelible entre la posición de derecho fundamental a reconocer o derecho fundamental *en sentido estricto*, esto es, entre los concretos atributos que serían exigibles por los titulares del derecho al destinatario de la norma o normas deducidas, y alguno de los siguientes principios: dignidad humana (artículo 1), Estado

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

66. En todos los casos, los derechos a reconocer deben constituir atributos fundamentales de la persona, de gran relevancia constitucional y cuyo no reconocimiento y garantía conlleve a un estado de cosas intolerable para el orden público constitucional.
67. Explicado lo anterior, y en lo que respecta a la determinación de la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, este Tribunal, en primer término, debe verificar si, a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional a la protesta, y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.

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

68. Este Tribunal considera que, cualquiera que sea la concepción que los poderes públicos y, en especial, el legislador y los jueces tengan en torno a la protesta social, esta última es indesligable de las exigencias, límites y alcances de la democracia en un Estado constitucional de derecho¹¹ y, en concreto, de los términos en que ha sido establecido el principio democrático en la Constitución Política del Perú de 1993, aspecto sobre el cual este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad.
69. En reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, tal como se desprende del artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es un Estado Social y Democrático de Derecho; y que, en ese sentido:

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

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

la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2 17 de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales [Sentencia 04677-2004-AA/TC, fundamento 12].

70. Asimismo, este Tribunal ha indicado que es consustancial a dicha finalidad el reconocimiento de un conjunto de principios y derechos fundamentales que a su vez constituyen garantías institucionales de la democracia, en atención a la relación directa con su estabilidad y consolidación, entre los que se encuentran “los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2 inciso 17 y 30 a 35, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2 inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2 inciso 5), de asociación (artículo 2 inciso 13) y de reunión, previsto en el artículo 2 inciso 12 de la Carta Fundamental” (Sentencia 04677-2004-AA/TC, fundamento 12)
71. Ahora bien, conviene recordar que en la Sentencia 0006-2017-PI/TC, fundamento 2, este Tribunal ha sostenido que la democracia representativa rige nuestro sistema constitucional, y se encuentra prevista en el artículo 45 de la Constitución, según el cual “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.
72. Sin embargo, también es cierto que la democracia representativa puede atravesar por crisis donde se ponga en cuestionamiento la capacidad de los representantes para expresar la voluntad real y auténtica de los representados. Precisamente, en dichos contextos de crisis, adquiere mayor relevancia el reconocimiento y garantía de la protesta con fines legítimos y en el marco de la legalidad imperante, siempre que esta última sea conforme a la Constitución, por cuanto en tal entendido dicha protesta, con tales características, constituirá una genuina expresión de la soberanía popular (artículo 45 de la Constitución).
73. Pero, además de ello, la protesta se erige también como un auténtico mecanismo de expresión y eventual reivindicación de las minorías que no logran ser representadas en los ámbitos institucionales a los que solo acceden legítima y legalmente las mayorías, de forma tal que la omisión, en cuanto a su reconocimiento y garantía desde el Estado, no solo menoscabaría profundamente las posibilidades reales de presentar sus demandas a quien corresponda, siempre que estas sean legítimas y legales de acuerdo al orden público constitucional, sino también que dicha omisión contravendría un principio basilar del Estado peruano, de acuerdo con la Constitución Política de 1993, como es el pluralismo, en sus manifestaciones política, ideológica, de pensamiento y creencias.

74. En el marco de tales consideraciones, este Tribunal considera que, a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, entre las que destaca como prisma fundamental el principio democrático y su plasmación jurídica en la Constitución como marco garantista, lo que debe extenderse también a contextos de cambio y crisis de la representación, resulta una exigencia del orden público constitucional el reconocimiento del derecho a la protesta como derecho fundamental, derecho que asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder, sea este último público o privado, todo ello sobre la base de aspiraciones legítimas de quienes protestan y siempre que se respete la legalidad conforme al orden fundamental. Y es que la expresión de la crítica pública en democracia, así como el proceso de su elaboración y la construcción del pensamiento crítico son fundamentales para la comunidad política.
75. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho a la protesta en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a un principio fundamental e identitario del Estado peruano bajo la Constitución Política del Perú de 1993, como es el principio democrático, en consonancia con otro principio igualmente fundamental, como es el de supremacía constitucional, que le sirve de marco de actuación, pero, especialmente, como fuente de legitimidad.
76. Por lo expuesto, cabe sostener que, tras la eventual vulneración o amenaza de vulneración del derecho fundamental a la protesta, le asiste la protección constitucional institucional y procesal (de conformidad con el artículo 37 del Código Procesal Constitucional) que la Norma Fundamental otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por ella.

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

77. Indicado lo anterior, corresponde explicitar la naturaleza, titularidad, contenido, límites y relación del derecho fundamental a la protesta con otros derechos fundamentales.
78. En cuanto a la naturaleza de este derecho, este Tribunal considera que se trata de un derecho relacional de libertad y que, como tal, implica la no injerencia del Estado en su ejercicio o realización.
79. No obstante, los diversos derechos fundamentales demandan del Estado distintos deberes, más allá de la sola no injerencia o interferencia, lo que también se aprecia en el caso del derecho fundamental a la protesta, como es el caso del deber de protección del derecho ante la obstaculización proveniente de terceros, el deber de promover las condiciones para resolver los conflictos, en la medida de lo posible, a través de los canales institucionales existentes, y, eventualmente, el deber de reparar el derecho ante su violación.

80. En cuanto a su titularidad, este derecho asiste, en principio, a toda persona, sin que quepa condicionar el reconocimiento del mismo por los motivos prohibidos establecidos de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política de 1993, esto es, de origen, edad, opinión, etc.
81. Sin embargo, este Tribunal considera que al igual que en el caso de la limitación de los derechos a la sindicación y a la huelga realizada en el artículo 42 y 153 de la Constitución, en lo que respecta a la titularidad del derecho fundamental a la protesta que asiste a los servidores públicos, no se encuentran comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los jueces y fiscales, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en atención básicamente al carácter esencial de los servicios que prestan.
82. Con relación a su contenido constitucionalmente protegido, este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del *status quo* a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución.
83. En lo que respecta a sus límites, debe tenerse presente que, como todo derecho fundamental, el derecho a la protesta no es un derecho absoluto o ilimitado. Así, los límites de este derecho se desprenden de la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales. En todo caso, el alcance de los límites que específicamente operen sobre este derecho deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. Empero, ello no es óbice para que este Tribunal pueda desarrollar ciertas pautas sobre los límites del derecho fundamental a la protesta.
84. En principio, este derecho fundamental no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta, como tampoco el uso de armas ni la promoción de la discriminación por los motivos prohibidos en el artículo 2 inciso de la Constitución o por motivos de cualquier otra índole.
85. Una cosa distinta es que durante la realización de protestas se desarrollen hechos de violencia. Los autores de los desmanes, actos violentos o delitos deben ser sancionados sin reprimir indiscriminadamente a todos los que participan de la protesta por cuanto la responsabilidad penal es individual y la participación en actos o manifestaciones de protesta constituye un derecho, aun cuando sus pretensiones, reivindicaciones o consignas pudieran resultar profundamente cáusticas o desagradables para otros sectores.

86. Por lo demás, toda regulación y eventual limitación del derecho fundamental a la protesta se deberá hacer a través de una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, garantizando de este modo los principios de generalidad e igualdad de trato. Y es que, como se sostuvo en la Sentencia 0005-2013-PI/TC, fundamento 13, “cualquier regulación que importe una restricción en los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía”.
87. Cabe precisar que la reserva legal, entendida como una de “acto legislativo”, no es omnicompreensiva para cualquier tipo de norma a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley, pues se requiere garantizar que los límites a derechos fundamentales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad (Sentencia 0005-2013-PI/TC, fundamento 16; Sentencia 02235-2004-PA/TC, fundamento 4; y concordantes).
88. Asimismo, tales límites, en lo que respecta a la hora, lugar y forma¹², deben encontrarse debidamente motivados por la autoridad competente, tratándose de un deber exigible caso por caso, de manera tal que el derecho solo sea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario y proporcional (principio de proporcionalidad). Cabe advertir, además, que el ejercicio de este derecho no está subordinado a autorización por parte de las autoridades.
89. Además, en lo que respecta a su relación con otros derechos fundamentales, este Tribunal advierte que el ejercicio del derecho a la protesta suele ser conexo al ejercicio de otras libertades iusfundamentales, como es el caso de las libertades de opinión, expresión, y difusión del pensamiento, el derecho a huelga, la libertad de tránsito y el derecho de reunión.
90. Sin embargo, pese a que el ejercicio del derecho a la protesta suele vincularse con el ejercicio de los citados derechos fundamentales, no se confunde con ellos por cuanto protege todas aquellas situaciones, independientemente de que eventualmente puedan además resultar amparadas o no de manera concurrente por tales derechos, en las que se haga o busque hacer público un cuestionamiento de tipo político, económico, social, cultural, laboral, ambiental o de cualquier otra índole, amparados por la Constitución en sentido material, motivado por un *animus* identificable de cambio del estado de cosas imperante, a nivel local, regional, nacional, internacional o global, al margen de si ello se hace individual o colectivamente y de los medios o espacios que

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

se utilicen, siempre que el fin sea legítimo y se respete la legalidad conforme al orden constitucional, quedando fuera del ámbito de protección de este derecho la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia¹³.

91. Por ejemplo, cuando un grupo de personas ocupan una plaza pública con fines sociales o recreativos, ello no involucra el ejercicio del derecho a la protesta. Asimismo, se puede ejercer este derecho fundamental a título individual a través de medios virtuales, sin que ello conlleve al ejercicio del derecho fundamental de reunión, derecho que, además, se ejerce colectivamente. En resumen, pueden existir reuniones sin protesta y protesta sin reunión.
92. En todo caso, cuando se trate de un ejercicio concurrente con otros derechos fundamentales, se deberá también respetar los límites de estos últimos. Por ejemplo, si el ejercicio del derecho a la protesta se manifiesta a través del derecho de reunión en un caso concreto, la protección constitucional de dicho ejercicio tendrá como límite los límites expresos e implícitos de este segundo derecho en cada caso concreto, para lo cual es fundamental tener como pauta lo desarrollado por este Tribunal al respecto. En este último caso –esto es, cuando operan los límites implícitos–, la ponderación de derechos fundamentales en colisión deberá considerar todos los derechos que se encuentran en juego, incluyendo evidentemente el derecho a la protesta, de manera que, junto a este último, concurrirán los demás derechos fundamentales concernidos, a efectos de evaluar si una limitación resulta razonable y proporcional.
93. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde reiterar que cuando una protesta exceda sus límites constitucionales el Estado puede y debe legítimamente restablecer el orden interno, siempre que respete la Constitución, en sentido formal y material. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

En un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden; mientras que, en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, de forma excepcional [Sentencia 0017-2003-AI/TC, fundamento 71].
94. Ahora bien, en la medida en que la sola posibilidad de que se autorice el uso de la fuerza implica la facultad de restringir determinados derechos, incluyendo el derecho a la protesta y derechos conexos, el despliegue que se haga de aquel debe ser, en todos los casos, conforme a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, esto es, debe ejercerse de manera estrictamente necesaria y proporcional, lo cual implica distinguir entre quienes protestan pacíficamente o cuya finalidad no

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

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

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

4.2.4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA

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

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

97. Al respecto, y como se ha indicado previamente, el uso de la violencia o amenaza como parte de la protesta o como único o principal mecanismo de cuestionamiento no se encuentra protegido por el derecho fundamental a la protesta.
98. En el presente caso, este Tribunal advierte que la disposición sometida a control de constitucionalidad no penaliza la sola toma de locales, la sola obstaculización de vías de comunicación, el solo impedimento del libre tránsito de la ciudadanía, la sola perturbación del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la ejecución de obras legalmente autorizadas, sino la realización de cualquiera de estas conductas mediante violencia o amenaza con el objeto de obtener cualquier beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier otra índole que sean indebidos, sin perjuicio de las conductas criminalizadas por el legislador en el Capítulo II, “Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos”, del Título XII, “Delitos contra la seguridad pública”, del Código Penal.
99. Asimismo, este Tribunal ha sostenido *supra* que la disposición “beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole” no vulnera el principio de *lex certa* y que, en todo caso, dicha proscripción no alcanza *per se* a demandas eventualmente legítimas, como son, los pedidos de aumentos remunerativos, salariales o de pensiones, la reducción del coste de los servicios públicos, la invocación de respeto al medio ambiente, el reconocimiento de nuevos derechos, entre otros,

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

100. Siendo ello así, en la medida en que el derecho fundamental a la protesta no protege la violencia o la amenaza de violencia ni que con ello se busque obtener un beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier otra índole que sea indebida, este Tribunal considera que la aludida disposición constitucional no incide en el contenido constitucionalmente protegido del referido derecho.
101. Por lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en el citado extremo en los términos previamente establecidos.

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

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

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

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

104. Asimismo, en aquella oportunidad se dejó establecido en cuanto al elemento finalista, uno de los que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho, que “resulta manifiesto que el mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas, no forma parte del ejercicio válido del derecho” (fundamento 15).
105. Ahora bien, este Tribunal considera que lo penalizado por la aludida disposición se encuentra fuera del ámbito protegido por el derecho fundamental a la libertad de reunión, que no solo no ampara ningún tipo de violencia, sino que también no involucra la búsqueda de un beneficio o ventaja económica o de cualquier otra índole cuando este sea indebido, en los términos explicados *supra*. De esta manera, se advierte que la citada disposición no vulnera el derecho fundamental de reunión.
106. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

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

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

108. Este Tribunal, en la Sentencia 01001-2013-PA/TC, fundamento 16, sostuvo que “el derecho fundamental a la libertad de expresión garantiza la posibilidad de formular declaraciones a través de los medios de comunicación sin autorización ni censura previa de ningún tipo”.
109. En razón de lo anterior, se advierte que lo proscrito por la referida tercera disposición del artículo 200 del Código Penal, en los términos de la modificatoria hecha por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, no vulnera el derecho fundamental de libertad de expresión por cuanto las conductas prohibidas en el correspondiente tipo penal no se refieren a declaraciones a través de medios de comunicación, que es lo concretamente amparado por el contenido constitucionalmente protegido del citado derecho.
110. Por lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

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

111. Los demandantes alegan, además, que la disposición objeto de control constitucional previamente aludida también vulnera el derecho a la libre opinión.
112. Sin embargo, como se ha indicado previamente, las conductas proscritas por la aludida disposición no se relacionan directamente con la libre formación de la opinión ni con su difusión, protegidas por el artículo 2, inciso 4, de la Constitución Política del Perú de 1993.
113. Por ello, como en el caso anterior, corresponde desestimar la demanda en el citado extremo.

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

114. Además, los demandantes añaden que la disposición en cuestionamiento vulnera el derecho fundamental a la libertad de conciencia.
115. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 0895-2001-PA/TC, fundamento 3, lo siguiente:

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

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

116. Este derecho fundamental, reconocido en el artículo 2, inciso 3, de la Constitución, no protege las situaciones proscritas por la aludida disposición.
117. Por ello, corresponde desestimar la demanda en este último extremo.

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

118. Además, los demandantes sostienen que la disposición en cuestionamiento vulnera el derecho fundamental a la participación política.
119. De acuerdo con el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, toda persona tiene derecho a participar en forma individual o asociada en la vida política de la Nación. Por su parte, el artículo 31 de la Norma Fundamental dispone lo siguiente:

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

120. Asimismo, de acuerdo con el artículo 35 de la Norma Fundamental, es posible ejercer dicho derecho “individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley”, precisándose que “tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular [...]”.
121. Como puede advertirse, este derecho protege la participación en asuntos públicos de manera institucional, sea individual o colectivamente, esto es, sea a través del sufragio, de ser elegido, planteando la aprobación de normas a través del ejercicio de la iniciativa legislativa, participando en consultas populares, removiendo o revocando autoridades y pidiendo la rendición de cuentas, de acuerdo con lo establecido por ley, lo cual, evidentemente, no guarda relación con las conductas prohibidas por la disposición objeto de control constitucional en el presente caso.
122. Por ello, corresponde también desestimar la demanda en el referido extremo.

4.8. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

123. Finalmente, los demandantes refieren que la aludida disposición ha vulnerado el derecho fundamental de petición.
124. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 20, de nuestra Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la cual, a su vez, está

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

125. De acuerdo con este Tribunal, en la Sentencia 05264-2009-PA/TC, fundamento 4, el contenido constitucionalmente protegido de este derecho está conformado por dos aspectos: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y el segundo, unido irremediamente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.
126. En este caso, se aprecia que ninguno de dichos elementos ha sido afectado negativamente por la tercera disposición del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237. De esta manera, este Tribunal advierte que esta disposición no ha vulnerado el derecho fundamental de petición.
127. Por consiguiente, corresponde también desestimar la demanda en el citado extremo.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

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

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

*

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

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

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

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

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

**

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

El referido artículo establece lo siguiente:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

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

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

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

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

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

“En la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos “no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3 de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita”. [Expedientes 00032-2010-PI/TC, fundamento 21 y 0895-2001-PA/TC, fundamento 5].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S.

RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS FERRERO COSTA Y BLUME FORTINI

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

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

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

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

El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra **ventaja de cualquier otra índole** [...].

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra **ventaja de cualquier otra índole** [...].

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra **ventaja de cualquier otra índole** [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SS.

FERRERO COSTA

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

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

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

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

3. De ello se advierte que, en el contexto de una protesta social, lo sancionado o prohibido penalmente por el legislador no se refiere únicamente a las conductas señaladas en el artículo 200 del Código Penal, sino también a aquellas tipificadas en el Capítulo II, “Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos”, del Título XII, “Delitos contra la seguridad pública”, del Código Penal. Estas últimas, por cierto, no han sido materia de análisis en la ponencia.
4. En atención a ello, considero que la ponencia debió desarrollar, en primer lugar, la definición de lo que entiende por protesta social, su relación con el ejercicio de diversos derechos fundamentales (libertad de expresión, reunión, entre otros), y qué situaciones estarían permitidas en el contexto de una protesta. Luego de definir todo ello, recién se debió analizar si la conducta tipificada como delito de extorsión implicaba o no sancionar situaciones válidas de protesta, tal como se expuso en la demanda.

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

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

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

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

Sobre el elemento subjetivo del tipo en el delito de extorsión

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

Artículo 200.- Extorsión

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

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

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

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

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

- a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.
- b) Participando dos o más personas; o,
- c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.
- d) Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil.
- e) Simulando ser trabajador de construcción civil.

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

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

- a) Dura más de veinticuatro horas.
- b) Se emplea crueldad contra el rehén.
- c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
- d) El rehén adolece de enfermedad grave.
- e) Es cometido por dos o más personas.
- f) Se causa lesiones leves a la víctima.

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

La pena será de cadena perpetua cuando:

- a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.
- b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.
- c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.
- d) El agente se vale de menores de edad [énfasis agregado].

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Por ejemplo, fuera del ámbito penal, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución establece que “*nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*”. En este caso, queda claro que el término “cualquier otra índole” alude a cualquier otra razón equivalente en gravedad a las señaladas expresamente, a partir de las cuales se discrimine. Por ejemplo, este Tribunal determinó que *la edad* también puede calificar como una categoría sospechosa por la que también se podría discriminar en los términos del artículo 2 inciso 2 de la Constitución, en el caso “Chura Arcata” (STC Exp. 05157-2014-PA/TC).
11. En el presente caso, el legislador penal exige para el delito de extorsión “una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole”. A partir de lo expuesto considero que no existe claridad para determinar a qué se refiere el legislador con “ventaja de cualquier otra índole”, ni posibilidad para que el operador o intérprete jurídico pueda determinar otro tipo de ventajas. Por el contrario, dada la vaguedad de la fórmula legal establecida, no queda claro si las ventajas en el delito de extorsión también incluyen a las ventajas “debidas” o “correctas”, o si éstas pueden ser de carácter moral, sexual o de cualquier otro tipo, etc.
12. Por ello, soy de la opinión que la imprecisión que otorga el legislador a este caso vulnera sin duda el principio de taxatividad, por lo que no comparto lo señalado en los fundamentos 47 a 51 de la ponencia. Al respecto, sobre el principio de taxatividad, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00156-2012-PHC/TC (fundamento 9) ha señalado lo siguiente:

El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo.

Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta inculpada termina vulnerando este principio.

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

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

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

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

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

16. Adicionalmente, advierto también problemas con los principios de *lex certa* y lesividad respecto del término “amenaza” en los supuestos referidos a “*obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía*” del delito de extorsión, previstos en el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal.
17. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe temático del 2019 ha señalado que “(...) los Estados deben dejar de aplicar tipos penales que convierten en actos criminales conductas comúnmente observadas en protestas, como los cortes de ruta o los actos de desorden que, en sí mismos, no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas, pues en el contexto de protestas ellas constituyen formas propias del ejercicio de los derechos de libertad de expresión, de reunión y de libre asociación” (Párrafo 208).
18. En este caso, respecto a la amenaza como medio comisivo para configurar el tipo penal de extorsión, alude a una situación inmediata anterior a la violencia. Por lo que también puede ser interpretada de manera amplia y a discreción del operador jurídico (¿desde cuándo podemos hablar que existe una amenaza?).

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

19. Asimismo, de acuerdo al tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal, se puede sancionar la amenaza en los supuestos de “*obstaculización de vías de comunicación*” e “*impedir el libre tránsito*”, que son situaciones y ámbitos en los que se desarrolla de manera connatural una protesta. Como la propia ponencia lo indica en el fundamento 82, el derecho a la protesta comprende la facultad de cuestionar “(...) *a través del espacio público*” (...). Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado que la protesta puede involucrar cortes de ruta o generar molestias al derecho a la libre circulación, lo que no la hace ilegal o, peor aún, delictiva.
20. En conclusión, la regulación actual del delito de extorsión prevista en el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal permite sancionar situaciones de “amenaza”, con la discrecionalidad y amplitud con que puede ser interpretado dicho término, en supuestos de “obstaculización de vías de comunicación” e “impedimento del libre tránsito de la ciudadanía”, que constituyen situaciones connaturales con el ejercicio de una protesta, lo que no implica la vulneración de bien jurídico alguno.
21. Como ya lo ha dicho este Tribunal anteriormente respecto del principio de Lesividad en Derecho Penal:

(...) el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad) [Exp. 00019-2005-PI/TC, fundamento 35].
22. De allí que considere que el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal es inconstitucional por vulnerar el principio de taxatividad y lesividad, respecto a la “amenaza” para los supuestos referidos a “*obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía*”.

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

23. De otro lado, advierto que el delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283 del CP) otorga gran discrecionalidad al operador jurídico para poder sancionar a las personas que realizan una protesta, inclusive de forma pacífica.
24. Ello, por cuanto dicho delito sanciona a aquel que “*sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento **del transporte** o de los servicios públicos de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados*” (énfasis agregado).
25. Esto es, **cualquier entorpecimiento al funcionamiento del transporte sin crear una situación de peligro común**, como lo puede ser una marcha pacífica en una avenida congestionada, ya se encuentra previsto por el legislador como delito.

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

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

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

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

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

30. La declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas es perfectamente posible en el marco de un proceso abstracto de inconstitucionalidad. Al respecto, este Tribunal tiene establecido que “a fin de garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional y asegurar la supremacía constitucional, los procesos de inconstitucionalidad tienen como objetivo colateral buscar la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas, que evite la vigencia de normas que, por consecuencia o conexidad con la norma declarada inconstitucional, son también contrarias a la Constitución” (fundamento 9 de la STC 0033-2007- PI/TC).

31. El propio Código Procesal Constitucional en su artículo 78 expresamente establece que “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”. Al respecto, este Tribunal, en más de una oportunidad, ha dicho que el órgano competente para hacer uso de la denominada 'inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia' es el Tribunal Constitucional, y que la etapa procesal para realizar dicho examen es al momento de sentenciar,

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

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

Por tanto, mi voto es por lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad y, por ende:
 - a) **INCONSTITUCIONAL** el término “*u otra ventaja de cualquier otra índole*”, previsto en el primer, tercer, cuarto y sexto párrafo del artículo 200 del Código Penal.
 - b) **INCONSTITUCIONALES** el término “*amenaza*” para los supuestos “*obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía*”, previstos en el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal.
 - c) **INCONSTITUCIONAL** por conexidad el término “*transporte*” previsto en el artículo 283 del Código Penal.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

MIRANDA CANALES

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

Discrepo con la sentencia en mayoría por lo siguiente:

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lima, 16 de junio del 2020

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

1. En primer lugar, considero que no ha sido apropiado analizar lo concerniente al principio de legalidad antes de evaluar si la protesta es o no un atributo iusfundamental, así como los alcances y eventuales límites de este derecho. Ello, no cabe duda, hubiera ayudado a esclarecer si la regulación cuestionada, tal cual está formulada, no terminaba lesionando, debido a su apertura semántica, el ejercicio legítimo del derecho fundamental a la protesta.
2. Asimismo, considero que la modificación introducida al artículo 200 del Código Penal, a través del artículo único del Decreto Legislativo 1237, es contraria al principio de legalidad (*lex certa*, taxatividad), pues se usan cláusulas abiertas y ambiguas que no deja claro lo exactamente proscrito.
3. Con respecto a su carácter ambiguo, la expresión “cualquier beneficio o ventaja económica indebida **u otra ventaja de cualquier otra índole**” (resaltado agregado) no deja claro si tales ventajas de “otra índole” pueden hacer referencia incluso a ventajas, económicas o no, que podrían considerarse como “debidas”, pero que se reclaman como parte del ejercicio del derecho a la protesta.
4. Adicionalmente, en lo que concierne a la apertura de la norma penal, el Tribunal Constitucional ya ha indicado que expresiones como “de cualquier índole” son prima facie abiertas y pueden involucrar la extensión analógica de una norma penal, lo cual se encuentra constitucionalmente proscrito (STC Exp. n.º 00010-2002-AI, ff. jj. 69-72). Conforme a la referida decisión del Alto Tribunal, únicamente se admite este tipo de cláusulas si “el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos” (STC Exp. n.º 00010-2002-AI, f. j. 71), lo cual, definitivamente, no existe en la disposición que se cuestiona. En tal sentido, la demanda debe ser declarada fundada en este extremo, pues se ha trasgredido el principio de legalidad (*lex certa*, taxatividad).
5. Por otra parte, considero que en el proyecto hay una imprecisa explicación en torno a los supuestos en los que el Tribunal Constitucional se encuentra constitucionalmente habilitado para reconocer un derecho fundamental no enumerado, y también al modo en que dichas consideraciones son aplicadas al caso concreto.

6. En efecto, con base en doctrina constitucional que comparto, es posible reconocer un derecho fundamental no enumerado con base en cuatro criterios: *fundamentalidad* (vinculación directa con los principios indicados en el artículo 3 de la Constitución, a saber: dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho y forma republicana de gobierno), *especificidad* (debe especificarse cuáles son las posiciones iusfundamentales amparadas por el derecho), *conformidad constitucional* (el reconocimiento de un nuevo derecho no puede contravenir flagrantemente otros bienes constitucionales) y *excepcionalidad* (únicamente debe acudir al reconocimiento de nuevos derechos si antes no ha sido posible adscribir este contenido en otro derecho constitucional).
7. Si bien el proyecto hace referencia directa a dos de estos criterios en el fundamento 65 (*excepcionalidad* y *fundamentalidad*), también alude a los otros dos, aunque de manera diferente. Sucede que, debido a que los cuatro criterios indicados reconstruyen lo que el Tribunal viene haciendo en la práctica en su mejor jurisprudencia (y tales criterios precisamente son sistematizados con la finalidad de orientar correctamente dicha práctica), todas estas consideraciones aparecen también en el proyecto, aunque quizá sin todo el cuidado analítico que precisa el establecimiento de criterios de tanta importancia como estos.
8. De este modo, en lo que concierne a la *especificidad*, el proyecto se refiere a la identificación de las posiciones iusfundamentales “en sentido estricto”, es decir, a “los concretos atributos que serían exigibles por los titulares del derecho al destinatario de la norma o normas deducidas” (en el fundamento 65, y con mayor detalle en los fundamentos 77 y siguientes). En lo referido a la *conformidad constitucional*, se reconoce el contenido de este derecho, y de su ejercicio, en el marco de la existencia de otros bienes constitucionales que también se encuentran protegidos (cfr. fundamentos 72 y 82); en efecto, conforme a este criterio, solo deben excluirse aquellos contenidos que sean manifiestamente inconstitucionales.
9. Ahora bien, conforme al ya mencionado criterio de excepcionalidad, al ser el reconocimiento de derechos implícitos un mecanismo que debe usarse de manera excepcional, considero que el proyecto hace mal en “crear” un derecho que puede adscribirse interpretativamente como parte del derecho a la participación en la vida política de la Nación. Asimismo, al ser un derecho político, que dinamiza y robustece la democracia, se beneficia de las particularidades que la interpretación de un derecho de este tipo requiere. Por cierto, también discrepo con los fundamentos que se refieren de manera imprecisa a la relación entre el derecho fundamental a la protesta y otros bienes constitucionalmente relevantes, asimismo, a los supuestos de concurrencia (o de “curso de derechos”) de este derecho fundamental con otros.
10. Asimismo, y por último, me aparto diversos fundamentos que se aluden incorrectamente al contenido constitucionalmente protegido de diversos derechos alegados. En especial, me llama la atención que el derecho a “A participar, en forma individual o

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

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 207/2020

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0018-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5 de marzo de 2020

Caso del Tercero de Buena Fe

**CIUDADANOS
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Asunto

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

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

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

I. ANTECEDENTES

- A. Petitorio constitucional
- B. Debate constitucional
 - B-1. Demanda
 - B-2. Contestación de demanda

II. FUNDAMENTOS

- §1. Delimitación de las disposiciones objeto de control constitucional en este caso
- §2. Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad por el fondo alegados en la demanda
 - 2.1. Sobre la supuesta vulneración del derecho de propiedad
 - 2.1.1. Sobre la responsabilidad de notarios, árbitros, jueces y registradores
 - 2.2. Sobre la supuesta vulneración de los principios-derechos de dignidad, libertad individual y libertad contractual
 - 2.3. Sobre la supuesta vulneración de los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado
 - 2.4. Sobre la supuesta vulneración del derecho a la vivienda adecuada
 - 2.5. Sobre la supuesta vulneración del carácter inalienable de los bienes estatales de dominio público, establecida en el artículo 73 de la Constitución

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en sesión de Pleno del 5 de setiembre 2017, y el de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez Votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

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

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

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

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. Demanda

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

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

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

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

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

- La parte demandante alega que la propiedad es el derecho de mayor extensión que el sistema jurídico reconoce a una persona con miras al aprovechamiento y explotación económica de los bienes o realidades del mundo externo; en consecuencia, otorga a su titular las prerrogativas de libertad de uso y disfrute, disposición para modificar el derecho y protección frente a la interferencia ajena o inmunidad.
- Asimismo, los demandantes sostienen que si bien el principio de fe pública registral obra en aras de garantizar la seguridad jurídica, no es menos cierto que éste no debería aplicarse en este tipo de casos, toda vez que el tráfico comercial se realizaría únicamente en virtud de las apariencias de los Registros Públicos, y no por medio de actos lícitos, honestos y regulares.
- Afirman los demandantes que en virtud de la inviolabilidad de la propiedad, el propietario no puede ser perjudicado por una voluntad que nunca prestó, ni siquiera cuando del otro lado se encuentre un tercero de buena fe, que en este caso no es más que un titular aparente, nacido de la falsificación o suplantación; por lo que no existe justificación para que se le otorgue preferencia.
- Alegan los demandantes que el sistema jurídico no puede tolerar que una voluntad inexistente produzca efectos. Esto significa que el derecho de propiedad no puede perderse sin la voluntad del titular, por medio de la ilícita superposición de un falsario, pues esto vulneraría la dignidad humana, la libertad individual y la libertad contractual.
- También, indican los demandantes que si las víctimas, estafadas por los falsificadores, son el tercero que obró de buena fe y el propietario legítimo, este último no debería resultar perjudicado con la pérdida de su propiedad. Por el contrario, debería ser el Estado quien indemnice al perjudicado por mantener “notarios descuidados” o por el “error” que cometen los registradores al inscribir documentos falsificados.
- Sostienen que no existe libre mercado ni libre iniciativa privada propios de la economía social de mercado si los agentes económicos no pueden intercambiar voluntariamente sus bienes, con pleno respeto a la dignidad, libertad, libertad contractual y a la propiedad. Por ello, no puede restringirse el derecho de propiedad a causa de la falsificación de documentos y suplantación de identidad del propietario legítimo.
- Alegan los demandantes que, si tanto el propietario como el tercero de buena fe son inocentes y víctimas del fraude, ambos se encuentran en una misma posición valorativa; por lo que resulta contradictorio que se perjudique, sin razón justificativa, al propietario legítimo.
- En ese sentido, alegan que el tercero no debería ocupar una mejor posición jurídica frente al propietario legítimo, dado que ambos han actuado de buena fe y confiaron honestamente en el registro.

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

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

B-2. Contestación de la demanda

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

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

II. FUNDAMENTOS

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

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

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

“Artículo 1. Objeto de la Ley

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

3. De la disposición glosada se desprende que su propósito es combatir la inseguridad jurídica producto de la transferencia ilícita de bienes en los supuestos de falsificación documentaria y de suplantación de identidad de un legítimo propietario, mediante los siguientes mecanismos enunciados en la aludida disposición: i) la oposición al procedimiento registral; y, ii) la cancelación del asiento registral.
4. Respecto al primer supuesto, y de conformidad con el artículo 31 del Reglamento de la Ley 30313, aprobado por el Decreto Supremo 10-2016-JUS, y publicado el 23 de julio de 2016 en el diario oficial *El Peruano*, se advierte que el administrado está facultado para oponerse al procedimiento de inscripción registral en trámite a fin de que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante Sunarp) ordene la tacha del título por falsificación de documentos o suplantación de identidad.
5. En relación con el segundo supuesto, y en atención a lo establecido en los artículos 46 y 47 del referido reglamento, la cancelación registral no busca cuestionar el procedimiento de inscripción, tal como es el caso de la oposición registral. Por el contrario, tiene por finalidad dejar sin efecto un asiento registral irregular extendido en cualquiera de los registros a cargo de la Sunarp, en los supuestos de falsificación documentaria y/o suplantación de identidad.
6. Asimismo, el artículo 5 y la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del artículo 2014 del Código Civil, establecidos en la ley en mención, disponen lo siguiente:

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

7. Ahora bien, corresponde precisar que, de la revisión de la demanda y de su modificación, se desprende que los extremos realmente cuestionados de la Ley 30313 están relacionados con los supuestos de cancelación del asiento registral por causa de falsificación documentaria y/o suplantación de identidad. Efectivamente, los demandantes en todo momento han manifestado que es inconstitucional que los efectos de la cancelación antes mencionada no alcancen ni afecten la posición jurídica del tercero de buena fe. Así, se advierte que los ciudadanos solicitan a este Tribunal que:
 - i. Se declare inconstitucional el artículo 5 de la Ley 30313 en cuanto establece que los efectos de la cancelación registral dispuesta en supuestos de falsificación documentaria y/o suplantación de identidad no perjudican al tercero de buena fe. Es decir, se cuestiona en realidad el primer extremo del referido artículo antes citado; y,
 - ii. Se declare la inconstitucionalidad del término “cancele” así como el sentido interpretativo en virtud del cual el vocablo “anule” comprende las causas de nulidad por falsedad documentaria o suplantación de identidad, establecidos en la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30313, en el extremo que modifica el artículo 2014 del Código Civil.
8. Como referencia inicial, este Tribunal advierte que a través de la Ley 30313, el legislador pretendía evitar que el tercero de buena fe sea perjudicado por la cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas en supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad. De lo contrario, de conformidad con el demandado, ello solo produciría incertidumbre en la circulación de bienes inmuebles, alterando así el tráfico comercial y, en consecuencia, el desarrollo económico del país.
9. Ambas modalidades ilícitas, en realidad, fueron utilizadas para forzar la circulación de bienes inmuebles, configurándose así un grave problema legal y social en nuestro país. De ahí que el legislador haya querido enfrentar dicha problemática a través de un conjunto de iniciativas legislativas, como los proyectos de ley que dieron origen a la Ley 30313, que se muestran a continuación:

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

10. Ahora bien, esta problemática muestra que el sistema registral en nuestro país ha atravesado por etapas en las que sus debilidades permitieron que documentos falsificados o emitidos sobre la base de la suplantación de identidad sean inscritos, en detrimento de propietarios originarios, temática aludida en los argumentos de los demandantes cuando cuestionan las disposiciones objeto de control constitucional en este caso.
11. De esta manera, la dilucidación de la presente controversia constitucional está relacionada directamente con la evaluación en torno al efectivo cumplimiento o no por parte del Estado, a través de las disposiciones cuestionadas de la Ley 30313, de su deber de garantizar el derecho de propiedad y la seguridad jurídica en el marco de la transferencia de bienes inmuebles.
12. Explicado lo anterior, este Tribunal analizará a continuación si las disposiciones cuestionadas han vulnerado o no los derechos fundamentales y principios constitucionales invocados en la demanda, como son: el derecho a la propiedad, la dignidad, la libertad y libertad contractual, los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado, el derecho a la vivienda adecuada y la inalienabilidad de los bienes de dominio público.

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

2.1. Sobre la supuesta vulneración del derecho de propiedad

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

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada
 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.
14. Desde la perspectiva del derecho civil, el derecho a la propiedad también es concebido como aquella potestad jurídica que permite a todo individuo usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. En consecuencia, en virtud del derecho a la propiedad, una persona puede servirse del bien, percibir las ganancias que se generen con éste y darle el destino que considere pertinente de acuerdo a sus intereses.
15. Ahora bien, un modelo de Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la concurrencia de derechos y principios que orientan el actuar público y privado, a fin

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

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

“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. **Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.** A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.” [Énfasis agregado]

17. Como se puede apreciar, la Constitución Política de 1993 garantiza que el derecho a la propiedad sea ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites legales. Esto, claro está, hace referencia a la función social del derecho a la propiedad (Sentencia 0008-2003-PI/TC, fundamento 26).
18. En atención a los fines del Estado Social y Democrático, la Constitución reconoce la función social de la propiedad, que se sustenta en la doble dimensión de este derecho, como derecho subjetivo y como un instituto y valor objetivo que informa el ordenamiento jurídico. Las actuaciones legítimas que de dicha función social se deriven pueden exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.
19. Por estas consideraciones, este Tribunal reafirma que el derecho a la propiedad es, esencialmente, un derecho de toda persona y, a la vez, un principio constitucionalmente garantizado (Sentencia 0008-2003-PI/TC, fundamento 26). De esta manera, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia (Sentencia 0864-2009-AA/TC, fundamento 20).
20. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política (Sentencia 5614-2007-AA/TC, fundamento 7).
21. Siendo ello así, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente desde la óptica de los intereses particulares, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente su función social, esto es, su relación con el bienestar general.

22. Respecto a las limitaciones del derecho a la propiedad, este Tribunal ha indicado que existen restricciones admisibles para el goce y ejercicio este derecho, las mismas que deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución, sin otras excepciones (Sentencia 0864-2009-AA/TC, fundamento jurídico 20).
23. Indicado lo anterior, corresponde evaluar lo sostenido por los demandantes en el sentido de que a través de la aplicación de las disposiciones impugnadas se estarían legitimando los actos ilícitos de las mafias inmobiliarias, en los supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad, a favor del tercero de buena fe y en detrimento de los propietarios originarios. En concreto, los demandantes plantean lo siguiente:
- i) Primer paso: B, quien mediante falsificación documentaria o suplantación de identidad, aparenta haber celebrado un contrato para adquirir el bien inmueble de A;
 - ii) Segundo paso: B realiza un procedimiento de inscripción registral para que en Registros Públicos aparezca como propietario del bien que originalmente le pertenecía a A;
 - iii) Tercer paso: C, quien desconoce de la ilicitud de la operación que antecede a la que él realiza y, por ello, goza de la presunción de buena fe, celebra un contrato de compraventa con B.
24. Específicamente, con relación al principio de fe pública registral, los demandantes señalan que éste no debe resultar aplicable en el escenario antes descrito por cuanto la nulidad generada en el primer paso producto de la falsificación documentaria o suplantación de identidad debe alcanzar también al tercer paso; es decir, al contrato celebrado entre B y C.
25. Al respecto, este Tribunal debe precisar que lo afirmado por los demandantes respecto a los alcances de la alegada nulidad generada en el primer paso no tiene relación directa ni constituye un elemento relevante para el análisis de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en la presente controversia. En efecto, el parámetro de control en el presente caso está comprendido por el contenido constitucionalmente protegido y/o núcleo duro de los derechos y principios constitucionales mencionados *supra*, a saber, el derecho a la propiedad, la dignidad, la libertad y libertad contractual, los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado, el derecho a la vivienda adecuada y la inalienabilidad de los bienes de dominio público según lo establecido en el artículo 73 de la Constitución.
26. Por otro lado, los demandantes alegan que en aplicación de las disposiciones impugnadas, el propietario original, siempre y en todos los casos, se encontraría en una situación de desprotección e indefensión y que los medios disponibles que ofrece la Sunarp

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

27. Lo anterior se encuentra relacionado directamente con la seguridad jurídica que, en principio, brinda la inscripción de la propiedad en los registros públicos. Al respecto, en la Sentencia 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC (acumulados), este Tribunal ha tenido oportunidad de indicar que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (fundamento 3).
28. Así, en dicha sentencia, este Colegiado reconoció que la inscripción registral del derecho de propiedad dota de seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho (fundamento 4). Es así que lo que aparece en los registros públicos se presume como cierto.
29. De esta forma, se busca brindar garantías a ambas partes: al propietario original, quien debería mantener la titularidad ante el registro, salvo posteriores transferencias que realice sobre su propiedad; y al tercero que de buena fe confía en el registro para adquirir bienes.
30. De modo que, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución reconoce, se requiere poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y con ello tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que le son consustanciales (Sentencia 0016-2002-AI/TC, fundamento 5).
31. En suma, si bien en el pasado, este Tribunal ha sostenido que era la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trascendía su condición de tal y se convertía en una garantía para la creación de riqueza (Sentencia 0016-2002-AI/TC, fundamento 5), también fue cuidadoso en señalar que la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es de que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extra registral (Sentencia 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC y acumulados, fundamento 4).
32. Por ello, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho a la propiedad, de forma tal que se cuente con los mecanismos indispensables para combatir los actos ilícitos que atenten contra los derechos de los propietarios.
33. Precisamente, en atención a esto último, este Tribunal advierte que la realidad actual plantea que en determinados supuestos ello, por sí mismo, no basta para garantizar los derechos del propietario como tampoco es suficiente para coadyuvar al desarrollo económico de la sociedad, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

34. Así, al grave problema social en relación a la propiedad, reconocido en el pasado por este Tribunal y caracterizado por el considerable número de propietarios en nuestro país que no poseen un título de propiedad inscrito en registros públicos, situación que impide ejercer a plenitud el derecho a la propiedad constitucionalmente reconocido, se suman otros problemas igualmente alarmantes y que socavan las bases del Estado Constitucional de Derecho, como es el caso de la corrupción, expresada, en relación al caso que nos ocupa, en las actuaciones ilícitas que se materializan con la falsificación de documentos y con la suplantación de identidades de los propietarios originarios.
35. De esta forma, en tales escenarios, la inscripción en los registros públicos de un título de propiedad, que como se ha indicado previamente, dota en principio de seguridad jurídica, resulta insuficiente si es que el propietario no mantiene una conducta diligente en relación al registro. Al respecto, es de conocimiento de este Tribunal que la Sunarp ofrece mecanismos gratuitos para proteger la propiedad, tales como el servicio de alerta registral, el cual comprende a su vez: i) la alerta de inscripción y ii) la alerta de publicidad.
36. Por lo expuesto, si se considera que el ejercicio de derechos, como la propiedad, implica también el cumplimiento de deberes, entonces, le corresponde al propietario el cumplimiento de un deber de diligencia con relación al registro, haciendo uso de los mecanismos gratuitos que el Estado, a través de la Sunarp, ha puesto a su disposición para el resguardo de su propiedad.
37. De manera complementaria a lo anterior, resulta meridianamente claro que, en principio, si bien la inscripción en los registros públicos brinda seguridad jurídica al bien inscrito, también es cierto que el correcto funcionamiento del sistema registral exige de parte de los notarios, árbitros, jueces y registradores un adecuado ejercicio de sus funciones y deberes de especial diligencia, siendo, en todo caso, el propietario el principal interesado en la protección jurídica de su propiedad.
38. Sin embargo, si bien ello debe ser así como regla general, este Tribunal no puede ignorar el hecho de que no necesariamente todos los propietarios se encuentran en igualdad de condiciones para poder cumplir con los deberes de diligencia antes mencionados, lo que evidentemente guarda relación con la situación socioeconómica, cultural y educativa de quien es propietario.
39. A ello debe añadirse que este Tribunal no puede dejar de reconocer que los actos de corrupción al interior de las instituciones públicas, especialmente en los últimos años, han obstaculizado el cumplimiento de los fines que son ínsitos al Sistema Nacional de Registros Públicos, como “mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran”, según lo establecido en el artículo 1 de la Ley 26366, “Ley de creación del Sistema Nacional de Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos”.

40. Así, en no pocos casos, incluso la diligencia de los propietarios, en tanto deber correlato del ejercicio del derecho de propiedad, no resulta ser suficiente para contrarrestar de manera efectiva los peligros reales que dimanan de la existencia de organizaciones criminales en la sociedad, las que, incluso, pueden llegar a infiltrarse en las instituciones públicas afectando el interés general.
41. En consecuencia, este Tribunal considera que el deber de diligencia exigible a los propietarios, como regla general de actuación, debe ser reforzado con medidas implementadas desde el Estado, no solamente en aras de proteger a los titulares del derecho y a la propiedad como instituto y valor del ordenamiento jurídico, sino también, en cumplimiento del mandato constitucional de lucha contra la corrupción, sea ésta pública o privada.
42. Al respecto, si bien este Tribunal ha enmarcado este mandato constitucional como principalmente exigible en el ámbito de las instituciones públicas en variada jurisprudencia (Sentencias 0009-2007-AI/TC y 0010-2007-AI/TC, acumulados, fundamentos 57 y 58; Sentencia 0017-2011-PI/TC, fundamento 15-16), también es cierto que dicho mandato surte plenos efectos frente a los poderes privados, en aplicación del principio de fuerza normativa de la Constitución, que caracteriza a un Estado Constitucional de Derecho.
43. Ahora bien, una de las medidas implementadas desde el Estado para hacer frente a la problemática de la falsificación de documentos y suplantación de identidad ante los registros públicos, a criterio del demandado, sería precisamente la Ley 30313, cuyo artículo 5 y Primera Disposición Complementaria y Modificatoria son objeto de control de constitucionalidad en el presente caso, en los extremos detallados *supra*.
44. Lo que objetan los demandantes, sin embargo, es que dichas disposiciones, en los supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad ante los registros públicos, a través de la aplicación del principio de la fe pública registral, menoscaban el goce y ejercicio del derecho de propiedad de las víctimas de tales actos delictivos, en beneficio de un tercero que, presuntamente, desconocía de la ilicitud de tales actos al momento de adquirir el bien inmueble.
45. En relación a esto último, como dispone el propio artículo 2014 del Código Civil, “la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”. De esta manera, la figura de la buena fe del tercero, en tanto presunción *iuris tantum*, constituye una opción del legislador que se encuentra dentro del marco de lo constitucionalmente posible y que responde al fin constitucional de favorecer la seguridad jurídica, en tanto principio implícito del ordenamiento estatuido por la Norma Fundamental, en el ámbito de la transferencia de bienes, todo ello a fin de fomentar las transacciones comerciales, por cuanto es deber del Estado estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de comercio e industria, según lo establecido en el artículo 59 de la Constitución.
46. Pero más allá de ello, también se advierte la presunción *iuris tantum* de exactitud y certeza de lo inscrito en los registros públicos. Presunción esta última que, como tal,

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

Artículo 2013. Principio de legitimación

El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.

El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.

La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.

47. En suma, si un propietario cumple con su deber de mantener actualizado el registro del bien inmueble que le pertenece y emplea los mecanismos que actualmente provee la SUNARP para acceder de manera gratuita al estado de las partidas registrales y a la información correspondiente; y si a ello se añade que la adquisición de la propiedad del tercero requiere, para configurarse, del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, entonces, puede concluirse válidamente que la opción del legislador de haber establecido en el ordenamiento jurídico el principio de fe pública registral no vulnera la Constitución.
48. Sin embargo, también es cierto que los supuestos especiales de falsificación de documentos y suplantación de identidad, en la medida que son ilícitos penales, colocan al propietario que es víctima de tales actos en una posición de desventaja real difícilmente superable dada la eventual complejidad de la organización delictiva que comete este tipo de delitos.
49. De esta manera, no bastaría, en principio, la diligencia y el eventual escrupuloso cumplimiento de la ley para hacer frente de manera eficaz a la criminalidad en un caso concreto de esta naturaleza.
50. Esta conclusión se ve reforzada si se tiene en cuenta que, en caso se produzca la falsificación de documentos y/o la suplantación de la identidad del propietario materializadas a través de actos viciados en trámite de inscripción o ya inscritos, en aplicación de la propia Ley 30313, aquél no podría actuar directamente, sea para formular oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite, o sea para solicitar la cancelación del asiento registral, toda vez que ello corresponderá a las autoridades o funcionarios involucrados en dichos actos viciados.
51. Al respecto, debe tomarse en cuenta el contenido de los artículos 2, 3.1 y 4.2. de la Ley 30313:

Artículo 2. Naturaleza del procedimiento de inscripción registral:

(...) Únicamente cabe admitir el apersonamiento de autoridades o funcionarios al procedimiento de inscripción en trámite para plantear su oposición por suplantación de identidad o falsificación de documentos, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

Artículo 3. Formulación de oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite.

3.1. Solo se admite el apersonamiento del notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro al procedimiento de inscripción registral en trámite en los casos de suplantación de identidad o falsificación de documentos, mediante la oposición a éste sustentada exclusivamente en la presentación de los siguientes documentos, según corresponda (...).

Artículo 4. Supuestos especiales de cancelación de los asientos registrales

4.2. La solicitud de cancelación de asiento registral solo es presentada ante los Registros Públicos por notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro, según corresponda, que emitió alguno de los documentos referidos en los literales a, b, c, d y e del párrafo 3.1 del artículo 3.

52. Siendo ello así, en atención a todo lo previamente expuesto, este Tribunal considera que una interpretación armónica del derecho de propiedad y del principio de seguridad jurídica conlleva a sostener que en los casos en los que fehacientemente el propietario haya sido víctima de falsificación de documentos y/o suplantación de identidad, para la configuración de la buena fe del tercero, será indispensable haber desplegado una conducta diligente y prudente desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de la observancia, claro está, de los propios requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código Civil, en los términos en los que ha sido modificado por la Ley 30313, como por ejemplo, la escrupulosa revisión de los asientos registrales y de los títulos archivados.
53. Esto último constituye un elemento justificado por la naturaleza de las cosas, en los términos antes explicados, para que se configure la buena fe del tercero de acuerdo con el artículo 2014 del Código Civil, modificado según la ley antes citada.
54. De esta forma, únicamente podrá considerarse configurada la buena fe del tercero, en estos supuestos, cuando la apariencia de titularidad sea tal que, razonablemente, no sea posible para el común de las personas identificar la inexactitud del registro por causa de falsificación de documentos y suplantación de identidad.
55. A mayor abundamiento, cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico peruano se han expedido normas con la finalidad de dotar de contenido a la diligencia y prudencia exigidas al tercero para la adquisición de bienes cuyo origen está relacionado con ciertas actividades ilícitas, como las que atentan contra la administración pública, las actividades vinculadas a la criminalidad organizada, entre varias otras.

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

Artículo 66.- Tercero de buena fe

Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:

66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.

66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.

66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurren las siguientes circunstancias:

- a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.
 - b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.
 - c) Concurrir declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos.
57. Pero más allá de las exigencias normativas previamente detalladas que son necesarias para la configuración de la buena fe en los términos del artículo 2014 del Código Civil, según se trate de bienes relacionados con los ilícitos a los que se refiere el Decreto Legislativo 1373, corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado también, en diversas resoluciones que ha expedido, algunos criterios para determinar si se ha configurado la buena fe del tercero en cada caso.
58. Así, en la Casación 3098-2011-Lima, de fecha 30 de julio de 2012, la Corte Suprema refirió en el fundamento décimo cuarto lo siguiente:

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

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

59. Este criterio ha sido reiterado en la Casación 3187-2013-Cajamarca, de fecha 22 de octubre de 2014 (fundamento décimo) y en la Casación 1589-2016-Lima Norte, de fecha 9 de mayo de 2017, en cuyo fundamento sexto se indicó además “que el recurrente conocía de la posesión de la demandante, siendo que un comprador diligente no solo intenta conocer quién ocupa el inmueble que pretende adquirir, sino a título de qué lo ocupan”.
60. En esa misma línea, se encuentra la Casación 105-2016-Santa de fecha 4 de octubre de 2017 (fundamento cuarto) y, especialmente, la Casación 1430-2016-Lima, de fecha 21 de marzo de 2018 (fundamento vigésimo), resolución en la que los jueces supremos respaldaron la conclusión según la cual en el caso concreto no se había configurado la buena fe de los demandados por cuanto estos se encontraron en la posibilidad razonable de conocer quiénes eran los poseedores del inmueble *sub litis* así como el título que ostentaban.
61. Así también, además de reiterar el criterio esbozado en las resoluciones previamente citadas, en la Casación 11620-2016-Junín, de fecha 27 de marzo de 2018, se indicó en su fundamento 6.9 que:

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

62. En atención a todo lo previamente indicado, este Tribunal reafirma que la exigencia de diligencia y prudencia antes requeridas, en escenarios de falsificación de documentos y la suplantación de identidad en perjuicio del propietario original, no solo es coherente con los requisitos de las disposiciones normativas relativas a la configuración de la buena fe del tercero cuando el bien está relacionado con ciertas actividades ilícitas, como se ha indicado previamente, sino que también resulta conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema desarrollada en torno al contenido y alcances del artículo 2014 del Código Civil.
63. En todo caso, no puede perderse de vista que la exigencia de determinados requisitos para la configuración de la buena fe del tercero, especialmente en escenarios donde el propietario ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad, debe tener en cuenta, necesariamente, las particularidades y características de cada caso concreto.

64. Por otro lado, en escenarios en los que la víctima de los actos delictivos deja de ser propietario en aplicación del aludido artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313, y se encuentre en situaciones de especial vulnerabilidad que hayan dificultado el cumplimiento de su deber de diligencia, como puede ser la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, corresponderá al juez, en caso de controversia, sustentar su decisión a través del desarrollo de una motivación cualificada.
65. Ello se debe a que, con dicha decisión, se estaría incidiendo negativamente en un derecho fundamental, como la propiedad, de personas que no se encuentran en igualdad de condiciones respecto de los demás miembros de la sociedad.
66. Así, este deber de motivación cualificada en tales casos, responde a dos exigencias: al derecho a la debida motivación de los justiciables, pero también, a la fuerza normativa del derecho que es objeto de restricción por el órgano jurisdiccional.
67. Por lo tanto, los extremos cuestionados del artículo 5 y de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30313 son constitucionales en tanto se considere que para la configuración de la buena fe del tercero resulta indispensable que éste haya desplegado una conducta diligente y prudente, en todas las etapas, además del pleno cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313.
68. En atención a lo anterior, corresponde desestimar dicho extremo de la demanda.

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

69. Lo indicado previamente en relación a cómo deben interpretarse las disposiciones cuestionadas a partir de la publicación de la presente sentencia no obsta que este Tribunal desarrolle algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los notarios, árbitros, jueces y registradores.
70. En primer lugar, con respecto a los notarios, el Decreto Legislativo 1049, “Decreto Legislativo del Notariado” y sus modificatorias han establecido los supuestos en los cuales éstos son responsables en sede administrativa (artículo 144), en sede civil y en sede penal (artículo 145). Asimismo, los tres tipos de responsabilidad pueden concurrir de forma simultánea; toda vez que, en virtud del artículo 146 del citado Decreto Legislativo, cada uno de ellos es independiente.
71. De esta manera, se observa sobre el particular que en el ordenamiento jurídico peruano se cuenta con disposiciones sobre la responsabilidad de los notarios. Sin embargo, no puede perderse de vista que toda regulación sin una adecuada aplicación no puede cumplir los fines que le son ínsitos.
72. En ese sentido, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado deberán sancionar ejemplarmente la conducta de los notarios que dolosamente o por negligencia afecten el derecho de propiedad.

73. En segundo lugar, con respecto a los árbitros, si bien el artículo 32 del Decreto Legislativo 1071, “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, se refiere a la causal de responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por dolo o culpa inexcusable en el ejercicio de sus atribuciones, este Tribunal advierte que resulta razonable considerar que en determinados casos los árbitros pueden incurrir en supuestos de responsabilidad civil y penal, lo que corresponderá ser determinado por el legislador democrático.
74. Efectivamente, cuando los árbitros dirimen conflictos pueden cometer ilícitos que ameriten que el legislador regule en determinado sentido la responsabilidad de éstos, en materia civil y penal, con la finalidad de prevenirlos y evitar, que en situaciones como las reguladas por las disposiciones cuestionadas en el presente proceso, de falsificación de documentos y suplantación de identidad, se amenace o vulnere el derecho de propiedad.
75. En tercer lugar, en el caso de los jueces, debe recordarse que de acuerdo al artículo 200 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, se tiene que:

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

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

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

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

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

Artículo 516.- Obligados al resarcimiento.- La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio.

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

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

79. En cuarto lugar, en lo que respecta a los registradores, debido a las consecuencias que genera el sistema registral en el derecho de propiedad de las personas, éstos resultan responsables en caso de errores. Así, el literal d) del artículo 3 de la Ley 26366, “Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos”, señala que son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos “la indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley”. Asimismo, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, los registradores también pueden ser sancionados administrativa y penalmente.
80. Mención especial merece la comisión del delito de falsificación de documentos, establecido en el artículo 427 del Capítulo I del Título XIX “Delitos contra la fe pública” del Código Penal, en los que pueden incurrir los notarios, árbitros, jueces y registradores en calidad de autores o coautores.
81. Explicado lo anterior, si bien el ordenamiento jurídico peruano en la actualidad ha previsto mecanismos legales para prevenir y, eventualmente, para sancionar a los notarios, a los jueces y registradores, no se advierte una regulación suficiente que pueda prevenir la comisión de ilícitos por parte de árbitros y registradores, lo que constituye, en atención a los derechos y bienes constitucionales en juego, una tarea pendiente del legislador.
82. En todo caso, además de ello, este Tribunal estima pertinente reiterar que los notarios, árbitros, jueces y registradores deben ejercer sus atribuciones de conformidad no solo con la ley, sino especialmente con la Constitución y los derechos y principios que ella consagra como la propiedad y la seguridad jurídica.

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

83. Los demandantes alegan que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente afectan los principios-derechos de dignidad, libertad y libertad contractual en tanto arbitrariamente invaden la esfera de libertad del ser humano.
84. Sobre lo primero, el artículo 1 de la Constitución establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Así, el principio-derecho de dignidad constituye la piedra fundante de nuestro edificio constitucional.
85. En relación con lo anterior, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 10087-2005-PA/TC que:

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

86. Siendo ello así, en la medida que los extremos de las disposiciones cuestionadas, en tanto se interpreten en el sentido establecido *supra*, garantizan no solo la seguridad jurídica que requiere una persona en calidad de tercero de buena fe en la realización de sus transacciones, sino también la protección del derecho de propiedad de quien es propietario inicialmente y luego resulta víctima de la falsificación de documentos y suplantación de identidad, puede sostenerse válidamente, entonces, que independientemente de la posición de la persona en relación a tales supuestos, sea propietario original o tercero de buena fe, dicha regulación no tiene como presupuesto la consideración de aquéllos como simples instrumentos del tráfico comercial.
87. Antes bien, la interpretación de las disposiciones cuestionadas determinada por este Tribunal responde a la finalidad de no vaciar de contenido los derechos fundamentales y principios constitucionales involucrados, como es el caso de la propiedad y la seguridad jurídica.
88. Por consiguiente, corresponde desestimar dicho extremo de la demanda.
89. Los demandantes también sostienen que los extremos de las disposiciones cuestionadas vulneran el derecho a la libertad individual por las razones antes expuestas.
90. Al respecto, el derecho a la libertad individual como derecho fundamental, reconocido en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución es un presupuesto esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, que encuentra fundamento a su vez en el reconocimiento del principio-derecho de dignidad humana.
91. El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993 “está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado” (Cfr. Sentencia 0032-2010- PI/TC, fundamento 17).
92. En efecto, si el fin supremo de nuestra sociedad y nuestro Estado es la defensa de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política), y solo se es plenamente digno

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

93. Como todo derecho fundamental, la libertad individual no es ilimitada, pues se encuentra sujeta a la posibilidad de restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado Constitucional, como lo son otros derechos, principios y valores constitucionales.
94. En el presente caso, se advierte que las disposiciones cuestionadas no inciden directamente en la autonomía moral de los sujetos en el desarrollo de sus opciones de vida; antes bien, se trata de disposiciones cuyo objeto de regulación se enmarca dentro de la esfera patrimonial de las personas, proveyendo reglas que faciliten el tráfico comercial sin afectar irrazonablemente la propiedad, tal y como se ha interpretado previamente.
95. De esta manera, el Tribunal Constitucional no aprecia que las disposiciones cuestionadas incidan de forma negativa, directa y concreta en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual. Por lo tanto, en atención a lo anterior, corresponde desestimar la demanda en el citado extremo.
96. Los ciudadanos indican que los extremos de las disposiciones cuestionadas han vulnerado también el derecho a la libertad de contratación.
97. Al respecto, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, “siempre que no contravengan leyes de orden público”. Sobre ello, este Tribunal, tomando en consideración lo establecido en el Código Civil, ha establecido que el derecho a la libre contratación alude al acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, la misma que es de carácter patrimonial (Sentencia 2736-2004-AA/TC, fundamento 9).
98. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, *prima facie*:
 - i. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante.
 - ii. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (fundamento 9).
99. En relación a los límites de este derecho, este Tribunal tiene establecido que:

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

conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos (Sentencia 2670-2002-AA, fundamento 3).

100. Así las cosas, el orden público al que se refiere el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución conlleva a considerar que la libertad de contratación no puede ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales.
101. En el marco de lo previamente indicado, este Tribunal advierte que los extremos de las disposiciones cuestionadas no inciden de manera negativa y directa en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libre contratación en la medida que las mismas no tienen como objeto obstaculizar o impedir la celebración de un contrato o la potestad de elegir al cocelebrante, ni tampoco alterar, entorpecer, menoscabar o imposibilitar el común acuerdo sobre la materia que es objeto de regulación contractual.
102. Antes bien, este Tribunal advierte que las aludidas disposiciones no regulan materias relacionadas con la celebración de contratos, sino que se encuentran referidas a establecer, cuándo, válidamente, en nuestro ordenamiento jurídico, un tercero adquiere la propiedad de un bien, aun en supuestos en los que el propietario original ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad, todo ello sobre la base del principio de fe pública registral, cuyos alcances han sido objeto de interpretación por este Tribunal, de acuerdo a lo establecido *supra*.
103. En todo caso, si bien puede sostenerse que estas disposiciones tienen efectos respecto de las transacciones comerciales que se celebran en el mercado, lo cierto es que, más allá del impacto económico que pudieran tener al respecto y que en principio tiene toda regulación sobre asuntos patrimoniales, ello no genera una afectación inmediata y concreta en la libertad de contratar.
104. Por tales razones, debe declararse infundado este extremo de la demanda.

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

105. Los demandantes alegan que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente también afectan los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado.
106. Al respecto, el régimen económico se encuentra desarrollado en el Título III de la Constitución. Efectivamente, el constituyente estableció en los artículos 58 y siguientes de la Constitución, principios y directrices con alto grado de indeterminación pero que, en conjunto, configuran el hilo conductor constitucional que sirve de guía a la actuación estatal en materia económica (Sentencia 0034-2004-PI/TC, fundamento 26).

107. Entre ellos se encuentra el artículo 58 de la Constitución, que ha reconocido el principio-derecho a la libre iniciativa privada en el marco de una economía social de mercado, en los términos siguientes: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos, e infraestructura [...]”.
108. El Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la libre iniciativa privada, en tanto derecho, comprende, entre otras posiciones iusfundamentales, la facultad de toda persona natural o jurídica, de emprender y desarrollar, con plena autonomía, cualquier actividad económica de su preferencia, a través de la disposición e intercambio de bienes, con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material (Sentencia 02111-2011-AA/TC, fundamento 11).
109. Asimismo, el Tribunal ha reconocido que esta faceta de la libertad debe ser coherente con la garantía de posibilidades adecuadas de autorrealización para el ser humano en todos los ámbitos de su personalidad (Sentencia 0011-2013-PI/TC, fundamento 17).
110. Por ello, el Tribunal ha enfatizado que esta libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco de la Constitución, sino como parte integrante de ella y, en particular, de la directriz que contiene el artículo 58 de la Constitución (Sentencia 0011-2013-PI/TC, fundamento 18).
111. Además, en lo correspondiente a la economía social de mercado, conviene señalar que este Tribunal, en la Sentencia 0008-2003-AI/TC, ha desarrollado su contenido determinando que en dicho sistema económico *“imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”* (fundamento 16).
112. Bajo este sistema, que se instaura sobre la base de un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), éste tiene el deber de orientar el desarrollo y promover las distintas áreas relativas a lo económico, político, social y cultural, atendiendo siempre al respeto del goce y disfrute de los derechos fundamentales. En cuanto al elemento social de esta forma de Estado, éste ha constituido “un logro de luchas sociales (...) que integraba políticamente (incluso constitucionalmente) las aspiraciones de derechos sociales reivindicadas largamente por partidos, sindicatos y colectivos defensores de los derechos sociales básicos: seguro médico, educación, pensiones de jubilación (...)”¹. En lo que respecta al elemento democrático, éste

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

refuerza la importancia de las instituciones jurídico-políticas y de la sociedad civil, en atención a los verdaderos intereses generales, que comprenden legítimos intereses individuales², canalizados a través de la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

113. Así, en el Estado Social y Democrático de Derecho, la Economía Social de Mercado constituye una de las opciones posibles frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos, con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, accionar que se complementa con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material en las condiciones de vida (STC 0228-2009-AA, fundamento 28), además de fundamentarse en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).
114. A tal efecto, la economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:
 - i. Bienestar social: lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso;
 - ii. Mercado libre: lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios; y,
 - iii. Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social (Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 13).
115. Explicado lo anterior, este Tribunal considera que las disposiciones cuestionadas no inciden negativamente en la facultad de toda persona de emprender y desarrollar autónomamente cualquier actividad económica de su preferencia, mediante la disposición e intercambio de bienes, con fines de lucro.
116. En efecto, como ya se ha explicado anteriormente, la regulación establecida en dichas disposiciones únicamente tiene por finalidad determinar bajo qué requisitos un tercero adquiere la propiedad de un bien en nuestro país, aun en supuestos en los que el propietario original ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad. Ello propiamente no menoscaba o impide que los destinatarios de la norma desarrollen la actividad económica de su elección.

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

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

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

119. Los demandantes alegan también que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente vulneran el derecho a la vivienda adecuada.
120. Al respecto, este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad en torno a la *ratio fundamentalis* del derecho a la vivienda adecuada. Sin embargo, ello no obsta que en esta oportunidad se desarrollen argumentos a favor de su plena exigibilidad en el ordenamiento jurídico peruano.
121. Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio-derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución).
122. Asimismo, corresponde destacar que el Estado peruano ha asumido obligaciones internacionales en relación al respeto, protección, aseguramiento y promoción de este derecho. Para comenzar, y sin ánimo de exhaustividad, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, ratificado por el Estado peruano, ha establecido en el inciso 1 de su artículo 11 que:
1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda* adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (cursiva agregada).
123. También, según el inciso 3 del artículo 27 de la “Convención de Derechos del Niño”, ratificada por el Estado peruano:
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario,

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

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

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

d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de *vivienda pública* (cursiva agregada).

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

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

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

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

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

(...) el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda (...) constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto⁴.

127. Entre tales factores se encuentran según dicho Comité:

- a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. *Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.* Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados (cursiva agregada);
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición (...);
- c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas (...);
- d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad (...);
- e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda (...);
- f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales (...); y,
- g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda (...)⁵.

⁴ Ibíd., párr. 8.

⁵ Íd.

128. Con base a lo anterior, este Tribunal identifica, cuando menos, los siguientes aspectos básicos que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vivienda adecuada:
- i. El derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada;
 - ii. El derecho a no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vivienda
129. En el primer caso, el derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada exige la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a una vivienda adecuada en los términos indicados *supra*, esto es, que cuente con disponibilidad de servicios indispensables para vivir, una infraestructura apropiada para ser habitada, que ello implique gastos soportables y se permita la expresión de la identidad cultural de los habitantes, entre otros. Al respecto, corresponde precisar que la satisfacción de este aspecto del derecho a la vivienda adecuada se desarrolla progresivamente y según las posibilidades reales del Estado, manifestándose a través de medidas concretas y evaluables.
130. El segundo aspecto de este derecho se manifiesta como la proscripción de ser privado(a) de la vivienda de forma arbitraria y, en todo caso, sin sustento en la ley. Precisamente, en virtud de este derecho emana la obligación del Estado de garantizar cierto grado de seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas a través de medidas legales.
131. En lo que respecta a sus límites, debe tenerse presente que, como todo derecho fundamental, el derecho a la vivienda adecuada no es un derecho ilimitado. Así, los límites de este derecho se desprenden de la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales. Sin perjuicio de lo anterior, el alcance de los límites que específicamente operen sobre este derecho deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto.
132. Por lo expuesto, cabe sostener que tras la eventual vulneración o amenaza de vulneración del derecho fundamental a la vivienda adecuada, le asiste la protección constitucional institucional y procesal (de conformidad con el artículo 37 del Código Procesal Constitucional) que la Norma Fundamental otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidos por ella.
133. Ahora bien, en relación a los cuestionamientos de los demandantes, éstos sostienen sobre el particular que los extremos de las disposiciones objeto de control constitucional vulneran el derecho a la vivienda adecuada por cuanto atentan contra la seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas, como consecuencia de la vulneración del derecho de propiedad de los propietarios originarios.
134. Sin embargo, debe considerarse, en primer lugar, que no necesariamente los bienes inmuebles sobre los que el tercero de buena fe adquiere la propiedad, según la interpretación realizada anteriormente, constituyen en todos los casos la vivienda del

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

135. Asimismo, este Tribunal ya ha explicitado en esta sentencia que la regulación establecida en las disposiciones cuestionadas únicamente busca establecer bajo qué condiciones un tercero de buena fe adquiere la propiedad de un bien en el Perú, en supuestos en los que el propietario original ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad, lo cual *per se* no significa privar absolutamente de seguridad jurídica a la tenencia de las viviendas en detrimento de este derecho fundamental.
136. Pero, más allá de ello, en el caso de que el bien que adquiere el tercero, en aplicación del artículo 2014 del Código Civil, haya sido la vivienda del propietario original víctima de falsificación de documentos o de suplantación de identidad, este Tribunal, a través de la interpretación aludida *supra* de las disposiciones legales, ha procurado alcanzar la concordancia práctica entre el derecho a la propiedad y la seguridad jurídica, precisando el alcance de los requisitos necesarios para la aplicación del principio de fe pública registral y exigiendo una motivación cualificada al órgano jurisdiccional competente para dirimir la controversia en aquellos casos que realmente lo ameriten, lo cual, en principio, descarta la vulneración de del derecho de propiedad y también de la seguridad jurídica de la tenencia de la vivienda, integrante del derecho a la vivienda adecuada invocado previamente.
137. De esta forma, debe concluirse que la interpretación establecida *supra* de las disposiciones antes cuestionadas conlleva a sostener que su aplicación en tales términos no vulnera el derecho de propiedad de quien originalmente es propietario; y, por lo tanto, tampoco podría sostenerse válidamente que se haya afectado la seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas, integrante del derecho a la vivienda adecuada, como ha indicado el demandante, puesto que el derecho de propiedad no ha sido vulnerado.
138. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

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

139. Por último, los demandantes sostienen que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente afectan el carácter inalienable de los bienes de dominio público, según lo establecido en el artículo 73 de la Constitución.
140. Al respecto, dicha disposición de la Constitución establece que: “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”.
141. Ahora bien, corresponde distinguir entre bienes estatales de dominio público y bienes estatales de dominio privado. En la primera categoría se hace referencia a aquellos bienes de propiedad del Estado que están destinados a un uso o servicio público y que tienen la condición de inalienables, inembargables e imprescriptibles.

142. Por otra parte, los bienes estatales de dominio privado son propiedad del Estado y, a diferencia de los anteriores, no están destinados al uso o servicio público como característica primordial.
143. Dicha distinción también ha sido precisada por el Tribunal Constitucional en la STC 0006-1996-PI/TC (primer considerando), según la cual: “Los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público; sobre los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos ejerce administración de carácter tuitivo y público”.
144. No obstante lo anterior, este Tribunal considera que los bienes estatales de dominio privado, bajo administración de las instituciones públicas, también deben contribuir a conseguir el bienestar general al igual que los bienes estatales de dominio público, puesto que, al pertenecer al Estado, deben servir para dicha finalidad conforme al artículo 44 de la Constitución.
145. En el presente caso, los demandantes alegan que los extremos de las disposiciones cuestionadas contravienen el carácter inalienable de los bienes estatales de dominio público.
146. Sobre ello, cabe recordar que este Tribunal ha considerado que la inalienabilidad de los bienes de dominio público alude a la proscripción de su enajenación (Sentencia 0018-2001-PI/TC, fundamento 4). Así, como se ha explicado previamente, los bienes estatales del dominio público no pueden ser enajenados, según el artículo 73 de la Constitución.
147. Por consiguiente, resulta manifiesto que las disposiciones cuestionadas no son de aplicación, en ningún caso, respecto de los bienes estatales de dominio público.
148. En cambio, el caso de los bienes estatales de dominio privado es distinto. Y es que, más allá de contribuir con el bienestar general de acuerdo al artículo 44 de la Constitución, los bienes estatales de dominio privado pueden ser adquiridos por una persona natural o jurídica a título oneroso, de conformidad con la normativa sobre la materia. En este último supuesto, el Estado recibirá una contraprestación por la transferencia de la propiedad, ingresando de esta manera al tráfico comercial, si bien con las limitaciones propias de los fines que le son ínsitos.
149. Así, en atención a esto último, no puede descartarse, eventualmente, la aplicación del principio de fe pública registral cuando ello corresponda, en los términos de la interpretación realizada por este Tribunal en los supuestos de falsificación de documentos o suplantación de identidad. Sin embargo, tampoco en este supuesto puede considerarse que las disposiciones cuestionadas afecten el artículo 73 de la Constitución siempre que se interpreten de acuerdo a lo indicado en la presente sentencia.
150. Por tales consideraciones, corresponde desestimar dicho extremo de la demanda.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVAEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

Los derechos sociales

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la libertad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.
2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retrocer, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas¹. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción “derechos sociales” tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales².
3. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.
4. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales³.
 - 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 sociales³.
 - Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

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

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

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

- Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.
5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.
 6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población⁴.
 7. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos⁵.
 8. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.
 9. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que la diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional⁶ con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.
 10. De conformidad a lo anterior, es necesario que el Tribunal Constitucional establezca parámetros para que todos los jueces constitucionales puedan realizar un control

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

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

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

constitucional mínimo respecto de los derechos sociales fundamentales así como de los instrumentos normativos que los contengan, es decir, las políticas públicas.

El derecho a la igualdad

11. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
12. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
13. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).
14. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
15. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos⁷. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

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

16. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
17. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
18. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios⁸:
 - 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 sustancial 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 de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.
19. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido⁹.

8 Ídem, pp. 147-148.

9 Ídem, pág. 153.

El Derecho a la Vivienda

20. En el caso en concreto también se ha alegado la vulneración del derecho a la vivienda. Sin embargo, dicho derecho no se encuentra regulado en la Constitución de 1993, por lo que es necesario desprenderlo de otros derechos fundamentales, tal como se ha hecho en la ponencia, así como en la sentencia 00007-2012-PI, específicamente en el fundamento jurídico 64.
21. Como bien se ha apuntalado en la presente sentencia, ciertos documentos normativos internacionales regulan el derecho a la vivienda como una necesidad básica. Ello se agudiza, cuando la protección de dicho derecho recae en algún grupo étnico¹⁰.
22. Aquí conviene recordar la Observación General N.º 4, sobre el derecho a una vivienda adecuada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual señala que es posible identificar algunos aspectos del mencionado derecho:
 - a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.
 - b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
 - c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados

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

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

- d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.
- e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.
- f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver da ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

- g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.
23. Ahora bien, dicho instrumento normativo, nos sirve para determinar el contenido constitucionalmente protegido derecho social fundamental a la vivienda. Al respecto, la estructura de los derechos fundamentales en general, y de los derechos sociales en particular requiere de ciertas posiciones jurídicas triádicas; es decir existe un titular del derecho social fundamental, quien le puede exigir determinado objeto a cierto destinatario. Como apuntamos al inicio de este fundamento de voto, los derechos sociales pueden tener como rasgo definidor una obligación positiva o negativa del Estado, las mismas que deben estar en condiciones de igualdad para todos. En ese sentido, el contenido constitucionalmente protegido del derecho tiene que responder a estas tres pretensiones inherentes a la estructura del derecho fundamental social a la vivienda, el cual estaría delimitado en los siguientes términos:
- i. Toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada. Ello se traduce en un deber por parte del Estado de garantizar dicho acceso.
 - ii. Ninguna persona podrá ser privada de su vivienda sin que medie razones suficientes y necesarias para ello. Ello se configura con un deber de respeto por parte del Estado y de los privados en relación al derecho a la vivienda.
 - iii. El Estado debe garantizar, por medio de medidas legislativas, el acceso y disfrute del derecho a la vivienda para todas las personas y sobretodo para aquellas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.
24. La anterior delimitación permite que el derecho a la vivienda, al momento que sea judicializado, encuentre medidas más sencillas para que pueda ser protegido, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial¹¹ o el test de proporcionalidad¹².

S.

MIRANDA CANALES

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

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

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

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

S.

RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

1. Efecto, en el presente caso se considera que la regulación impugnada, que protege preferentemente al adquirente de buena fe, es constitucional pues *prima facie* se encuentra dentro de lo que nuestro Congreso de la República tiene como “constitucionalmente posible” al momento de legislar (es decir, forma parte de aquello que la Constitución no ordena ni prohíbe). En este sentido, la regulación impugnada se mueve dentro del “margen de discrecionalidad” con el que cuenta el legislador, dentro del “margen de discrecionalidad” con el que cuenta el legislador, dentro del “orden marco” constitucional. En términos de la propia sentencia, “la opción del legislador de haber establecido en el ordenamiento jurídico el principio de fe pública registral no vulnera la Constitución” (f.j.47).
2. De manera complementaria, en la sentencia se prevé, razonablemente, una precisión sobre el nivel de diligencia que debería observar el tercero adquirente de buena fe, con el propósito de procurar un mejor equilibrio entre los bienes en juego. Se señala así (f.j. 52) que:

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

3. De esta manera, en aras de no sacrificar sin más el derecho de propiedad del primer propietario, la sentencia considera que al tercero de buena fe se le protegerá, no solo por haber obrado de buena fe, a secas, sino en la medida en que este ha tenido una diligencia y prudencias suficientes (la sentencia hace, asimismo, mención a los términos “razonable” y “escrupulosa”).
4. Además de lo anterior, la resolución se señala adicionalmente, que cuando los propietarios originarios sean personas en situación de vulnerabilidad (según la resolución,

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

5. Al respecto, no queda claro en qué consiste dicho deber de motivación calificada, más aún si partimos de que, conforme a la propia sentencia, ya se le exige al tercero de buena fe actuar de manera diligente y prudente. En este orden de ideas, no queda claro si, cuando hay un propietario en situación vulnerable, el juez debe evaluar de una manera diferente la diligencia del tercero de buena fe; o si tal vez existe una carga argumentativa orientada a que los jueces prefieran que la propiedad quede en manos del primer propietario si este es persona en situación vulnerable; ni qué pasaría en aquellos casos en los que los adquirentes de buen fe también sean personas en situación de vulnerabilidad. En suma, considero que, no obstante la indudable buena intención detrás de ello, no queda claro cuál es el ámbito específico de las decisiones judiciales que requerirían de una especial justificación.
6. Lo anterior, desde luego, no impide el reconocer que el Estado tiene deberes específicos con respecto de las personas en situación de vulnerabilidad y, en especial, en relación con el derecho a acceder a una vivienda digna. En este sentido, comparto lo expresado por el magistrado Miranda Canales en su fundamento de voto, respecto de los alcances y contenidos del derecho fundamental a una vivienda adecuada. Y precisamente por ello, no estoy convencido de que la forma de cumplir con dichos deberes se encuentre relacionada con la “motivación cualificada” a cargo de los jueces, conforme se exige en esta sentencia en los términos ya indicados.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020

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

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

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

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

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

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

Enfatizo que las disposiciones impugnadas colisionan con el artículo 70 de la Constitución, que establece que el derecho de propiedad es inviolable y solo puede ser afectado por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Sentido de mi voto

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

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 266/2020

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00013-2017-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9 de junio de 2020

Caso del Parque Mariscal Ramón Castilla de Lince

**CIUDADANOS
C.
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE**

Asunto

**Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza 376-2016-MDL
“Ordenanza para la conservación y gestión distrital del área de reserva ambien-
tal Parque Mariscal Ramón Castilla del distrito de Lince”.**

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

TABLA DE CONTENIDOS

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

I. ANTECEDENTES

- A. Petitorio constitucional
- B. Debate constitucional
 - B.1. Demanda
 - B.2. Contestación de la demanda
- C. Argumentos del *amicus curiae*

II. FUNDAMENTOS

- §1. Cuestión previa
- §2. El Modelo Constitucional de Estado unitario y Descentralizado
- §3. Parámetro de control
- §4. Análisis de constitucionalidad por la forma
- §5. Análisis de constitucionalidad por el fondo
- §6. Derecho a la ciudad

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

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

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

B. Argumentos de las partes

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

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

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

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

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

- Asimismo, sostienen que los incisos “e”, “n”, y “s” del artículo 15 de la ordenanza cuestionada establecen prohibiciones de recreación activa en las áreas verdes del Parque, por cuanto han sido consideradas dentro de las actividades que implican riesgos para su conservación o que afectan directamente la vegetación existente. Esto vulnera el derecho a la recreación de las personas, el cual, según alegan, es un derecho no reconocido específicamente en la Constitución, pero que se encuentra implícito en esta, y que se deriva de los derechos a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, a la salud y a la educación.
- Los ciudadanos recurrentes enfatizan la distinción entre recreación pasiva y activa, señalando que la primera es aquella en donde la persona recibe la recreación sin cooperar ni participar en esa actividad, mientras que la segunda implica una acción de la persona que participa en la actividad de recreación; es decir, la persona participa de las actividades al mismo tiempo que disfruta de aquellas. Tomando en cuenta ello, equiparar la recreación activa con fogatas o aplicación de productos nocivos, como hace la ordenanza impugnada, no sería proporcional.
- Con relación al literal “n” del artículo 15, que prohíbe actividades que puedan “obstaculizar la labor del personal encargado del mantenimiento y riego de las áreas verdes”, los demandantes alegan que se deja en manos del personal de mantenimiento del Parque el ejercicio del derecho de recreación activa de las personas. Así, todos tendrían que abandonar el Parque al momento del riego, lo que puede prestarse para actos arbitrarios y caprichosos, dado que no existe un horario establecido.
- En cuanto al literal “s” del artículo 15, que prohíbe realizar “actividades de cualquier índole que obstaculicen las vías de circulación interna” del Parque, alegan que la vaguedad de la disposición puede obstruir la libre recreación de las personas, puesto que no se sabe cuáles son las vías de circulación interna o qué actividades estarían prohibidas, ya que es muy genérico y abstracto.
- Los demandantes añaden que el literal “h” del artículo 15, mediante el cual se prohíbe “la aglomeración de personas y/o manifestaciones” en el Parque, no toma en cuenta las razones por las que las personas deciden reunirse allí ni la finalidad que persigue tal acto. Alegan que se atenta de esta forma contra el derecho de reunión, por lo que tal dispositivo debe ser declarado inconstitucional.
- Por último, los demandantes argumentan que la ordenanza impugnada vulnera el “derecho a la ciudad”, el que solicitan sea reconocido como un derecho fundamental innominado, definido como el derecho de los residentes y vecinos a gozar de todos los beneficios de la ciudad en forma igualitaria, así como participar en la gestión y planificación de los espacios públicos de todos los servicios de la ciudad.
- Vinculado con lo anterior, proponen reconocer también un “derecho a un urbanismo armonioso y sostenible” en el que los ciudadanos tienen derecho a un desarrollo urbanístico ordenado que asegure una relación armoniosa entre el hábitat, los servicios públicos, los equipamientos, los espacios verdes y las estructuras destinadas a los usos colectivos.

B-2. Contestación de demanda

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

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

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

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

C. Argumentos del *amicus curiae*

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

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

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

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

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

II. FUNDAMENTOS

§1. CUESTIÓN PREVIA

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

- e) Realizar actividades que impliquen riesgos para su conservación o que afecten directamente la vegetación existente, o que puedan inutilizar parte de una especie forestal o afectar su crecimiento (quemadas, fogatas, estacionamiento de vehículos, aplicación de productos tóxicos o nocivos, otros similares).
- 2. En tal sentido, respecto de dicha disposición se ha producido la sustracción de la materia, por cuanto esta ya no contiene el término “recreación activa”, que era el motivo de la controversia. No obstante, la misma expresión se mantiene en el artículo 9 de la ordenanza impugnada, que sí será analizado más adelante.
- 3. Por la razón expuesta, corresponde declarar improcedente la demanda en el extremo referido a la inconstitucionalidad del inciso “e” del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL.

§2. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO UNITARIO Y DESCENTRALIZADO

- 4. El actual modelo de Estado unitario se fortalece y garantiza su supervivencia a través de la descentralización, que es el fundamento de la modernización y democratización del Estado.
- 5. El proceso de descentralización supone transferir potestades y competencias a favor de órganos intermedios de Gobierno y esto no debilita al Estado; por el contrario, lo fortalece, porque puede desempeñar más eficientemente sus funciones propias delegando atribuciones en instancias que tienen un mayor nivel de proximidad con el ciudadano.
- 6. Nuestro Texto Constitucional, en su artículo 43, ha establecido lo siguiente:

La República del Perú es democrática, social, independiente soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.
- 7. Siguiendo dicho diseño constitucional, nuestra Carta Política, en sus artículos 188 a 199, regula el proceso de descentralización como aquel proceso progresivo y ordenado tendiente al desarrollo integral de nuestro país.
- 8. Vale decir, la descentralización es un proceso que permite que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanística ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.
- 9. La finalidad de este diseño es que en cada lugar de la República exista acceso a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.
- 10. En tal sentido, dicho proceso implica el ejercicio del Gobierno de manera descentralizada y desconcentrada en procura del desarrollo integral del país, que, sin romper el

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

11. La Constitución ha establecido que el proceso de descentralización se da, básicamente, a través y a partir de las municipalidades, a las cuales considera como instrumentos vitales. Por ello, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del Gobierno local a las que no solamente se debe concebir como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del Gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo Gobierno local.
12. Justamente, para que puedan cumplir con su papel como instrumentos y expresión de la descentralización, se les ha otorgado plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.
13. Esta autonomía otorgada a los municipios es tal que incluso el propio Texto Constitucional, en su artículo 194, reconoce la existencia de los Concejos Municipales como órganos normativos y fiscalizadores (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local y en los asuntos de su competencia), y a la Alcaldía como un órgano ejecutivo (equivalente al Poder Ejecutivo).
14. Por ello, si como país aspiramos a un auténtico Estado constitucional unitario y descentralizado, moderno y eficiente, en el cual se hayan radicado entes territoriales cuyas autoridades emerjan del mandato popular y gocen de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, es necesario fortalecer, desde todos los ámbitos, el proceso de descentralización dentro de la estructura estatal, con la finalidad de procurar el desarrollo integral del país a través de los Gobiernos regionales y locales.
15. Adicionalmente a ello, es importante señalar que nuestro diseño de Estado unitario y descentralista resulta *sui generis*, pues dentro de un modelo de Estado unitario es conocido que el Gobierno nacional es el único que ostenta autonomía política. Sin embargo, a partir de la Carta de 1993, el Constituyente peruano ha otorgado a las regiones y municipalidades –en tanto que entes territoriales básicos–, a través de sus órganos de Gobierno local, autonomía política, inaugurando dentro del Estado peruano una modalidad especial, que conjuga una autonomía política general, inherente y exclusiva de Gobierno nacional en el clásico Estado unitario, con una autonomía política constreñida a los asuntos competenciales propios, que entendemos como comprensiva de la gestión de sus respectivos intereses.
16. En este orden de ideas, la consagración de la autonomía política, administrativa y económica de los Gobiernos locales abarca las potestades, en su ámbito competencial, como poderes autónomos de autogobernarse por autoridades representativas electas;

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

17. Dicho esto, entonces, las competencias regionales y municipales ya no pueden entenderse como simples facultades regladas y constreñidas a mandatos de competencias literales, sino que, en el ejercicio de ellas, será necesario apuntar al desarrollo armónico de cada circunscripción, atendiendo a las propias características del territorio y las necesidades de la población que administra (de infraestructura, de seguridad, de comercio, de transporte, entre otros).
18. Entonces, el Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, debe pronunciarse sobre la conformidad de las ordenanzas impugnadas con la Carta Fundamental, garantizando que los órganos descentralizados puedan ejercer sus competencias a favor del bienestar social y de la realización de la persona.

§3. PARÁMETRO DE CONTROL

19. El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser como sigue:
 - (i) directa o indirecta;
 - (ii) de carácter total o parcial; y,
 - (iii) tanto por la forma como por el fondo.
20. En ese sentido, este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que una disposición incurre en una infracción constitucional por la forma, entre otros supuestos, cuando se infringe el procedimiento legislativo previsto en la norma fundamental para su aprobación.
21. El ente encargado de la aprobación de una ordenanza cuenta con un considerable margen de maniobra político, pero esta no puede ser contraria a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.
22. Al respecto, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.
23. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).
24. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica” en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción

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

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

[...] en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango [Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128].
27. Este órgano de control de la Constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó algunos de los siguientes aspectos:
 - (i) la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa;
 - (ii) la regulación de un contenido materialmente constitucional;
 - (iii) la determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.
28. Lógicamente, estas normas deben, a su vez, ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta de la Constitución.
29. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la ley cuestionada.
30. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 192 y 195 de la Constitución y por las siguientes normas con rango de ley:
 - i. Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización;
 - ii. Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades;
 - iii. Ordenanza 1852-MML, para la conservación y gestión de áreas verdes en la Provincia de Lima;

- iv. Ordenanza 1862-MML, que regula el proceso de planificación del desarrollo territorial-urbano del área metropolitana de Lima;
- v. Ordenanza 1965-MML, metropolitana para la prevención y control de la contaminación sonora.

§3. Análisis de constitucionalidad por la forma

- 31. Este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que existe una infracción constitucional por la forma cuando un ente estatal regula una materia sin tener competencia para ello. Conforme a lo señalado *supra*, esta competencia puede encontrarse directamente en la Constitución o puede encontrarse desarrollada en una norma con rango de ley por mandato de esta.
- 32. En el presente caso, los ciudadanos demandantes señalan que la norma cuestionada es inconstitucional por la forma por contravenir los artículos 192 y 195 de la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ordenanza 1852-MML.
- 33. Alegan que la MDL ha emitido la ordenanza impugnada vulnerando las competencias de la MML en materia ambiental y de zonificación respecto del Parque, que fue declarado como un ARA mediante la Ordenanza 1391-MML.
- 34. Cabe destacar que, de acuerdo con el artículo 198 de la Constitución, la MML ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima. Conforme al artículo 33 de la Ley de Bases de la Descentralización, las competencias y funciones reconocidas al Gobierno regional son transferidas a la MML, por lo que “toda mención contenida en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a dicha municipalidad, en lo que resulte aplicable”.
- 35. Asimismo, el artículo 40 de dicha ley orgánica señala que en la capital de la República el Gobierno local lo ejerce la MML. Por otro lado, el artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que esta ejerce jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima en materias municipales y regionales, mientras que el artículo 154 de esta señala que la MML ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima.
- 36. En materia de zonificación, el artículo 195, inciso 6, de la Constitución es claro en señalar que los Gobiernos locales resultan competentes para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial.
- 37. Pero el artículo 189 de la Constitución señala que el ámbito del nivel local de Gobierno son las provincias, distritos y centros poblados, mientras que el artículo 194 señala que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de Gobierno local, de manera que resulta necesario remitirse a las leyes orgánicas para conocer las competencias de unos y otros.

38. El artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala lo siguiente:

La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.

Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

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

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

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

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

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

43. Conforme al artículo 16 de la Ordenanza 1862-MML, la zonificación de los usos del suelo de acuerdo con el funcionamiento de las actividades económicas y sociales en la ciudad se expresa según tipos de zonas, como son, entre otras, las zonas residenciales, zonas comerciales, zonas industriales, zonas de equipamiento urbano de educación, salud y recreación y zonas de protección y tratamiento paisajista.

44. En términos de zonificación para niveles de ruido, la norma aplicable es la Ordenanza 1965-MML, ordenanza metropolitana para la prevención y control de la contaminación sonora, que señala en su artículo 10 que las zonas de aplicación son aquellas que han sido establecidas en la zonificación de los usos de suelos por la MML y son las zonas residenciales, zonas industriales, zonas comerciales, zonas de protección especial y zonas mixtas.

45. Dicha ordenanza se encuentra concordada con lo dispuesto en el Decreto Supremo 085-2003-PCM, que aprueba el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, el cual fue emitido en virtud de lo establecido en la Ley General de Salud y el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales vigente en ese entonces.
46. Por otro lado, respecto al medio ambiente, el artículo 192 de la Constitución, referido a los Gobiernos regionales, señala que estos son competentes para promover y regular actividades o servicios en dicha materia, mientras que el artículo 195, referido a los Gobiernos locales, señala que estos son competentes para desarrollar y regular actividades o servicios en el ámbito medio ambiental; en ambos casos, conforme a ley.
47. Esto significa que la competencia en materia de medio ambiente es compartida, y así lo ratifica el artículo 43, inciso “d”, de la Ley de Bases de la Descentralización, que incluye la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente como competencias compartidas.
48. Al respecto, la Ley Orgánica de Municipalidades contiene varias disposiciones alusivas a las competencias aplicables a la MML en materia de medio ambiente y parques, a saber:

Artículo 73.- Materias de competencia municipal

[...]

Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:

- (d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente.

Artículo 159.- Competencias

Son competencias y funciones de la alcaldía metropolitana:

4. En materia de saneamiento ambiental:

4.1. Formular los planes ambientales en su jurisdicción, así como controlar la preservación del medio ambiente;

4.2. Conservar y acrecentar las áreas verdes de la metrópoli;

49. Es en virtud de tales competencias que la MML emitió la Ordenanza 1852-MML, ordenanza para la conservación y gestión de áreas verdes en la provincia de Lima, cuyo artículo 4, inciso “c”, señala como uno de los objetivos específicos de la gestión de áreas verdes:

- c) Planificar, orientar y estandarizar el ejercicio de la gestión de las áreas verdes por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima y las municipalidades distritales, promoviendo un trabajo coordinado, articulado y responsable.

50. El artículo 11 de la referida ordenanza señala que la MML tiene la competencia para constituir, organizar y administrar el sistema metropolitano de parques, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades. No obstante, el artículo 12 señala lo siguiente:

Se encuentran bajo el ámbito de administración de las municipalidades distritales las áreas verdes de uso público dentro de la jurisdicción, tales como los parques distritales, las áreas verdes en vías locales y en áreas complementarias en la circunscripción de cada distrito bajo administración municipal, tanto en lo concerniente a su manejo y gestión como a su mantenimiento.

51. Esto se encuentra en concordancia con lo establecido en la Ley 26664, que dispuso que los parques que se encuentran bajo administración de las municipalidades provinciales o en cuya circunscripción territorial están ubicados.
52. Habiendo definido el marco jurídico aplicable, se tiene que los cuestionamientos de forma de los ciudadanos demandantes son dos:
- (i) Los artículos 9 y 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL trasgreden la competencia exclusiva de la MML sobre zonificación, pues la MDL ha zonificado el Parque en zona sur y zona norte, atribuyendo a cada una diferentes niveles máximos de ruidos permitidos.
 - (ii) Los artículos 9 y 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL trasgreden las competencias de la MML y lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML, al establecer restricciones respecto a la recreación activa en el Parque.
53. En torno a lo señalado en el primer punto, se tiene que las partes pertinentes de las normas impugnadas señalan lo siguiente:

Artículo 9.- Zonificación del ARA

El ARA – Parque Mariscal Ramón Castilla, se encuentra zonificada por la Ordenanza N° 1017, de la Municipalidad Metropolitana de Lima, como Zona de Recreación Pública. Para efectos de la gestión de sus zonas físicas se divide en: Zona SUR (zona de recreación pasiva) y Zona NORTE (zona de recreación activa).

Artículo 14.- Contaminación

[...]

No se permitirán actividades que impliquen contaminación sonora, para lo cual se aplicarán los Niveles Máximos Permisibles establecidos en el Artículo Quinto de la Ordenanza N° 194-MDL. Ordenanza que Regula la Emisión y Persistencia de Ruidos Nocivos o Molestos en el distrito de Lince, de la forma siguiente:

Zona SUR: Niveles de Zona de Protección Especial.

Zona NORTE: Niveles de Zonificación Residencial.

54. Conforme a lo señalado *supra*, la zonificación es efectivamente una competencia de la MML, pero este Tribunal aprecia que el establecimiento de zonas sur y norte conforme al tipo de actividades recreativas realizadas en cada una es inocuo en lo que a zonificación se refiere. Tal calificación no contradice lo establecido en la Ordenanza 1862-MML, sino que únicamente se trata de una división para la mejor gestión del Parque, como se verá más adelante.
55. No puede decirse lo mismo de la zonificación referente a la contaminación sonora, realizada en el segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL. En dicho artículo, la MDL realiza la zonificación del Parque y aplica a un sector los niveles de zona de protección especial.
56. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, inciso “d”, de la Ordenanza 1965-MML, la zona de protección especial es una zona de alta sensibilidad acústica en donde se ubican establecimientos de salud, instituciones educativas, asilos y orfanatos, los cuales requieren una protección especial contra el ruido.
57. Como puede apreciarse, el Parque no se encuentra incluido en dicha categoría, por lo que no puede ser zonificado como tal por la MDL. Asimismo, se advierte del Plano de Zonificación de Lince (ver: <<http://www.munilince.gob.pe/sites/default/files/documents/licencia-de-funcionamiento/03-07-plano-de-zonificacion.pdf>>), emitido conforme a lo dispuesto por la MML, que las zonas alrededor del Parque son básicamente zonas residenciales.
58. Por tales razones, corresponde declarar fundado el extremo de la demanda referido a la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL, en cuanto establece niveles de zona de protección especial en la zona sur del Parque.
59. Respecto al segundo punto, tenemos que las partes pertinentes de las normas impugnadas señalan lo siguiente:

Artículo 9.- Zonificación del ARA

El ARA – Parque Mariscal Ramón Castilla, se encuentra zonificada por la Ordenanza N° 1017, de la Municipalidad Metropolitana de Lima, como Zona de Recreación Pública. Para efectos de la gestión de sus zonas físicas se divide en: Zona SUR (zona de recreación pasiva) y Zona NORTE (zona de recreación activa).

Artículo 15.- Prohibiciones

Queda prohibido en las áreas verdes de uso público del ARA – Parque Mariscal Ramón Castilla:

- n) Por obstaculizar la labor del personal encargado del mantenimiento y riego de las áreas verdes.
- s) Realizar actividades de cualquier índole que obstaculicen las vías de circulación interna del ARA.

60. Los ciudadanos demandantes señalan que estos artículos prohíben o restringen la recreación activa en el Parque, en contravención de lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML. No obstante, esta señala en su artículo 40 lo siguiente:

Artículo 40.- Infraestructura en Áreas Verdes públicas distritales con fines recreativos

Las áreas verdes públicas destinadas a la recreación pasiva o activa pueden ser espacios naturales o contruidos. La gestión y manejo de los espacios de recreación en áreas verdes corresponderá a la entidad encargada de las mismas, conforme a las competencias señaladas en los artículos 11 y 12 de la presente Ordenanza y acorde con las especificaciones contenidas en el Reglamento.

La zona de recreación activa podrá alcanzar hasta el 30% de la superficie total del área verde, y la cobertura verde no debe ser menor al 70% de su superficie total. Cualquier intervención o habilitación de infraestructura con fines recreativos en áreas verdes deberá contar con la aprobación de la Gerencia del Ambiente de la Municipalidad Metropolitana de Lima. La contravención a esta disposición, dará lugar a la interposición de denuncia penal por alteración del ambiente o paisaje urbano o rural, contra quienes resulten responsables.

61. Como puede apreciarse, la referida ordenanza señala que la zona de recreación activa podrá alcanzar (como máximo) el 30 % de la superficie total del área verde. Cabe destacar que su artículo 5 define los tipos de recreación posibles en los parques públicos de la siguiente manera:
- k) Recreación Activa: Conjunto de actividades dirigidas al esparcimiento y al ejercicio de disciplinas lúdicas, artísticas o deportivas que tienen como fin la salud física y mental, para las cuales se requiere infraestructura.
 - l) Recreación Pasiva: Conjunto de actividades contemplativas dirigidas al disfrute escénico y la salud física y mental, para las cuales sólo se requieren equipamientos en proporciones mínimas al escenario natural, de mínimo impacto ambiental y paisajístico.
62. Así, se tiene que la recreación activa requiere de infraestructura específica, como podrían ser canchas deportivas o juegos para niños. Efectivamente, en la zona norte del Parque se encuentran instalaciones como el Complejo Polideportivo Mariscal Ramón Castilla, y existe infraestructura y equipamiento para realizar diversas actividades.
63. Si bien este tipo de instalaciones no se encuentran en la zona sur, ello es una decisión que se enmarca dentro de las facultades de la MDL para realizar la administración de las áreas verdes de uso público dentro de su jurisdicción, como señala el artículo 12 de la Ordenanza 1852-MML citado *supra*, observando los límites previstos.
64. Las diferencias establecidas por la MDL se sustentan en las características particulares de cada zona del Parque. A diferencia de la infraestructura que existe en la zona norte,

la zona sur incluye bosques naturales y amplias áreas verdes, con vías que permiten realizar caminatas a los transeúntes. Estas actividades están dirigidas al disfrute escénico y a la salud física y mental, ante las cuales solo se requieren equipamientos en proporciones mínimas. En tal sentido, solo se permite la recreación pasiva.

65. Cabe destacar que la recreación pasiva no implica solamente realizar actividades contemplativas, o que las áreas verdes deban apreciarse desde fuera y sin involucrarse con ellas, sino que es posible realizar actividades dentro de las áreas verdes tales como picnics, paseos, juegos simples con niños o adultos que no requieran de infraestructura especial, y juegos con mascotas respetando las normas de higiene animal.
66. Todo esto debe llevarse a cabo sin afectar el derecho de otras personas respecto del uso y disfrute de las áreas verdes, y cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ordenanza 1852-MML.
67. Pero el Parque es una unidad aunque se encuentre dividido en zonas para efectos administrativos atendiendo a las características propias de cada una. La decisión de implementar infraestructura en una u otra zona es una facultad discrecional que corresponde a la MDL, siempre que respete el límite del 30 % de la superficie total del área verde que puede ser destinado a la recreación activa.
68. Como la recreación activa debe realizarse en la infraestructura especial construida para ello, se entiende que esta no puede realizarse en el restante 70 % del área verde, por lo que la ordenanza impugnada no impone una prohibición total de realizar recreación activa en el Parque, sino que esta se encuentra limitada por la misma Ordenanza 1852-MML al 30 % del área verde, y que está ubicada en la zona norte por decisión de la MDL en ejercicio de sus facultades.
69. En consecuencia, los artículos 9 y 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL no trasgreden las competencias de la MML y lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML respecto a la recreación activa en el Parque, por lo que corresponde desestimar la demanda en este extremo.

§4. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

70. Los cuestionamientos sustantivos respecto de la ordenanza impugnada son los siguientes:
 - (i) Los niveles máximos de ruido que se establecen en el artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL vulneran el principio de igualdad, por cuanto suponen un tratamiento diferenciado y arbitrario entre los vecinos del Parque.
 - (ii) Los incisos “n” y “s” del artículo 15 de Ordenanza 376-2016-MDL establecen prohibiciones que vulneran el derecho a la recreación activa en las áreas verdes del Parque.
 - (iii) El inciso “h” del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, que establece la prohibición de aglomeración de personas o manifestaciones, vulnera el derecho a la reunión pacífica.

71. Respecto al primer punto, este Tribunal ya señaló *supra* que la referida disposición es inconstitucional por cuanto la MDL carece de competencia para realizar la zonificación del Parque. La zonificación ciertamente debe realizarse en función de criterios objetivos que permitan diferenciar los usos del suelo y niveles de ruido correspondientes en atención a las características reales de la zona a evaluar, pero, en el presente caso, resultaría inconducente analizar el fondo del asunto, en tanto la MDL no tiene competencia para zonificar.
72. Respecto al segundo punto, los ciudadanos demandantes alegan que se ha vulnerado el derecho a la recreación de las personas, el cual, según alegan, es un derecho no reconocido específicamente en la Constitución, pero se encuentra implícito en ella, y se deriva del derecho a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, a la salud y a la educación.
73. Este Tribunal debe precisar que la Constitución reconoce el derecho al disfrute del tiempo libre, establecido en su artículo 2, inciso 22. En un país libre como este, donde nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, las personas pueden libremente hacer uso de su tiempo como les parezca más conveniente, lo que incluye la posibilidad de realizar actividades de recreación.
74. Como fuera señalado *supra*, la recreación activa de los parques a nivel de Lima Metropolitana se encuentra limitada al 30 % del área verde, y debe realizarse únicamente en donde existe infraestructura para ella, conforme a lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML, por lo que no existe una prohibición de realizar recreación activa en el Parque Ramón Castilla.
75. Por otro lado, respecto a los incisos “n” y “s” del artículo 15 de la ordenanza impugnada, que prohíben obstaculizar labores del personal encargado del mantenimiento y riego de las áreas verdes, y realizar actividades de cualquier índole que obstaculicen las vías de circulación interna del Parque respectivamente, este Tribunal considera que ambas pueden ser interpretadas conforme a la Constitución.
76. Si bien se trata de normas que poseen un cierto nivel de indeterminación, su aplicación debe realizarse de forma razonable y proporcional por parte de las autoridades, en tanto no puede dejarse de lado que son normas necesarias que tienen detrás un interés legítimo, que es cuidar el Parque y permitir su disfrute por parte de los ciudadanos.
77. Las vías de circulación ciertamente no deben ser bloqueadas, y es labor de la MDL verificar que ello no ocurra por motivos injustificados. Asimismo, los horarios de riego y mantenimiento no necesitan estar establecidos en normas con rango de ley, pues establecerlos es un asunto propio de la gestión y administración de los parques y requiere cierta flexibilidad, la cual se perdería si estos se establecen en una ordenanza. Ciertamente, las municipalidades están obligadas a establecer horarios razonables para realizar estas labores y poner los horarios en conocimiento del público de manera oportuna y en lugares visibles, pero estas obligaciones no se contradicen con el texto impugnado, siempre y cuando se realicen de manera razonable y proporcional.

78. Una lectura adicional que debe darse del inciso “s”, es aquella vinculada con el derecho fundamental al disfrute del tiempo libre contenido en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución. En efecto, la indeterminación de la prohibición parece otorgar un amplio margen de discrecionalidad a la Municipalidad Distrital de Lince con relación a si “Realizar actividades de cualquier otra índole que obstaculicen las vías internas de circulación del ARA”, pueden también incluir situaciones como el desarrollo de actividades de esparcimiento.
79. Al respecto, se aprecia que la Municipalidad emplazada hasta el año 2016, ha venido incentivando el uso del parque Ramón Castilla para actividades familiares y grupales en favor de la ciudadanía como la observación de flora y fauna, deportes, talleres, entre otras (cfr. <https://reservaambientalparquecastilla.wordpress.com/>). Dichas actividades municipales resultan congruentes con el respeto del derecho al disfrute al tiempo libre.
80. A fin de que no se efectúe un ejercicio arbitrario de la restricción contenida en el inciso “s” del artículo 15 materia de análisis, este Tribunal Constitucional considera que dicha disposición y su referencia a “actividades de cualquier otra índole” resulta constitucional en tanto se permita el ejercicio del derecho al disfrute del tiempo libre, ya sea de manera individual o colectiva, de manera razonable dentro de los límites del parque Ramón Castilla, ello siempre de la mano con la obligación del respeto que los terceros deben procurar al medio ambiente (flora y fauna) y a la propiedad pública, para evitar su alteración, deterioro o destrucción, tanto en áreas verdes, áreas de circulación interna u otras construcciones internas necesarias para mantener el ornato público. En tal sentido, teniendo en cuenta que no resulta necesario que la ordenanza regule de manera taxativa cada una de las actividades permitidas, pues incluso ello podría entenderse como limitante al ejercicio del derecho en cuestión con relación a las actividades que podrían desarrollarse de manera individual o colectiva (sean por cambios de estaciones climatológicas, fenómenos naturales y nuevas formas de actividades al aire libre), corresponde desestimar este extremo de la demanda.
81. Respecto al tercer punto, la vulneración del derecho de reunión, reconocido en el artículo 2, inciso 12, de la Constitución, el demandando ha señalado que la prohibición de aglomeración de personas o manifestaciones ocurre por una razón legítima, como es proteger el Parque, el cual es un ARA, conforme a lo dispuesto en la Ordenanza 1391-MML.
82. El numeral 3 del artículo 8 de dicha ordenanza define a las ARA como “las áreas verdes donde predomina el elemento natural, que deben ser reguladas y protegidas de todo uso o aprovechamiento que implique la modificación de sus condiciones, siendo mínimo el desarrollo de infraestructura tanto en el suelo como en el subsuelo”.
83. Teniendo en cuenta ello, se aprecia que la medida cuestionada tiene un fin legítimo, como es proteger el ARA, lo que se fundamenta a su vez en el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, reconocido en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución.

84. Sin embargo, pese a que dicha medida es idónea para proteger el ARA, pues impide que dichas zonas sean afectadas por su uso masivo y facilita las labores de cuidado y mantenimiento; existen medidas que siendo menos invasivas en el derecho a la reunión, permiten cumplir con la misma finalidad, como por ejemplo, la imposición de multas para quienes, con su conducta, dañen o contaminen el Parque.
85. Cabe destacar que el Parque tiene zonas de recreación activa y pasiva, y que esta última, conforme fue señalado *supra*, también permite que grupos de personas hagan uso de este para realizar actividades de juego, distracción y reunión, razón por la cual, a fin de incentivar un uso adecuado del parque a los visitantes, resulta mucho más coherente la regulación de sanciones destinadas a desincentivar aquellas conductas que perjudiquen las áreas verdes que requieren protección.
86. Por tanto, la restricción examinada deviene en inconstitucional, por lo que debe declararse fundada la demanda en ese extremo.

§5. SOBRE EL DERECHO A LA CIUDAD

87. Los ciudadanos demandantes solicitan que se reconozca el derecho a la ciudad como un derecho fundamental innominado, definido como el derecho de los residentes y vecinos a gozar de todos los beneficios de la ciudad en forma igualitaria, así como participar en la gestión y planificación de los espacios públicos de todos los servicios de la ciudad.
88. Este Tribunal considera que, si bien nuestro catálogo de derechos no es taxativo (es decir, permite advertir la existencia de otros derechos no reconocidos expresamente en la Constitución), el recurso de explicitar un derecho debe ser ejercido por este Tribunal con prudencia. En esa línea de ideas, resulta innecesario, por ejemplo, reconocer derechos que ya se encuentren implícitos en otros ya existentes.
89. En un país donde la regla es la libertad de la persona y donde, como ya se hizo notar, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, no es necesario establecer derechos que tutelen cada actividad o beneficio humano que pueda derivarse de manera simple y evidente de otros derechos o de la mera libertad humana.
90. Efectivamente, la libertad de las personas es el punto de partida y una de las premisas básicas de nuestro ordenamiento, por lo que no es necesario hacer un catálogo exhaustivo de libertades, sino que, más bien, lo que resulta indispensable es establecer cuáles son las conductas expresamente prohibidas, precisamente porque todo lo demás estará implícitamente permitido.
91. En el presente caso, este Tribunal entiende que el alegado derecho a la ciudad es definido por el demandante como un derecho con un contenido muy amplio, y que abarca aspectos esenciales de otros derechos que ya se encuentran reconocidos y protegidos por nuestro ordenamiento. Los elementos principales del derecho propuesto serían tutelar el goce de los espacios públicos de la ciudad, y participar en la gestión y planificación de esta.

92. Respecto al primer punto, el contenido esencial del supuesto derecho a la ciudad se encuentra tutelado por el derecho a la libertad de tránsito, y por el derecho al disfrute del tiempo libre, que se encuentran en el artículo 2, incisos 11 y 22, respectivamente, de la Constitución.
93. El primero de estos derechos permite a las personas circular libremente por el territorio nacional, mientras que el segundo les reconoce la potestad de disfrutar de su tiempo libre de acuerdo a sus deseos.
94. Estos derechos naturalmente no son absolutos, y no facultan a una persona a realizar acciones ilegales o trasgredir los derechos de otras personas. A modo de ejemplo, no habilitan a una persona a entrar en propiedad privada, lo cual está prohibido y penado.
95. Pero sí habilitan a la persona para circular libremente por cualquier espacio público cuyo acceso no se encuentre restringido por razones debidamente fundamentadas, como por razones de seguridad, sanidad o mantenimiento. Esto resulta aplicable a todo espacio público, como pueden ser los parques, las plazas o las playas. Estas últimas, por ejemplo, son espacios de uso público conforme a la Ley 26856.
96. En cuanto a las áreas verdes de uso público en Lima Metropolitana, tenemos lo dispuesto en el artículo 10 de la Ordenanza 1852-MML, el cual señala que:

Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso, uso y disfrute de las áreas verdes de uso público, sin más limitaciones que las derivadas del orden público, la moral y las buenas costumbres, así como el deber de conservar las plantas, árboles e instalaciones complementarias y mantenerlas en buen estado.

Cuando resulte necesario y previo análisis de razonabilidad, la autoridad competente de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11 de la presente ordenanza, podrá disponer el pago previo para el acceso a determinadas áreas verdes.
97. Las limitaciones existentes se refieren a la conservación del orden público, de la moral y las buenas costumbres o de la naturaleza, y el cobro para el acceso a determinadas áreas verdes debe entenderse limitado a aquellos casos en los que se brinda acceso a determinados servicios mediante infraestructura especial que requiere de mantenimiento.
98. Pero más allá de ello, el acceso, uso y disfrute de las áreas verdes de uso público, es libre para todas las personas en condiciones de igualdad, pues nuestro ordenamiento constitucional exige que ello sea así, y no hay ninguna disposición en la legislación vigente que establezca lo contrario. En tal sentido, resulta innecesario reconocer un derecho a la ciudad que garantice la posibilidad de acceder o gozar de los espacios públicos.
99. Por otro lado, respecto de la participación en la gestión y planificación de la ciudad, tenemos que el artículo 2, inciso 17, de la Constitución reconoce el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Este derecho se aplica a todos los niveles de Gobierno, incluyendo el ámbito local y no existe razón lógica para interpretar lo contrario.

100. Las ciudades, como espacios físicos ubicados dentro del territorio nacional, no pueden encontrarse exentas del ordenamiento jurídico peruano, sino que su regulación forma parte de él. Por tanto, todas las disposiciones constitucionales, incluyendo las referidas a la participación política, se aplican en las ciudades, donde la toma de decisiones se realiza a nivel de los Gobiernos locales como entidad descentralizada.
101. En ese orden de ideas, tenemos que la Ley Orgánica de Municipalidades regula la participación de los vecinos en la planeación local y la administración del presupuesto municipal:

Artículo IX.- Planeación local

El proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales.

El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración.

Artículo 53.- Presupuesto de los gobiernos locales

Las municipalidades se rigen por presupuestos participativos anuales como instrumentos de administración y gestión, los cuales se formulan, aprueban y ejecutan conforme a la ley de la materia, y en concordancia con los planes de desarrollo concertados de su jurisdicción. El presupuesto participativo forma parte del sistema de planificación.

Las municipalidades, conforme a las atribuciones que les confiere el artículo 197 de la Constitución, regulan la participación vecinal en la formulación de los presupuestos participativos. [...].

102. Como puede apreciarse, la referida ley establece de forma explícita y vinculante que la participación vecinal activa es un elemento que forma parte de la organización de los Gobiernos locales en nuestro país.
103. En conclusión, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho al libre tránsito y el derecho al disfrute del tiempo libre, todos reconocidos en el artículo 2 de la Constitución, aseguran que cualquier persona pueda gozar de los beneficios de la ciudad o de cualquier espacio público de libre acceso en forma igualitaria, sin que sea necesario establecer un nuevo derecho que lo especifique.
104. Finalmente, los demandantes también solicitan que se reconozca el “derecho a un urbanismo armonioso y sostenible”, según el cual los ciudadanos deben participar

de un desarrollo urbanístico ordenado que asegure una relación armoniosa entre el hábitat, los servicios públicos, los equipamientos, los espacios verdes y las estructuras destinadas a los usos colectivos.

105. Este Tribunal considera que en realidad no existe tal derecho y que las medidas que se adopten con miras a alcanzar un desarrollo urbanístico armonioso y sostenible, que podría ser considerado como un fin deseable, deben ser decididas por los órganos competentes respetando siempre el ordenamiento jurídico nacional.
106. Por cierto, los ciudadanos también tienen participación activa en el desarrollo local como ya se pusiera de relieve *supra*, sin mencionar que, al elegir a sus autoridades, toman especialmente en cuenta las propuestas respecto del desarrollo de la ciudad.
107. Una pretensión como la expresada en la demanda presupone que este Tribunal tendría competencia para orientar las políticas gubernamentales en determinado sentido, algo que no sería coherente con el principio de corrección funcional que orienta el desarrollo de su labor.
108. Efectivamente, la armonía del urbanismo o los mecanismos para alcanzar su sostenibilidad admiten diferentes vías de concreción que no pueden ser decididas por este Tribunal Constitucional.
109. Por último, corresponde poner de relieve que la Constitución ya contiene garantías para la protección del medio ambiente, y eso involucra la sostenibilidad de las diversas actividades, lo que haría innecesario reconocer un derecho que apunte a garantizarla únicamente en el ámbito urbano.
110. Estando a las razones expuestas, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por los ciudadanos del distrito de Lince; y, en consecuencia:
 - a. Inconstitucional el segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL, en cuanto establece niveles de zona de protección especial en la zona sur del Parque Ramón Castilla.
 - b. Inconstitucional el inciso “h” del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL que prohíbe la aglomeración de personas o manifestaciones en el Parque Ramón Castilla.

2. **INTERPRETAR** el inciso “s” del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL como constitucional siempre que dicha disposición y su referencia a “actividades de cualquier otra índole” permitan el ejercicio del derecho al disfrute del tiempo libre, ya sea de manera individual o colectiva, de manera razonable dentro de los límites del parque Ramón Castilla, ello siempre de la mano con la obligación del respeto que los terceros deben procurar al medio ambiente (flora y fauna) y a la propiedad pública, para evitar su alteración, deterioro o destrucción, tanto en áreas verdes, áreas de circulación interna u otras construcciones internas necesarias para mantener el ornato público.
3. **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.
4. **IMPROCEDENTE** la demanda respecto del inciso “e” del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, por haberse producido la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE BLUME FORTINI

Lima 16 de junio de 2020

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por la ponencia, tanto por cuanto declara **FUNDADA EN PARTE** la demanda, como por la interpretación conforme allí planteada. Sin embargo, considero pertinente realizar algunas precisiones que a continuación expongo:

1. Nuestra responsabilidad como jueces constitucionales del Tribunal Constitucional peruano incluye pronunciarse con resoluciones comprensibles, y a la vez, rigurosas técnicamente. Si no se toma en cuenta ello, el Tribunal Constitucional falta a su responsabilidad institucional de concretización de la Constitución, pues debe hacerse entender a cabalidad en la comprensión del ordenamiento jurídico conforme a los principios, valores y demás preceptos de esta misma Constitución.
2. En ese sentido, en la sentencia se utiliza la noción de “contenido esencial” para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que “merece reconocimiento y protección a través del proceso de inconstitucionalidad”, a diferencia de otros ámbitos que, si bien forman parte del derecho, no están incluidos su “contenido esencial” y, por ende, no merecerían tutela a través de otros procesos constitucionales, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los llamados contenido “no esencial” o “adicional”).
3. Al respecto, conviene además tener presente que en la jurisprudencia de este Tribunal se encuentra que la expresión “contenido esencial” se ha usado de distinto modo. En especial, ha sido entendida como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales; como un contenido iusfundamental que solo puede hallarse tras realizar un examen de proporcionalidad; o como aquel contenido iusfundamental protegido directamente por la Constitución que permite la procedencia del amparo, entre otros usos.
4. En lo que concierne al uso que se le da en esta sentencia, dicha comprensión ha requerido que este órgano colegiado establezca “listas” de contenidos iusfundamentales, a través de las cuales el Tribunal instituye cuáles ámbitos del derecho considera como parte del contenido esencial y cuáles quedan fuera. Esta operación, qué duda cabe, es sumamente discrecional, y por ello, corre el riesgo de devenir en arbitraria, máxime si se encuentra en el escenario de determinar el contenido de derechos no expresamente reconocidos en la Constitución peruana vigente.
5. Al respecto, y como hemos explicado en otras oportunidades, consideramos que esta noción de “contenido esencial” suele generar confusión y no aporta mucho más que la noción de “contenido de los derechos”, a secas. Téngase presente que, finalmente, la expresión utilizada por el Código Procesal Constitucional es la de “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos.

6. Por otro lado, el reconocimiento de un derecho como fundamental (ya sea en mérito a que así lo señala directamente un precepto constitucional o en función a que puede inferirse esa consideración de la denominada cláusula de derechos implícitos) no necesariamente nos precisa el ámbito de acción en el cual el ordenamiento jurídico peruano admitirá la exigibilidad de estos. Estamos pues ante dos puntos donde, como veremos a continuación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos trae algunas luces, pero se encuentra lejos de despejar ciertas sombras.
7. El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo el derrotero que le marcaba el texto de 1993, ha establecido en muchos casos encontrarse ante derechos fundamentales no explícitamente reconocidos en la Constitución vigente pero que de todas maneras demandan los mismos niveles de tutela exigibles a todo otro derecho fundamental. Ahora bien, y ya sin entrar a distinguir si asume como sinónimos las denominaciones “derechos innominados” y “derechos implícitos”, el alto Tribunal desafortunadamente no siempre ha sido claro para explicar qué le permite establecer que estamos ante un “nuevo” derecho fundamental, o frente a otras expresiones de derechos ya reconocidos como tales.
8. Como suele ocurrir en estos temas, habitualmente lo señalado se entiende mejor si nos valemos de algún ejemplo para hacer notar sus alcances y repercusiones con mayor detalle: se ha entonces señalado la existencia de un derecho a la verdad, el cual no solamente derivaría “[...] de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44 establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que vulneran o amenazan con vulnerar la dignidad del hombre. A ello añadiría que si bien hay derechos como el derecho a la verdad que no cuenta con un reconocimiento expreso en el texto de 1993, estamos ante un derecho plenamente pasible de tutela, y que

“[...] en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los hechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente”. Añadiéndose finalmente sobre el derecho a la verdad que “[...] este tiene una configuración autónoma, una textura propia, que lo distingue de otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar”.
9. Como bien se puede apreciar, en este caso, el cual desafortunadamente no es el único sobre el particular, no es fácil determinar en qué se sustenta una decisión tan importante como la de considerar que estamos ante un nuevo derecho fundamental, y no ante la nueva expresión de, si cabe la expresión, “un viejo derecho”
10. A nuestra anterior aseveración hay que añadir como en otros supuestos el Tribunal Constitucional peruano ha puesto más bien énfasis en resaltar que estamos ante un contenido implícito de un derecho al cual la Carta de 1993 expresamente le reconoce la condición de Derecho Fundamental. Esto es lo predicable, por ejemplo, de los

derechos de acceso a la justicia y a la ejecución de sentencias, a los cuales se asume como expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional; o frente a los derechos a la prueba en el procedimiento y de la libertad de ejercicio de la profesión, considerados como contenido implícito de los derechos a un debido proceso y a la libertad de trabajo, respectivamente. Sin embargo, revisando esos casos veremos cómo se llega a conclusiones cuyos fundamentos desafortunadamente no están explícitamente consignados.

11. Finalmente, debo hacer énfasis sobre la obligación de un juez(a) constitucional de preservar una interpretación conforme a la Constitución. La cual tiene como elemento indispensable a la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Esta presunción de constitucionalidad no se sustenta en una mera diferencia al legislador, sino que encuentra su red fundamento en la legitimidad con que cuentan las actuaciones de, por ejemplo, el órgano legislativo y representativo; la eficacia de las normas generadas por el legislador; y la garantía del principio de separación de poderes. Es así que, entre varios sentidos normativos un juez, en un caso concreto, el juez(a) constitucional tendrá que optar por aquel sentido que mantenga la norma en el cauce constitucional (que, excepcionalmente, que permita acotar la inconstitucionalidad al menor ámbito de acción posible).
12. Ahora bien, para ello será necesario realizar una adecuada distinción entre disposición y norma. En términos muy difundidos, entre otros, por Guastini, se llamará “disposición” a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes. “Norma” será cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido a una disposición¹. Esta distinción disposición-norma es aquello que permite que un juez pueda optar por aquella interpretación constitucional que será precisamente más atenta a observar la legitimidad constitucional y democrática de las normas emitidas por el Congreso.
13. Partiendo de lo aquí afirmado, la obligación del juez constitucional se va delineando no solo hacia optar por la norma que permita salvar la constitucionalidad de cualquier disposición impugnada, sino también va a dirigir a todos sus esfuerzos por llegar a ese resultado. Ahora bien, si ello puede predicarse como algo obligatorio para todos los jueces en las interpretaciones que realizan, conviene aquí anotar que en el caso del Tribunal Constitucional esto implica algunos matices a tomar en cuenta.
14. Y es que corresponde al Tribunal Constitucional, conforme al artículo 202, inciso 1, conocer el proceso de inconstitucionalidad en instancia única, en lo que constituye un control abstracto de las normas. Dicha competencia, que puede tener como consecuencia la expulsión de una norma del ordenamiento, no debe ser ejercida, como ya la experiencia y años de jurisprudencia lo demuestran, de forma mecánica.

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

15. Justamente este Tribunal encontró que para tratar temas tan sensibles como el de la denominada “Legislación Antiterrorista”, y otorgar una salida constitucional a la normativa prevista sin dejar de lado los fines que buscaba las diferentes disposiciones previstas en su texto original. Podemos afirmar, pues, que aquella perspectiva que entiende el control de constitucionalidad como un ejercicio que se debate solo entre dos opciones (constitucional - inconstitucional sin mayor análisis) ha quedado obsoleta. La complejidad de los casos puestos en conocimiento de un Tribunal Constitucional, y el alto interés público que supone la resolución de dichos casos, obliga a observar opciones que vayan más allá del falso dilema de contar solo con dos posibilidades.
16. Es así que se apuntala la interpretación conforme como una posibilidad para salvar, en función de la distinción entre la disposición y la norma, sentidos constitucionales para una disposición que, leída equivocadamente, podría dar lugar a normas inconstitucionales. El origen de este ejercicio proviene de la jurisprudencia norteamericana, como lo explican Fix-Zamudio y Ferrer MacGregor:

“la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos previamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. En primer lugar, de acuerdo con dicha jurisprudencia, todas las normas generales deben interpretarse in harmony with the Constitution, principio al que debe agregarse la regla sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema. De acuerdo con estos principios una norma general no debe declararse inválida así sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la sentencia estimatoria posee efectos generales como en el sistema europeo.”²

17. Ahora bien, y yendo ya a lo que corresponde al caso que nos ocupa, si bien la sentencia ha realizado una interpretación conforme a la Constitución del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, impidiendo que se formule una norma que sea incompatible con la Constitución. Este Tribunal, a su vez, debe ser preciso con las disposiciones de los fallos de sus sentencias para garantizar su cumplimiento. Por ello, soy de la opinión que la sentencia debió especificar, respecto al primer extremo de su fallo, que la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL se produjo por la zonificación referente a la contaminación sonora. Es decir, la “zona de protección especial contra el ruido”.

S. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

Pleno. Sentencia 432/2020

EXP. N° 00029-2018-PI/TC

Caso Ley de la Carrera del Trabajador Judicial

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

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló fundamento voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que el voto mencionado se adjunta a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

PLENO JURISDICCIONAL
SENTENCIA 00029-2018-PI/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

20 de agosto de 2020

Caso Ley de la Carrera del Trabajador Judicial

PODER EJECUTIVO
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

**Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo
contra la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial**

Magistrados firmantes:

SS.

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

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Ley 30745	Constitución Política del Perú - artículo 2.2 - artículo 40 - artículo 43 - artículo 118.8 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - artículo 46

I. ANTECEDENTES

- A.** Petitorio constitucional
- B.** Argumentos de las partes
 - B-1.** Demanda
 - B-2.** Contestación de la demanda
- C.** Otras intervenciones procesales

II. FUNDAMENTOS

- §1.** Determinación del alcance de la disposición sometida a control de constitucionalidad
- §2.** Sobre los alcances de la carrera administrativa según la Constitución Política de 1993
 - 2.1.** La configuración legal de la carrera administrativa a través de la ley servir
 - 2.2.** Los pronunciamientos del tribunal constitucional sobre la constitucionalidad de la ley servir y su incidencia en la carrera administrativa
 - 2.3.** Análisis de constitucionalidad de la ley impugnada
- §3.** Sobre la presunta vulneración del principio-derecho de igualdad
- §4.** Sobre la presunta vulneración de la atribución constitucional del presidente de la república de reglamentar las leyes

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de agosto de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 7 de diciembre de 2018, el procurador público especializado en materia constitucional, en representación del Poder Ejecutivo, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30745, Ley de la Carrera del Trabajador Judicial.

Por su parte, con fecha 26 de marzo de 2019, el jefe de la Oficina de Defensa de las Leyes del Congreso de la República contestó la demanda negándola en todos sus extremos, por lo cual solicitó que se declare infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la ley impugnada que, a manera de resumen, se presenta a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El procurador público especializado en materia constitucional a cargo de los asuntos del Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 30745, Ley de la Carrera del Trabajador Judicial, se debe declarar inconstitucional; toda vez que la norma impugnada transgrede diversos principios, reglas y valores constitucionales.
- Así, para el demandante, la ley cuestionada vulnera el artículo 40 de la Constitución (carrera administrativa), el principio de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución) y la atribución del presidente de la República de reglamentar las leyes (artículos 43 y 118.8 de la Constitución), especialmente, en el ámbito de las materias que le han sido reservadas por el ordenamiento jurídico (artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en adelante LOPE), entre otros límites derivados de la Constitución y de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.
- Afirma que, si bien el legislador goza de un amplio margen en la configuración del contenido y en el alcance específico de la carrera administrativa, no cuenta con una

discrecionalidad absoluta o ilimitada. En tal sentido, sostiene que el desarrollo de tal actividad debe considerar la finalidad esencial de la carrera administrativa, la cual consiste en establecer un estatuto jurídico de los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito, así como garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución.

- Refiere que este Tribunal, en la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados (caso Ley Servir 1), ha resuelto que solo estaría justificada la exclusión de determinados grupos de servidores públicos del régimen Servir sobre la base de razones objetivas relacionadas con la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio.
- En tal sentido, manifiesta que todas las exclusiones que realice el legislador se deben fundamentar en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión. La exclusión de determinados servidores públicos del régimen Servir no se puede basar solo en la particularidad de la actividad que realizan, puesto que las funciones de cada órgano del Estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes.
- Con base en lo anterior, argumenta que las labores realizadas por los trabajadores del Poder Judicial no justifican la creación de un régimen especial distinto al régimen general de carrera pública administrativa. En ese sentido, advierte que no se debe confundir la labor de un trabajador del Poder Judicial con la que realizan los jueces, pues esta última implica ejercer la función jurisdiccional y esto configura una situación que, efectivamente, justifica un régimen especial como el regulado por la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial.
- Además, añade que este Tribunal sostuvo, en el fundamento 79 de la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados ya citada, que la labor que realizan los auxiliares jurisdiccionales no tiene una naturaleza especial o particular.
- Por otra parte, alega que, según el artículo 3 de la ley impugnada, este régimen especial se aplica a quienes ejercen las labores de asistentes administrativos, cajeros, psicólogos, secretarías, digitadores, choferes e, incluso, anfitrionas, entre otros, lo cual evidencia que no ostenta una naturaleza especial o particular que justifique su exclusión del régimen Servir.
- Por otro lado, afirma que la Ley 30745 resulta inconstitucional, puesto que transgrede el principio de igualdad establecido en el artículo 2.2 de la Constitución. En tal sentido, sostiene que para analizar la invocada vulneración de dicho principio se deberá aplicar el test de igualdad, el cual exige, como paso previo, la identificación de un término de comparación válido.
- Por ello, señala que, en el presente caso, el término de comparación está constituido por los trabajadores que se encuentran en los alcances de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil; puesto que desempeñan labores similares a las de los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial.

- En cuanto a la determinación de un tratamiento legislativo diferente, sostiene que el régimen laboral y disciplinario exclusivo para los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial tiene diferencias sustanciales respecto a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil. Estas inciden, principalmente, en las condiciones de acceso a la carrera, en las condiciones laborales y en el ejercicio de derechos colectivos, tales como el acceso a la función pública y su desempeño en condiciones de igualdad de oportunidades en cuanto al trabajo, la adecuada protección contra el despido arbitrario y el derecho a la huelga.
- Respecto a la determinación de la intensidad de la intervención, sostiene que, en tanto la distinción establecida en la ley afecta diversos derechos fundamentales mencionados en el párrafo anterior, se ha incurrido en una intervención de grave intensidad.
- En cuanto a la determinación de la finalidad del tratamiento diferente, sostiene que el trato distinto otorgado por la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial no obedece a un fin constitucionalmente legítimo, pues crea un régimen especial de la carrera administrativa sin que ello se encuentre justificado en la especial naturaleza de las funciones que desempeña este grupo de servidores públicos.
- En lo que respecta al personal jurisdiccional del Poder Judicial, la parte demandante reitera la cita del fundamento 79 de la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, en cuanto sostuvo que sus actividades no tienen una especial naturaleza que justifique la creación de un régimen particular.
- Asimismo, en lo que concierne al personal administrativo del Poder Judicial, la parte demandante añade que las funciones que cumplen dichos trabajadores en los órganos de apoyo y administración interna encargados de la planificación, de la asesoría y del apoyo a las funciones sustantivas de este Poder del Estado no son exclusivas de esta institución, sino transversales a cualquier entidad pública.
- Por ello, esta parte sostiene que tales actividades no tienen una naturaleza especial, lo cual provoca que la exclusión de dicho personal de los alcances de la Ley 30057 carezca de sustento constitucional.
- Por lo anteriormente mencionado, concluye que la medida otorga un trato diferenciado injustificado, puesto que las labores realizadas por los trabajadores del Poder Judicial no son especialmente diferentes de las que efectúan otros trabajadores que se encuentran bajo los alcances de la Ley Servir.
- Por último, sostiene que el Congreso de la República no ha respetado la atribución del Poder Ejecutivo en la reglamentación de las leyes, establecida en el artículo 118.8 de la Constitución, por cuanto la Tercera Disposición Complementaria Final de la ley cuestionada establece que el Poder Judicial debe emitir las disposiciones reglamentarias necesarias para su aplicación.
- Con relación a esto último, alega que la atribución de reglamentar las leyes aprobadas por el Congreso corresponde al Poder Ejecutivo, según el mandato constitucional

previamente referido, sin que pueda ser ejercida legítimamente por otra entidad estatal. Por lo tanto, el Congreso no puede, en virtud de una ley, invadir dicha materia reservada al Poder Ejecutivo y conferirla a otro Poder u órgano constitucional.

- Atendiendo a esa circunstancia, el procurador de la parte demandante solicita que la ley cuestionada se declare inconstitucional por vulnerar también el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43 de la Constitución.
- De manera complementaria, la parte demandante refiere que se ha invadido una materia reservada al Poder Ejecutivo, según lo dispuesto en el artículo 46 de la LOPE. En efecto, según dicha norma, el Poder Ejecutivo es el ente rector de los sistemas administrativos del Estado. Por ello, los reglamenta y establece sus condiciones de operatividad en todas las entidades públicas, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.
- En ese sentido, el Poder Ejecutivo es el ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH), encargado de la organización y gestión del empleo público. Por lo tanto, a este Poder del Estado le corresponde emitir las normas infralegales relacionadas con la política pública sobre dicha materia.
- Sobre esto último, el demandante indica que, aun cuando el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia haya indicado que los órganos constitucionales pueden expedir reglamentos al amparo de leyes orgánicas o de creación, en este caso, dicho supuesto no se configura; puesto que la ley que habilita al Poder Judicial a dictar las “disposiciones reglamentarias necesarias” para su aplicación no es orgánica, sino ordinaria que establece un régimen laboral exclusivo para sus trabajadores jurisdiccionales y administrativos.
- Por las razones expuestas, el procurador de la parte demandante señala que la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30745, al establecer que el Poder Judicial debe emitir las disposiciones reglamentarias necesarias para su aplicación, invade las competencias reservadas al Poder Ejecutivo para reglamentar las políticas públicas sobre la organización y gestión del empleo público, lo que resulta contrario a la Constitución.
- Por todos estos argumentos, el demandante concluye que la Ley 30745 se debe declarar inconstitucional en su totalidad, lo cual debe alcanzar por conexidad al reglamento de dicha ley, aprobado por el Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa 216-2018-CE-PJ.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

- La parte demandada sostiene que la Ley 30745 no presenta vicios de inconstitucionalidad y que, por lo tanto, la demanda se debe declarar infundada en todos sus extremos.
- Afirma que la Ley 30745 no vulnera el artículo 40 de la Constitución, toda vez que el ingreso a la carrera administrativa de los servidores públicos, sus derechos, deberes

y responsabilidades deben ser regulados por ley, siendo esta una atribución propia del Congreso de la República.

- Asimismo, sostiene que es legítimo establecer diferencias en el régimen de la carrera de los trabajadores judiciales frente al régimen de la Ley Servir, en atención a la naturaleza y particularidad de las funciones que desempeña dicho personal.
- De esa manera, afirma que las funciones que ejercen los trabajadores del Poder Judicial se conectan íntimamente con la labor sustantiva de impartir justicia y que su ingreso a la función pública reviste mayores exigencias que las previstas para un servidor público del régimen general. Por consiguiente, el ejercicio de dicha función pública demanda especiales deberes y responsabilidades más rigurosas, así como especiales prohibiciones e incompatibilidades.
- Además, señala que el artículo 48 del Código Procesal Civil establece que las funciones del juez y de sus auxiliares son de derecho público, y que realizan una labor en conjunto. En ese sentido, existen similitudes en los deberes de los jueces y los trabajadores judiciales que la norma cuestionada prevé. Por lo tanto, concluye que se justifica la creación de un régimen especial que difiera del regulado por la Ley Servir.
- Por otro lado, el apoderado del Congreso de la República sostiene que en la controversia no se advierte una diferenciación jurídicamente relevante, dado que no se han previsto consecuencias jurídicas distintas a supuestos iguales. Aduce, por el contrario, que las funciones desempeñadas por los trabajadores del Poder Judicial tienen una naturaleza especial, diferente de las actividades que realizan los servidores del régimen de la Ley Servir.
- De este modo, refiere que el término de comparación ofrecido por la parte demandante no es idóneo, por lo cual no correspondería realizar el test de igualdad. Así, concluye que la ley no ha vulnerado el principio-derecho de igualdad incorporado en el artículo 2.2 de la Constitución.
- El demandando también sostiene que la ley cuestionada no contraviene las atribuciones del Poder Ejecutivo, conferidas por el orden jurídico-constitucional; toda vez que la Tercera Disposición Final de la Ley 30745 únicamente estipula que la facultad de reglamentación sea ejercida por el Poder Judicial mediante una norma de rango inferior a las normas reglamentarias que corresponde emitir al Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo.
- Asimismo, señala que el Tribunal Constitucional ha reconocido, mediante la Sentencia 0047-2004-PI/TC, la potestad de los demás órganos constitucionales autónomos de emitir reglamentos, que no serán los mismos que las normas emitidas por el Poder Ejecutivo, a tenor de la competencia prevista en el artículo 118.8 de la Constitución.
- Además, sostiene que, mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS, el Poder Ejecutivo reconoció la autonomía política, administrativa, económica, disciplinaria y normativa del Poder Judicial a través de su Consejo Ejecutivo.

- Por todos estos argumentos, la parte emplazada solicita que la demanda se declare infundada en todos sus extremos y, en consecuencia, que se confirme la constitucionalidad de la Ley 30745.

C. OTRAS INTERVENCIONES PROCESALES

- El Tribunal ha recibido varias solicitudes de diferentes organizaciones y personas para ser incorporados al presente proceso.
- Así, mediante el escrito del 6 de febrero de 2019, la Federación de Trabajadores del Poder Judicial (Fetrapoj) se apersonó y solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de tercero, lo cual fue admitido por este Tribunal mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2019.
- Asimismo, el 18 de marzo de 2019, la Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores del Poder Judicial (Fenasipoj-Perú) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de tercero, lo cual fue admitido mediante el auto de fecha 21 de marzo de 2019.
- Con fecha 27 de marzo de 2019, el Sindicato Único de Trabajadores del Poder Judicial (Sutrapoj-Lima) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de tercero, lo cual fue admitido por este Tribunal mediante el auto de fecha 4 de abril de 2019.
- Mediante el escrito de fecha 11 de marzo de 2019, la Federación Nacional de Trabajadores del Poder Judicial del Perú (FNTPJ) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. Este Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2019.
- Asimismo, con fecha 11 de marzo de 2019, el Sindicato de Empleados Judiciales de Lima Metropolitana (SIDEJULM) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. El Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2019.
- Mediante el escrito de fecha 27 de marzo de 2019, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Apurímac solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. No obstante, este Tribunal admitió su participación en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 4 de abril de 2019.
- Con fecha 29 de marzo de 2019, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Amazonas solicitó su inclusión en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. El Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 4 de abril de 2019.
- De la misma manera, mediante el escrito del 15 de abril de 2019, la Procuraduría Pública del Poder Judicial solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. No obstante, este Tribunal admitió su participación en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 15 de agosto de 2019.

- Además, el 26 de abril de 2019, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Lambayeque solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. El Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 30 de abril de 2019.
- Los terceros sostienen, uniformemente, que el legislador posee amplia discrecionalidad para regular el régimen laboral de los servidores públicos. En ese sentido, afirman que, en el caso de la expedición de la Ley 30745, la naturaleza especial de las labores de los trabajadores del Poder Judicial justifica el trato diferenciado respecto de los demás servidores públicos pertenecientes al régimen establecido por la Ley Servir.
- Indican que las funciones que ejercen los trabajadores del Poder Judicial se conectan íntimamente con la labor sustantiva de impartir justicia y que su ingreso a la función pública reviste mayores exigencias que las previstas para un servidor público del régimen general. Esto también se observa en los deberes, en las responsabilidades, en las especiales prohibiciones y en las incompatibilidades previstos en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de tales funciones.
- Por todas estas consideraciones, concluyen que es legítimo establecer diferencias entre el régimen de la carrera del trabajador judicial y el régimen de la Ley Servir, en atención a la naturaleza y particularidad de las funciones que desempeñan los trabajadores del Poder Judicial.
- Además, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Lambayeque sostiene que la Ley 30745 no contraviene el artículo 40 de la Constitución, dado que el ingreso a la carrera administrativa de los servidores públicos, sus derechos, deberes y responsabilidades se deben regular a través de una ley del Congreso de la República. Señala que la Constitución otorga la facultad al legislador no solo de regular la carrera administrativa según parámetros generales, sino también de prever regímenes especiales de acuerdo con la naturaleza particular de la labor realizada por el trabajador.
- Asimismo, afirma que la regulación del régimen de los trabajadores judiciales mediante la norma señalada se debe a la naturaleza especial de los servicios que realizan. Sostiene que el trabajo de dicho personal está vinculado directa y únicamente a la administración de justicia y que, para el ejercicio de sus funciones, se deben especializar en diversas áreas del derecho, como penal, procesal penal, laboral, civil, etcétera.
- Alega que los trabajadores del área jurisdiccional se deben preparar de forma permanente, respecto a los alcances de la normatividad legal vigente, para ejercer debidamente sus funciones como auxiliares de los órganos del Poder Judicial.
- Dicho sindicato señala que la naturaleza de la participación de los auxiliares jurisdiccionales no se limita a brindar un simple apoyo a los jueces, lo cual se evidencia en el hecho de que el aludido personal comparte con estos últimos las responsabilidades disciplinarias al ejercer sus funciones. Sostiene que los trabajadores jurisdiccionales se dedican a tiempo completo, sin poder ejercer su profesión fuera de la institución,

mientras que los servidores públicos de otros sectores no brindan servicios con exclusividad y, por el contrario, sí pueden ejercer patrocinio o cualquier otra actividad que genere ingresos adicionales.

- Por todos estos argumentos, solicitan que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

II. FUNDAMENTOS

§1. DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN SOMETIDA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. En el presente caso, los demandantes cuestionan la totalidad de la Ley 30745 por considerar que ha incurrido en diversos vicios de inconstitucionalidad por el fondo. En concreto, para los demandantes, la ley en mención vulnera diversos principios, reglas y valores constitucionales expresados en los artículos 2.2., 40 y 118.8 de la Constitución, además de contravenir normas de desarrollo constitucional (artículo 46 de la LOPE).

§2. SOBRE LOS ALCANCES DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

2. Según el artículo 39 de la Constitución: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”. A su vez, el artículo 40 dispone que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos públicos o de confianza [...]”.
3. Con respecto a lo primero, en la Sentencia 0008-2005-PI/TC, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

[...] la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública (fundamento 14).
4. La relevancia de dicha finalidad esencial del “servicio a la Nación” que realizan quienes prestan servicios al Estado peruano en clave de ciudadanía, derechos fundamentales, democracia y constitucionalismo se encuentra recogida en el desarrollo que este Tribunal ha realizado sobre la concepción de función pública bajo el orden constitucional instaurado por la carta fundamental de 1993.
5. Al respecto, en el capítulo IV, titulado “De la función pública”, de la Constitución Política del Perú de 1993 (artículos 39 a 42), se ha desarrollado el marco constitucional correspondiente a la función pública.

6. Cabe mencionar que el propio constituyente, en el artículo 40 de la Constitución antes mencionado, ha excluido del carácter de función pública a las actividades o funciones que realizan “los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”. Sin embargo, ello no los exime del cumplimiento de los deberes y de las responsabilidades que correspondan de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente.
7. Los alcances de la concepción de función pública, antes mencionada, han sido precisados por este órgano de control de la Constitución en variada jurisprudencia. En efecto, en las Sentencias 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, este Tribunal se refirió a la función pública en los siguientes términos:

Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales (fundamento 52).

8. Asimismo, en dicha sentencia, se clasificó a la función pública en:
 - i) función pública representativa, que se refiere a los cargos o funciones de representación política y que se encuentran directamente relacionados con el ejercicio del derecho a ser elegido, contemplado en el artículo 31 de la Constitución; y
 - ii) función pública no representativa o profesionalizada, que ejercen todos los servidores públicos de los diversos niveles de la administración del Estado (central, regional y local), de los poderes del Estado y de toda institución pública en general (fundamento 51).
9. Posteriormente, en la Sentencia 5057-2013-PA/TC, este Tribunal indicó que “la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado” (fundamento 8). Asimismo, añadió que “la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado”.
10. Adicionalmente, se debe tener presente que en el artículo 2 de la Ley 27815, que aprueba el Código de Ética de la Función Pública, se ha definido a dicha función como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.
11. Ahora bien, no toda persona que realiza o se vincula a la función pública se encuentra en la carrera administrativa. A dicha conclusión ha llegado este Tribunal luego

de advertir que el artículo 39 de la Constitución no ha expresado que, efectivamente, todos los funcionarios y trabajadores públicos realicen carrera administrativa. Por el contrario, se aprecia, más bien, que dicha carrera ha sido establecida en un artículo distinto al artículo 40 de la norma fundamental (Sentencia 0025-2013-PI/TC, fundamentos 75-76).

12. Por otro lado, cabe precisar que este Tribunal ha indicado que todo ciudadano tiene derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, que es un principio de raigambre iusfundamental, aun cuando no haya sido contemplado expresamente en el texto constitucional y ello es así por cuanto ha sido reconocido en diversos tratados internacionales en materia de derechos ratificados por el Estado peruano; por ejemplo:

Artículo 25, literal “c” del PIDCP: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

[...]

- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Artículo 23.1, literal “c” de la CADH: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

13. Corresponde advertir que dichas disposiciones se han incorporado al ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Constitución. Además, constituyen una pauta interpretativa obligatoria para los operadores jurídicos de las libertades y de los derechos reconocidos constitucionalmente, según lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
14. Este Tribunal tiene resuelto que se trata de un derecho fundamental cuyo contenido está comprendido por las siguientes facultades:
- a. Acceder o ingresar a la función pública;
 - b. Ejercerla plenamente;
 - c. Ascender en la función pública; y d. Condiciones iguales de acceso.

15. Adicionalmente, señaló que existe un principio consustancial, que es el vinculado al mérito tanto en el ingreso como en el ascenso en el ámbito de la carrera administrativa.
16. En segundo lugar, en relación con la carrera administrativa, este Tribunal ha interpretado que la Constitución ha previsto su configuración como un bien constitucional y que es el legislador democrático a quien corresponde regular el ingreso, los derechos, los deberes y las responsabilidades de los servidores públicos. Ahora bien, como toda actuación de los poderes públicos, el ejercicio de dicha competencia por parte del Poder Legislativo debe respetar los principios, las reglas y los valores constitucionales.
17. Efectivamente, este Tribunal Constitucional no tiene competencia para determinar quién debe formar parte o no de la carrera administrativa. Se limita a evaluar la legitimidad constitucional de las normas legales que regulan dicha materia si se presentan demandas al respecto.
18. En ese sentido, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la constitucionalidad de las normas vinculadas a la carrera administrativa. Así, en la Sentencia 0008-2005-PI/TC, se sostuvo que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a *un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador* (fundamento 44).
19. Cabe recordar que, en la Sentencia 3446-2004-PA/TC, este Tribunal sostuvo que con esta disposición constitucional se delega en el legislador ordinario la facultad para organizar la carrera administrativa, precisando que mediante ley se establecerán las reglas para el ingreso a la misma y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. De esta forma se dota a los servidores públicos de las garantías mínimas para ejercer su función social. Bajo tal premisa, la norma constitucional complementa lo estipulado con relación al ingreso a la carrera administrativa, exceptuando de esta a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, *dada la característica de permanencia que rodea al servidor público luego de su ingreso a la carrera administrativa* (fundamento 3) [cursiva agregada].
20. En suma, al tratarse de un bien constitucional, este Tribunal considera que la Constitución ha reservado al legislador democrático la competencia de la regulación de dicha carrera administrativa, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución.
21. En lo referente a la reserva de ley antes mencionada, este Tribunal ha indicado lo siguiente:

[...] debía entenderse como una de “acto legislativo”, y que la misma no era omnicompreensiva para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley –como puede ser el caso de una ordenanza

municipal por ejemplo–, pues se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones y límites de los derechos constitucionales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad [...] (Sentencia 05057-2013-PA/TC, fundamento 8).

22. En atención a lo anterior, este Tribunal estima pertinente reiterar que el ejercicio de dicha competencia corresponde al legislador en el ámbito de lo constitucionalmente posible, siempre que se respeten los límites explícitos e implícitos de la Constitución. Entre ellos, se encuentran los derechos fundamentales, cuyos contenidos inderogables o elementos indecibles emanan del bloque de constitucionalidad, tales como los derechos dimanantes del régimen constitucional del trabajo y, específicamente, de la relación laboral de los trabajadores públicos en el marco de la norma fundamental, así como los deberes y las responsabilidades propias de su elevada misión.
23. Dicho régimen jurídico de base constitucional ha sido configurado por el legislador en la actualidad mediante la Ley 30057 (en adelante, Ley Servir), publicada el 4 de julio de 2013; objeto de posteriores modificatorias y cuya constitucionalidad ha sido confirmada parcialmente por este Tribunal en diversos pronunciamientos que se analizarán a continuación.

2.1. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LA LEY SERVIR

24. La Ley Servir tiene como objeto y finalidad, según los artículos I y II de su título preliminar, lo que se detalla a continuación:

Artículo I. Objeto de la Ley [sic]

El objeto de la presente Ley [sic] es establecer *un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado*, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas [cursiva agregada].

Artículo II. Finalidad de la Ley [sic]

La finalidad de la presente Ley [sic] es que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran.

25. A su vez, en el artículo 1, dicha ley precisa que su ámbito de aplicación se extiende a las siguientes entidades públicas:
 - a) El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos.

- b) El Poder Legislativo.
 - c) El Poder Judicial.
 - d) Los Gobiernos Regionales. e) Los Gobiernos Locales.
 - f) Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
 - g) Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público.
26. Cabe precisar que la propia ley ha regulado, en los términos de su Primera Disposición Complementaria Final, que determinados servidores se encuentran excluidos de sus alcances, dada la naturaleza especial o particular de los servicios prestados al Estado y la existencia de las carreras especiales, cuya conformidad constitucional ha sido establecida de acuerdo con lo expresado en la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados.
27. Asimismo, en el artículo 2 de la ley, se ha dispuesto la siguiente clasificación de los servidores civiles de las entidades públicas:
- a) Funcionario público.
 - b) Directivo público.
 - c) Servidor Civil de Carrera.
 - d) Servidor de actividades complementarias.
- En cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza.
28. Además, en el artículo 3 de la Ley Servir, se desarrollaron, entre otros, los siguientes conceptos:
- a) **Funcionario público.** Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.
 - b) **Directivo público.** Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial.
 - c) **Servidor civil de carrera.** Es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.
 - d) **Servidor de actividades complementarias.** Es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.

- e) **Servidor de confianza.** Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa.
 - a) **Puesto.** Es el conjunto de funciones y responsabilidades que corresponden a una posición dentro de una entidad, así como los requisitos para su adecuado ejercicio. Se encuentra descrito en los instrumentos de gestión de la entidad [...].
29. Asimismo, dicha ley comprende cinco títulos relativos a las siguientes temáticas:
- i. Título I: Disposiciones Generales
 - ii. Título II: Organización del Servicio Civil
 - iii. Título III: Del Régimen del Servicio Civil
 - iv. Título IV: De los grupos de servidores civiles del Servicio Civil
 - v. Título V: Régimen disciplinario y procedimiento sancionador
30. Con relación al título IV, “De los grupos de servidores civiles del Servicio Civil”, en el capítulo III (artículos 65 a 73), se ha establecido la regulación correspondiente de manera específica a los servidores de carrera identificando sus funciones, las características de su contratación, la incorporación al grupo de servidores civiles de carrera, el reingreso, la progresión de los servidores civiles de carrera, la consecuencia de la progresión, el requisito para participar en un concurso de méritos transversal, el periodo de prueba y la suplencia en el período de prueba.
31. Asimismo, en el artículo 65 de la Ley Servir, se detallaron las funciones del servidor civil de carrera en los siguientes términos:

Artículo 65. Funciones del servidor civil de carrera

El servidor civil de carrera realiza actividades directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad pública en el ejercicio de una función administrativa, la prestación de servicios públicos, o la gestión institucional. El Servicio Civil de Carrera es un sistema único e integrado.

No comprende a los funcionarios, los directivos públicos, los servidores de confianza, los servidores de servicios complementarios ni los contratados temporalmente.

32. Más allá de ello, se debe precisar que el artículo 4 de esta ley da cuenta de la existencia de un sistema administrativo de gestión de recursos humanos encargado del establecimiento, del desarrollo y de la ejecución de la política del Estado en lo relativo al

Servicio Civil, lo cual incluye diversas normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas que emplean las entidades públicas cuando realizan la gestión del personal a su cargo.

33. Con respecto a lo anterior, el artículo 5 de la ley establece que dicho sistema está encabezado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), encargada de formular la política nacional del Servicio Civil, ejercer la rectoría del sistema y resolver las controversias, de conformidad con la normativa correspondiente. Este es el caso del Decreto Legislativo 1023, “Decreto Legislativo que crea la autoridad nacional del servicio civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos”, y sus modificatorias, “garantizando desde su elección como órgano técnico su autonomía, profesionalismo e imparcialidad”.

2.2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY SERVIR Y SU INCIDENCIA EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

34. Este Tribunal se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, respecto de la constitucionalidad por la forma y por el fondo de la Ley Servir.
35. Así, en la Sentencia 0018-2013-PI/TC, a través de una razón de relatoría, se refirió que se había alcanzado los votos de ley para declarar inconstitucional la expresión “o judicial” del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30057, sobre el traslado de servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 al régimen del Servicio Civil.
36. Posteriormente, en la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, este Tribunal declaró inconstitucionales diversas disposiciones de la Ley Servir e interpretó determinadas disposiciones a fin de salvar su constitucionalidad. De esta manera, confirmó la constitucionalidad de los demás artículos cuestionados.
37. En lo que aquí interesa, en dicha sentencia, este Tribunal indicó lo siguiente:

[...] es la Ley 30057, del Servicio Civil, la que, a través de un régimen único y exclusivo y con carácter general, regula el ingreso, permanencia, promoción y conclusión de vínculo laboral de las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como los derechos, deberes y responsabilidades. Así pues, la Constitución encarga al legislador, para que, dentro del ámbito de lo constitucionalmente posible, regule el servicio civil en función de los objetivos de la administración pública y los intereses de la sociedad (fundamento 59).

38. Con respecto a la naturaleza constitucional de la carrera administrativa, este Tribunal sostuvo en dicha sentencia lo siguiente:

El reconocimiento a nivel constitucional de la carrera administrativa busca, de un lado, establecer el *estatuto jurídico en el que se desarrollen los aspectos medulares*

del servicio civil relacionados con los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito, a fin de que las entidades alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad; y por otro, preservar a los servidores públicos al margen de la injerencia política o de otra análoga, a fin de garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución y los valores derivados de ella (fundamento 80) [cursivas agregadas].

39. En lo que concierne a los derechos fundamentales que se deben respetar en la configuración legal de la carrera administrativa, el Tribunal mencionó, en dicha sentencia, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (artículos 2.2 y 3 de la Constitución), el principio del ejercicio de la función pública al servicio de la nación (artículo 39 de la Constitución), el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario en la administración pública (artículo 27 de la Constitución) y el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral (fundamentos 88-90).
40. En cuanto a los alcances generales del Servicio Civil, este Tribunal también señaló en esta sentencia que, si bien la Ley Servir ha establecido una regulación que favorece la uniformidad en el régimen laboral para las personas que prestan servicios en las instituciones del Estado, el legislador, en el ámbito de lo constitucionalmente posible y de sus correspondientes competencias (artículo 102.1 de la Constitución), dispone de varias opciones de configuración del contenido de las leyes. En ese sentido, puede establecer distinciones, siempre que estén justificadas en la especial naturaleza o particularidad de la función desempeñada o de la prestación del servicio.
41. En lo que respecta a la carrera administrativa y a su desarrollo por el legislador, este Tribunal especificó, en la línea de pronunciamientos mencionados supra, lo siguiente:

[...] el hecho de que el legislador tenga libertad de acción dentro del margen de su discrecionalidad está condicionado a que no incumpla un mandato o transgreda una prohibición constitucional en general y, en particular, a que respete el principio de razonabilidad (artículos 3 y 200 de la Constitución). Este principio, según la doctrina consolidada de este Tribunal Constitucional, implica encontrar una justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan la actuación de los poderes públicos, constituyéndose en un mecanismo de control o de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, a efectos de que las decisiones que se tornen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y no sean arbitrarias (fundamento 9, STC 0006-2003-AI//TC, fundamento 12 de la STC 1803-2004-AA/TC, entre otros) (fundamento 62).

[...]

En efecto, el artículo 40 de la Constitución expresa un mandato al legislador para desarrollar un régimen jurídico en el que se recojan básicamente los derechos y los

deberes de los servidores que están al servicio de la Nación. De este modo, corresponde al legislador el desarrollo de los requisitos y condiciones para el acceso a la función pública, las pautas de la evaluación de desempeño, el régimen de promociones, los modos de término de la misma, entre otros aspectos.

Si bien el legislador goza de discrecionalidad en la configuración del contenido y alcance específico de la carrera administrativa; también es cierto que no goza de una discrecionalidad absoluta o ilimitada, en la medida que la misma desemboca en una actuación arbitraria, sino que, en el desarrollo de tal actividad, debe tener en cuenta la finalidad esencial de la carrera administrativa que consiste en establecer un estatuto jurídico de los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito, así como en garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución (fundamentos 81-82).

42. En cuanto a las excepciones en función de la especial naturaleza o particularidad de la prestación del servicio del que se trate y a la constitución de una carrera desde la perspectiva de la progresión, el Tribunal precisó lo siguiente:

[...] Si la ley del servicio civil debe ser, en principio, aplicable a todos los servidores públicos, toda exclusión debe estar razonablemente fundada en la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio. Sólo *[sic]* de esta manera estaría justificada la exclusión de un determinado grupo de servidores públicos de los alcances de la ley (fundamento 66).

[...]

Si el objeto que ha perseguido el legislador es tender a uniformar el régimen de los servidores públicos, *las exclusiones que realice deben tener un fundamento en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión*. La diferencia no puede basarse solamente en la particularidad de la actividad que realizan, por cuanto las funciones de cada órgano del Estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes (fundamento 69).

43. En ese sentido, el Tribunal concluyó que cuando no se evidencia una justificación válida con base objetiva que sustente la exclusión de un grupo de servidores civiles de la Ley Servir; entonces, dicha exclusión realizada por el legislador será arbitraria e irrazonable, y, por lo tanto, la ley resultará inconstitucional.
44. Cuando se analizó el caso concreto de los obreros de los Gobiernos regionales y locales, este Tribunal precisó lo siguiente:

Es así que no toda persona que realiza función pública (lo que se pretendía englobar mediante el concepto de empleo público, ahora servicio civil), se encuentra en la carrera administrativa. Tanto las normas citadas como la Ley de Servicio Civil tiene *[sic]* un carácter general que pretenden incluir a toda persona que realiza función pública, sin embargo no todas sus disposiciones son relativas a la carrera

administrativa. Estas últimas constituirían en rigor las del Capítulo [sic] III del Título [sic] IV, normas específicas para los servidores en carrera, distintos a los funcionarios, los directivos públicos, los servidores de confianza, los servidores de servicios complementarios o los contratados temporalmente que se encuentran excluidos de la misma por expreso mandato del párrafo *in fine* del artículo 65 de la ley (Sentencia 0025-20 13-PI/TC y acumulados, fundamento 74).

45. En relación con los auxiliares jurisdiccionales, materia específicamente relacionada con el análisis de inconstitucionalidad de la Ley 30745, el Tribunal indicó que tal categoría comprende, de acuerdo con los artículos 249 a 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), a los secretarios y relatores de salas de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores, de los Juzgados Especializados o Mixtos y de Paz Letrados, así como a los oficiales auxiliares de justicia (fundamento 78). Es decir, con ello, se hace referencia al personal jurisdiccional distinto a los jueces, según lo previsto en la normativa previamente mencionada. Al respecto, en relación con su no exclusión de los alcances de los servidores civiles de la Ley Servir, el Tribunal indicó que

[...] el hecho de que un servidor público pertenezca o labore en un determinado poder del Estado, órgano constitucional u órgano descentralizado ello no implica que este necesariamente tenga que estar comprendido dentro de un régimen laboral especial, sino que, bien entendidas las cosas, dicho régimen solo comprende a aquellos servidores que realizan labores de naturaleza especial o debido a la particularidad de la prestación del servicio. En ese sentido, si bien se afirma que la actividad de los auxiliares jurisdiccionales es especial, lo regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la carrera auxiliar jurisdiccional no refleja de manera integral y suficiente la aludida naturaleza especial o particular de la prestación de servicios de los auxiliares jurisdiccionales. Por lo demás, es sabido que la atribución para impartir justicia corresponde al Poder Judicial, a través de los órganos jurisdiccionales y, concretamente, de los jueces, mientras que la función de los auxiliares jurisdiccionales consiste en coadyuvar a la función sustantiva de aquellos que les ha sido encomendada por la Constitución, por lo que, la demanda debe ser desestimada en este extremo (Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, fundamento 79).

46. Asimismo, entre los puntos resolutivos de la sentencia, el Tribunal declaró inconstitucionales determinados extremos de los párrafos primero y tercero de la Primera Disposición Complementaria Final por excluir indebidamente a algunos servidores de dicho régimen general. En ese sentido, de acuerdo con la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, parte de dicha disposición quedó redactada con el siguiente contenido:

PRIMERA. Trabajadores, servidores, obreros, entidades y carreras no comprendidos en la presente Ley [sic]. No están comprendidos en la presente Ley [sic] los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023, ni los servidores sujetos a carreras especiales.

Para los efectos del régimen del Servicio Civil se reconocen como carreras especiales las normadas por:

- a) Ley 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República.
 - b) Ley 23733, Ley universitaria [sic]
 - c) Ley 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud.
 - d) Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.
 - e) Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas.
 - f) Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal [sic] de la Policía Nacional del Perú.
 - g) Ley 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria.
 - h) Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. i) Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial
- [...].

47. En suma, en dicha sentencia, en relación con el análisis de constitucionalidad que se efectúa en esta oportunidad, se estableció que únicamente se pueden establecer exclusiones del régimen general de los servidores civiles en razón a la naturaleza especial o particularidad del servicio prestado y siempre que se haya previsto la realización de una carrera desde la perspectiva de la progresión, en los términos establecidos en la Constitución.

48. De esta manera, cualquier exclusión del régimen general del Servicio Civil debe partir de las siguientes consideraciones, según lo establecido en la sentencia antes mencionada (fundamentos 65 y 69):

- i. El legislador goza en el ámbito de lo constitucionalmente posible de discrecionalidad para establecer qué servidores forman parte de un determinado régimen laboral y qué servidores no forman parte de él;
- ii. No obstante, sus decisiones deben ser razonables, de modo que se justifique por qué determinados servidores sí se encuentran bajo el alcance del sistema del Servicio Civil y otros no;
- iii. Dicha justificación razonable será satisfecha si existe objetivamente un *carácter especial en la naturaleza o particularidad de la prestación que justifique el tratamiento diferenciado* respecto del resto de servidores civiles, así como una carrera *con progresión específica*.

49. Luego, el Tribunal expidió otros pronunciamientos que resolvieron cuestionamientos adicionales a la constitucionalidad de la Ley Servir sobre materias distintas a las

que resultan objeto de análisis en el presente proceso. Tal es el caso de las Sentencias 0010-2015-PI/TC y 0008-2013-PI/TC, las cuales se desestimaron en todos sus extremos.

2.3. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY IMPUGNADA

50. La parte demandante objeta que, a través de la ley cuestionada, el legislador no haya presuntamente respetado los límites que se desprenden de la Constitución y jurisprudencia vinculante de este Tribunal. En ese sentido, sostiene que se ha vulnerado el artículo 40 de la Constitución, en relación con el contenido y los alcances de la carrera administrativa, al excluir a los servidores del Poder Judicial del régimen jurídico regulado por la Ley Servir.
51. A partir de lo desarrollado supra respecto del alcance del artículo 40 de la Constitución (parámetro de control), este Tribunal realizará el control de la Ley 30745 a fin de evaluar su compatibilidad con la norma fundamental.
52. En primer lugar, la Ley 30745 presenta la siguiente estructura:
 - I. Título Preliminar [*sic*]
 - Principios rectores de la carrera del trabajador judicial
 - II. Título I
 - Disposiciones generales
 - III. Título II
 - Ingreso a la carrera del trabajador judicial
 - Capítulo I: Disposiciones generales
 - Capítulo II: Nombramiento y designación
 - IV. Título III Capacitación
 - Capítulo I: Capacitación
 - V. Título IV
 - Deberes, derechos, prohibiciones e incompatibilidades
 - Capítulo I: Deberes
 - Capítulo II: Derechos
 - Capítulo III: Régimen remunerativo y otros beneficios
 - Capítulo IV: Negociación colectiva
 - Capítulo V: Prohibiciones e incompatibilidades

VI. Título V

Régimen disciplinario del trabajador judicial

- Capítulo I: Fines y principios del procedimiento disciplinario
- Capítulo II: Ámbito de aplicación
- Capítulo III: Sujetos disciplinables
- Capítulo IV: Faltas y sanciones
- Capítulo V: Procedimiento disciplinario
- Capítulo VI: Terminación de la carrera del trabajador judicial

Disposiciones Complementarias Finales

53. Como se puede advertir, y en la línea de lo establecido en el artículo 1 de dicha ley, se trata de “un régimen exclusivo para los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial” en el ámbito laboral y disciplinario.
54. Dicha ley ha contemplado un conjunto de principios rectores de la carrera del trabajador judicial en el título preliminar, tales como los siguientes:
 - i. Principio de eficacia y eficiencia
 - ii. Igualdad de oportunidades
 - iii. Principio de mérito
 - iv. Legalidad y especialidad normativa
 - v. Transparencia
 - vi. Protección contra el despido arbitrario
 - vii. Dedicación exclusiva de la función
 - viii. Debido procedimiento sancionador
 - ix. Principio de responsabilidad
 - x. Principio de derecho laboral
 - xi. Principio de capacitación permanente
 - xii. Principio de ética, probidad y honestidad
 - xiii. Principio de ingreso y progresión en la carrera judicial
55. Asimismo, el artículo 2 de la ley impugnada ha establecido que son objetivos de la carrera del trabajador judicial regular “el ingreso, permanencia, ascenso y terminación en el cargo; asimismo, la responsabilidad en que incurran en el ejercicio de sus funciones, los derechos y obligaciones esenciales al cargo que ostenta”.

56. El artículo 3 precisa las escalas y los niveles ocupacionales de los trabajadores que cumplen funciones jurisdiccionales y/o administrativas a ser establecidas por el Consejo Ejecutivo Nacional del Poder Judicial.

Nivel	Cargo
Sétimo nivel	Relator de la Sala Suprema
	Secretario de la Sala Suprema
	Secretario coordinador
	Director de CJ
	Procurador adjunto
	Asesor I
	Coordinador I
	Administrador II CJ
	Administrador NCPP
Sexto nivel	Secretario de confianza
	Asesor legal de consejeros
	Analista III
	Administrador I de CJ
	Administrador I MBJ
	Analista II
	Asesor de corte
	Especialista judicial de sala
	Relator
	Secretario de sala
Quinto nivel	Analista I
	Asistente administrativo II
	Asistente de juez
	Asistente social
	Cajero I
	Especialista judicial de audiencias de juzgado
	Especialista judicial de audiencias de sala
	Especialista judicial de juzgado
	Especialista legal
	Perito judicial
	Psicólogo
	Secretario judicial
	Subadministrador

Cuarto nivel	Asistente administrativo I
	Asistente de informática
	Asistente judicial
	Asistente jurisdiccional de CGE
	Asistente jurisdiccional de juzgado
	Asistente jurisdiccional de sala
	Secretaría de consejeros
	Secretaria III
	Chofer II
	Técnico judicial
Tercer nivel	Asistente de atención al público
	Secretaria II
	Técnico administrativo
Segundo nivel	Revisor
	Técnico administrativo I
	Auxiliar administrativo III
	Anfitriona
	Secretaria I
	Chofer I
	Digitador
	Inventariador
Primer nivel	Asistente de comunicaciones
	Auxiliar administrativo II
	Auxiliar judicial
	Auxiliar administrativo I

57. Un aspecto central a efectos del análisis de constitucionalidad por el fondo de la ley impugnada se encuentra en la Segunda Disposición Complementaria Final, según la cual “los trabajadores de la carrera judicial, regulados por la presente ley, están excluidos de los alcances de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil”. En ese sentido, el artículo 30, literal “m”, ha establecido como un derecho de los trabajadores del Poder Judicial “integrar la carrera del trabajador judicial, diferenciada del régimen general del empleo público”.
58. De lo expuesto, se advierte que, efectivamente, la ley impugnada excluye a los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial de los alcances de la Ley

Servir. Sin embargo, la ley cuestionada omite pronunciarse respecto a la situación jurídica de los trabajadores del Poder Judicial al momento de su entrada en vigencia.

59. Una interpretación literal de la aludida Segunda Disposición Complementaria Final antes mencionada conllevaría a concluir válidamente que los efectos de la ley impugnada solo alcanzan a quienes se incorporen a la carrera por ella establecida. De este modo, solo tales trabajadores estarían excluidos de los alcances de la Ley Servir, en los términos previstos por dicha disposición.
60. No obstante, este Tribunal no desconoce que en la Resolución Administrativa 216-2018-CE-PJ, denominada “Reglamento de la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial”, se han establecido disposiciones que regulan el tránsito del personal del Poder Judicial, bajo los diversos regímenes laborales existentes, hacia el marco establecido por la ley impugnada, con la mención expresa en algunos supuestos del carácter automático de dicha incorporación a la aludida nueva ley.
61. Asimismo, existen diferencias entre algunos aspectos de los regímenes regulados tanto por la Ley 30745 como por la Ley Servir, en relación con los siguientes aspectos:
- i) Periodo de prueba
 - ii) Jornada Máxima Semanal [*sic*]
 - iii) Pagos por horas extras [*sic*]
 - iv) Gestión del rendimiento y evaluación del desempeño
 - v) Plazo para realizar la negociación colectiva
 - vi) Vigencia del convenio colectivo
 - vii) Órgano que resuelve en última instancia los recursos en los procedimientos administrativos
 - viii) Plazo para la defensa en los procedimientos administrativos disciplinarios
 - ix) Plazo de prescripción para el inicio de procedimientos administrativos disciplinarios
 - x) Efectos suspensivos de los recursos en los procedimientos administrativos disciplinarios
 - xi) Posibilidad de interponer medidas cautelares antes del inicio de los procedimientos administrativos disciplinarios
 - xii) Cancelación de la anotación de la sanción de suspensión
62. Al respecto, este Tribunal advierte que la sola existencia de diferencias entre este régimen especial y el establecido por la Ley Servir no significa per se que el primero sea manifiestamente inconstitucional. Más allá de ello, y en atención a lo previamente expuesto, este Tribunal advierte que la exclusión de los servidores del Poder Judicial del

ámbito de la Ley Servir solo será legítima si se respeta lo establecido supra, respecto a la existencia de particularidades en la función y progresión en el ascenso.

63. Atendiendo a lo expuesto, en el presente caso, es necesario determinar si los servicios prestados por el conjunto de los trabajadores del Poder Judicial, destinatarios de la Ley 30745, tienen una naturaleza especial o una particularidad; y si, además, en la ley impugnada, se ha regulado una carrera administrativa desde la perspectiva de la progresión.
64. Al respecto, resulta indispensable distinguir entre aquellos trabajadores que realizan labores de naturaleza administrativa y los que prestan servicios en el área jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo TUO fue aprobado por el Decreto Supremo 017-93-JUS.
65. En el primer caso, este Tribunal advierte que, en principio, las actividades administrativas son comunes a los distintos niveles y entidades del Estado, más allá de la lógica diferencia que corresponde a las funciones asignadas de acuerdo con los fines y objetivos de cada institución pública. Por ello, no puede considerarse, desde dicha perspectiva, que en puridad ejerzan funciones que sean de naturaleza especial o particular.
66. En el segundo caso, cabe precisar que este Tribunal, en el fundamento 79 de la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, ha indicado que “[...] lo regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la carrera auxiliar jurisdiccional no refleja de manera integral y suficiente la aludida naturaleza especial o particular de la prestación de servicios de los auxiliares jurisdiccionales”, aunque se debe advertir que en la ley impugnada se incluyen otras actividades vinculadas al quehacer jurisdiccional que no fueron analizadas en el pasado.
67. Efectivamente, el legislador incluyó en la ley impugnada a un conjunto distinto de servidores de los órganos jurisdiccionales como secretarios, especialistas y asesores de Corte. Sin embargo, los incorporó junto a los trabajadores administrativos, los cuales, como ya se ha dicho, no desarrollan una actividad de naturaleza especial. Queda claro, entonces, que la ley impugnada no regula una carrera en los términos expuestos supra, sin perjuicio de que pueda establecerse en el futuro.
68. Ahora bien, en lo que respecta a la verificación del segundo elemento —esto es, la existencia de una carrera desde la perspectiva de la progresión—, se advierte que, aun cuando en el artículo 3 de la ley impugnada se hayan establecido niveles y escalas ocupacionales, dicha clasificación está referida a las condiciones de ingreso a la carrera judicial, pero no a una progresión propiamente dicha una vez que se haya entrado a esta. De hecho, en la ley, no se han establecido los requisitos que los trabajadores deben cumplir para ser promovidos o ascendidos en dicha carrera especial.
69. Precisamente, en relación con el ascenso como contenido del derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, este Tribunal ha establecido en la Sentencia 0025-2005-PI/TC lo siguiente:

La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben ser comprendidos como mandatos de optimización, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege (fundamento 44).

70. Por lo tanto, dada la relevancia de la regulación de las condiciones de ascenso en una carrera administrativa, desde la perspectiva de la progresión, según lo interpretado por este Tribunal como uno de los alcances de este bien constitucional, así como desde el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, se concluye válidamente que lo establecido en la ley impugnada no constituye una carrera administrativa, de acuerdo con las exigencias de la Constitución y con la interpretación vinculante de este Colegiado.
71. Todo lo previamente indicado permite concluir que la actuación del legislador en el sentido de excluir a todos los trabajadores del Poder Judicial de los alcances de la Ley Servir de la manera realizada en el presente caso ha carecido de razonabilidad. Así, no se encuentra justificada tal exclusión de acuerdo con los criterios de especialidad o particularidad del servicio prestado (por incluir servidores del área jurisdiccional y administrativos conjuntamente), y tampoco se advierte la existencia de progresión en la carrera.
72. Por lo tanto, corresponde declarar fundada la demanda en el presente extremo.

§3. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD

73. Los demandantes también han cuestionado la Ley 30745 por considerar que su expedición ha vulnerado el principio-derecho de igualdad al establecer un tratamiento diferenciado sin ninguna justificación entre los trabajadores del Poder Judicial y los demás servidores civiles pertenecientes al régimen de la Ley Servir.
74. Al respecto, el artículo 2.2. de la Constitución ha establecido que “toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Dicho principio-derecho también ha sido reconocido en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano como en los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- (PIDCP), y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entre otros.
75. Tal como ha sido expresado, en reiteradas ocasiones, por este Tribunal, el derecho-principio de igualdad encuentra su fundamento en la dignidad humana (ver, entre otras, la Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 42) y no se puede abordar “unidimensionalmente, como una mera exigencia de trato paritario” (Sentencia 0033-2010-PI/TC, fundamento 12).
76. Contrariamente a lo que se pudiera desprender de una interpretación literal de la norma establecida en el artículo 2.2 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que se trate de igual modo a quienes se encuentran en una misma condición (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59). No supone, en consecuencia, el tratamiento idéntico de todos los casos.
77. De ahí que la jurisprudencia de este Tribunal haya desarrollado el discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales como la diferenciación y la discriminación.
78. Este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que la discriminación es aquel trato diferente y arbitrario que le impide a la persona alcanzar oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, sí acceden (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).
79. La diferenciación, en cambio, está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas razonables y objetivas. Por el contrario, si tal desigualdad de trato no resulta razonable ni proporcional, se estará ante una discriminación, esto es, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62).
80. En la Sentencia 0045-2004-PI/TC, el Tribunal concluyó que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad (fundamento 31, *in fine*).
81. Por otra parte, se debe resaltar que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, encontrándose este vedado de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que determine garanticen un trato igual y sin discriminaciones.
82. Por su parte, la segunda se configura como límite del actuar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que estos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (ver Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123 y 124).
83. Si, como se ha indicado, el principio de igualdad constitucionalmente garantizado no impone el trato idéntico de todos los sujetos, sino uno igualitario de los que se

encuentran en la misma condición. Esto implica que quien invoca la afectación del principio debe demostrar dos hechos: [i] el trato diferente y [ii] que se encuentra en la misma condición que quien recibió dicho trato.

84. En tal sentido, este Tribunal afirmó que, para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante, se debe constatar que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación. Esto constituiría una violación del principio de igualdad por indiferenciación (Sentencia 02437-2013-PA/TC, fundamentos 25 y siguientes).
85. En otras palabras, la identificación del tratamiento diferenciado se debe realizar mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable desde el punto de vista fáctico o jurídico, pero al que se le asigna diferente consecuencia, que constituiría lo que se denomina “término de comparación” (*tertium comparationis*).
86. Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia. Así, tiene las siguientes características:
 - a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste [*sic*], por derivación, ampliaría el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.
 - b) La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se traten de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante. A contrario sensu, no resultará válido el término de comparación en el que *ab initio* pueda apreciarse con claridad la ausencia [o presencia] de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee [o no posee] la situación jurídica cuestionada (Sentencia 0015-2010-PI/TC, fundamento 9).
87. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha planteado lo siguiente:

desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad “en la ley”, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeje a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia

objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma (Sentencia 00015-2010- PI/TC, fundamento 10).

88. En similar sentido, se ha sostenido lo siguiente:

[e]ntre lo que se compara y aquello con lo cual éste [*sic*] es comparado han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa que se ha propuesto como término de comparación, invalida el *tertium comparationis* y, en ese sentido, se presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad (Sentencia 0019-2010-PI, fundamento 15).

89. Si el término de comparación propuesto no cumple las referidas condiciones, no existirá mérito siquiera para ingresar en el análisis del test de igualdad, cuyos subprincipios se desarrollaron en la Sentencia 0045-2004-PI/TC (fundamentos 33 y siguientes).

90. En el presente caso, el demandante ha ofrecido como *tertium comparationis* la situación de los demás servidores civiles pertenecientes al régimen de la Ley Servir.

91. Sin embargo, como se puede advertir de lo desarrollado supra, dicho *tertium comparationis* no es idóneo por cuanto no resulta posible establecer una relación analógica entre propiedades jurídicas de singular relevancia que constituyan elementos comparables entre ambos grupos de servidores. Más aún, si el grupo de servidores ofrecido por la parte demandante incluye a todos los pertenecientes al régimen común.

92. De esta manera, se pretende realizar una comparación entre un grupo específico de servidores de un poder del Estado, como el Poder Judicial, y la generalidad de los servidores del Estado, lo cual no cumple las exigencias del *tertium comparationis*, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal.

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

§4. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE REGLAMENTAR LAS LEYES

94. La parte demandante también ha cuestionado que la Tercera Disposición Complementaria Final haya dispuesto que el Poder Judicial desarrolle las disposiciones reglamentarias necesarias. Al respecto, ha referido que el Congreso de la República ha invadido una materia reservada al Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118.8 de la Constitución y según lo dispuesto en el artículo 46 de la LOPE, donde se establece que el Poder Ejecutivo es el ente rector de los sistemas administrativos del Estado, entre los que se encuentra el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH), encargado de la organización y gestión del empleo público.

95. En relación con lo anterior, el artículo 118. 8 de la Constitución ha establecido que: “corresponde al Presidente [sic] de la República: [...] Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.
96. Asimismo, según el artículo 46 de la LOPE, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los “Sistemas Administrativos [sic], aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General”.
97. Este Tribunal considera que, efectivamente, al presidente de la República le corresponde ejercer la atribución constitucional de reglamentar las leyes sobre la base de lo establecido en el ordenamiento jurídico-constitucional, como es el caso de la observancia de lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución. Según este, son nulos los actos del presidente de la República sin refrendación ministerial, entre otros.
98. Asimismo, en la medida en que el Poder Ejecutivo es el ente rector de los sistemas administrativos del Estado, de conformidad con el ordenamiento jurídico en general y la Ley del Procedimiento Administrativo General en particular, a él le corresponde la reglamentación y el establecimiento de la regulación correspondiente a la administración del personal al servicio del Estado peruano.
99. Actuar en sentido contrario no solamente contravendría dichas disposiciones del bloque de constitucionalidad, sino también incidiría negativamente en el contenido y en los alcances del principio de separación de poderes, establecido en el artículo 43 de la norma fundamental de 1993.
100. Dicho principio ha sido desarrollado en variada jurisprudencia de este Tribunal, donde se ha dado cuenta de su núcleo duro y alcances respecto al ordenamiento jurídico en su conjunto. Al respecto, en la Sentencia 0006-2018-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el núcleo duro de dicho principio presenta las siguientes manifestaciones:

Principio de separación de poderes propiamente dicho: Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). [...].

Principio de balance entre poderes: Se refiere a la existencia de mecanismos de coordinación (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión [de] confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); mecanismos de control recíproco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y mecanismos

de equilibrio entre poderes (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.) [...].

Principio de 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.

Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos (fundamento 56).

101. Como se puede advertir, uno de los pilares que conforma el principio de separación de poderes es la manifestación de dicho principio como separación propiamente dicha. Esta exige el respeto de la autonomía funcional y de las diferentes competencias que cada poder estatal tiene, pero también de las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple, según lo expresado previamente. En el caso del Poder Ejecutivo, y específicamente del presidente de la República, ello se manifiesta en el respeto al carácter exclusivo de la atribución constitucional de reglamentación de las leyes sin desnaturalizarlas ni transgredirlas.
102. Lo anterior no niega la posibilidad de que algunos órganos constitucionales expidan “reglamentos” que, bajo ninguna circunstancia, se pueden equiparar con los de las leyes aprobadas por el Congreso (a los que se refiere el artículo 118.8 de la Constitución), como ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia.
103. En efecto, estos “reglamentos” de los órganos constitucionales distintos de los que expide el Poder Ejecutivo no pueden válidamente reglamentar leyes como sí lo puede efectuar un Decreto Supremo, de conformidad con la Constitución.
104. En realidad, dichos “reglamentos” pueden desarrollar “ámbitos” de sus respectivas “leyes orgánicas o leyes de creación”. Así, este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

[...] es necesario considerar que en nuestro modelo constitucional algunos órganos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no son aquellos a los que alude el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, es evidente que tales

reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrollan diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación. (Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 32).

105. Por consiguiente, únicamente el Poder Ejecutivo, en su calidad de ente rector de los sistemas administrativos del Estado, tiene competencia para dictar las normas infralegales de la política estatal relacionada con la organización y gestión del empleo público. A manera de ejemplo, conforme a la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley Servir, corresponde al Poder Ejecutivo la emisión de los reglamentos respectivos para su aplicación.
106. En tal sentido, el Congreso no puede, a través de una ley como la impugnada, otorgar dicha potestad a un órgano o entidad diferente del Poder Ejecutivo. Del mismo modo, ninguna autoridad puede asumir dicha competencia, sea por decisión propia o al amparo de lo señalado en una ley, por cuanto se invadiría una materia reservada exclusivamente al presidente de la República, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico-constitucional vigente.
107. Por lo tanto, basta que dicha competencia sea invadida por otro Poder del Estado para que la regulación adolezca de nulidad, sin importar si contradice o no en su contenido a la norma con rango de ley objeto de reglamentación.
108. Así, este Tribunal advierte que la disposición objeto de análisis ha invadido una materia reservada a otro Poder del Estado y, por las razones previamente indicadas, resulta inconstitucional.
109. Ahora bien, este Tribunal ha advertido que, en aplicación de dicha disposición, se ha expedido la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ, la cual aprueba el “Reglamento de la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial”, publicada, en el diario oficial El Peruano, el 25 de julio de 2018.
110. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha sostenido en variada jurisprudencia que es competente para realizar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional cuando ella también es inconstitucional “por conexión o consecuencia” con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional (Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 74).
111. Por lo expuesto, las normas a las que se puede extender la inconstitucionalidad son las que pertenecen al ordenamiento jurídico en su integridad, con total prescindencia de si ellas forman parte o no del mismo cuerpo normativo de la norma impugnada. De esta manera, si una norma inconstitucional por extensión se encuentra fuera del cuerpo normativo al que pertenece la norma impugnada, corresponderá también su declaratoria de inconstitucionalidad (Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 75).

112. Asimismo, el órgano competente para usar la denominada “inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia” es el propio Tribunal Constitucional y la etapa procesal para realizar dicho examen es al sentenciar, siempre que la misma complemente, precise o concretice el supuesto o la consecuencia de la norma declarada inconstitucional (fundamento 77 de la Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 8 de la Sentencia 0017-2013-P1/TC, fundamento 11 del ATC 0023-2013-PI/TC y fundamento 10 del Auto 0008-2017-PI/TC).
113. Por consiguiente, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo; y, en consecuencia, declarar inconstitucionales la Ley 30745 y la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Si bien me encuentro de acuerdo con que se declare fundada la demanda y, por ende, con que se declare inconstitucional la Ley N° 30745 y, por conexidad, la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ, deseo plantear algunas precisiones con respecto de lo expresado en la sentencia suscrita por la mayoría:

1. En primer lugar, si bien estoy de acuerdo con lo expresado en torno a que los trabajadores del Poder Judicial no realizan una actividad de naturaleza especial y, por ende, que se les debe aplicar el régimen Servir (es decir, el establecido por la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), no veo o anterior puede ser compatible con la afirmación de que no existe un *tertium comparationis* válido a la hora de comparar, como parte del test de igualdad, a estos trabajadores con el resto de servidores incluidos en régimen Servir (en efecto, en el proyecto que tuve a mi vista se afirma que esto es así “por cuanto no resulta posible establecer una relación analógica entre propiedades jurídicas de singular relevancia que constituyan elementos comparables entre ambos grupos de servidores”). Más aun, entiendo que el régimen Servir implica la existencia de funciones equivalentes en cierta medida, o cuando menos homologables, que precisamente hagan posible la regulación a través de un solo régimen.
2. Siendo cierto lo anterior, considero, pues, que debía realizarse el examen de igualdad. En dicho orden de ideas, encuentro que, en la medida que, como queda explicado en la sentencia, los trabajadores del Poder Judicial no realizan actividades de naturaleza especial, la medida analizada (Ley n.º 30745) no cuenta con una finalidad constitucional que justifique el trato diferenciado, por lo cual resulta inconstitucional.
3. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, quiero expresar que merece una mayor discusión la cuestión en torno a si la reglamentación de la organización y gestión del empleo público solo se encuentra en manos del Ejecutivo. Al respecto, si bien es cierto que inicialmente al Gobierno le corresponde reglamentar las leyes; sin embargo, también es verdad que, respecto de determinados contenidos, en el ámbito específico de la reglamentación de la “organización y gestión del empleo público”, no encuentro absolutamente claro este asunto, pues puede ocurrir que en determinados casos ello pueda entenderse como una injerencia indebida en fueros ajenos, considerando además que la independencia y autonomía debe quedar garantizada para los demás poderes del Estado y los órganos constitucionales autónomos. En este orden de ideas, propongo abordar de mejor modo esta cuestión para emitir una decisión que aborde de manera integral el asunto planteado.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 556/2020

EXP 00004-2019-PI/TC

CASO DE LA FORMA DE CÓMPUTO
DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE
OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 22 de setiembre de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que da origen al Expediente 00004-2019-PI/TC, promovido por el Colegio de Abogados de La Libertad contra el Poder Ejecutivo respecto de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario.

Producida la votación, al no haberse alcanzado cinco votos conformes por la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda, conforme a lo previsto en el artículo 5, primer y segundo párrafos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La referida votación arrojó el siguiente resultado:

- El magistrado ponente Blume Fortini, en minoría, votó por declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421; e **INTERPRETAR** que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción tributaria se encuentran circunscritas al cumplimiento de los plazos de prescripción regulados en el artículo 43 del Código Tributario.
- El magistrado Ferrero Costa emitió un voto singular declarando **FUNDADA** la demanda, únicamente por la inconstitucionalidad de forma de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.
- Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron unos votos singulares, coincidiendo por declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.
- El magistrado Ramos Núñez emitió un voto singular declarando **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad con exhortación.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la ponencia y los votos singulares antes referidos, y que los señores magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Expediente 0004-2019-PI

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

22 de septiembre de 2020

Colegio de Abogados de La Libertad c. Poder Ejecutivo

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 que modifica el Código Tributario.

Magistrado firmante:

S.

BLUME FORTINI

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421	Constitución Política del Perú - artículo 74 - artículo 103 - artículo 104 - artículo 109

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

C. Informes jurídicos aportados por las partes

C-1. Informes jurídicos presentados por la parte demandante

C-1.1. Informe de César Landa Arroyo

C-1.2. Informe de José Palomino Manchego

C-1.3. Informe de Víctor García Toma

C-2. Informes jurídicos presentados por la parte demandada

C-2.1. Informe de Francisco Eguiguren Praeli

C-2.2. Informe de Marcial Rubio Correa

II. FUNDAMENTOS

§1. Análisis de constitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1421

§2. Aplicación de las normas tributarias en el tiempo

§3. Prescripción extintiva y principio de seguridad jurídica

§4. Reglas sobre prescripción contenidas en el Código Tributario

§5. Análisis de constitucionalidad por el fondo del Decreto Legislativo 1421

III. FALLO

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 1 de febrero de 2019, Manuel Alejandro Montoya Cárdenas, decano del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, interpone demanda de inconstitucionalidad a nombre de su representado contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario, por razones de forma y fondo. Alega que la referida norma es inconstitucional por cuanto vulnera la regulación constitucional de la delegación de facultades legislativas, el principio de irretroactividad de las normas y la seguridad jurídica.

La Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario, establece lo siguiente:

“(...) Tratándose de procedimientos en trámite y/o pendientes de resolución el inicio del plazo prescriptorio para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o de multa cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012 dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de tales resoluciones conforme con el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario. (...)”

Por su parte, con fecha 18 de setiembre de 2019, Luis Alberto Huerta Guerrero, procurador público especializado en Materia Constitucional contesta la demanda en representación del Poder Ejecutivo, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Señala el Colegio de Abogados de La Libertad que el artículo 43 del Código Tributario distingue tres supuestos distintos en los que opera la prescripción de la acción de la Administración Tributaria frente al deudor tributario: (i) para determinar la obligación tributaria; (ii) para aplicar sanciones; (iii) para exigir el pago.
- Agrega que hasta el 27 de setiembre de 2012 no existían reglas particulares en el artículo 44 del Código Tributario para definir el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la facultad de la Administración Tributaria para exigir el pago (supuesto (iii) *supra*), sino que se aplicaban reglas generales.
- El demandante afirma que recién con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1113 (que incorporó el numeral 7 al artículo 44 del Código Tributario) se estableció una

regla nueva y específica para tales casos. Esta regla señalaba que el término prescriptorio se computará “desde el día siguiente de la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas”.

- En consecuencia, señala que, al existir una nueva regla, esta solo podía regular los inicios del cómputo de prescripción que ocurrieran a partir de su entrada en vigor, es decir, desde el 28 de setiembre de 2012. Agrega que esto se confirma en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1113.
- El colegio de abogados recurrente sostiene que la Resolución del Tribunal Fiscal 09789-4-2017, que constituye precedente de observancia obligatoria, confirma la imposibilidad legal de aplicar el nuevo supuesto de inicio de cómputo del plazo de prescripción previsto en el Decreto Legislativo 1113 a situaciones iniciadas con anterioridad a su vigencia.
- No obstante, lo anterior, el demandante señala que mediante la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, ahora cuestionada, el Poder Ejecutivo pretende modificar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para exigir el cobro de las deudas tributarias iniciadas hasta el 1 de enero de 2012.
- Argumenta que, con esta modificación, a pesar de que el plazo de prescripción ya había empezado a computarse, se pretende desconocer el transcurso de dicho plazo, y empezar a computarlo a partir del momento en el que se notifiquen las resoluciones de determinación o de multa.
- En tal sentido, el demandante señala que la norma impugnada ha excedido la regulación constitucional del régimen de delegación de facultades legislativas contemplado en el artículo 104 de la Constitución, y lo dispuesto en la Ley 30823, pues no existe relación entre las materias autorizadas por ella y las desarrolladas en el Decreto Legislativo 1421. Alega que la Ley 30823 no hace ninguna referencia a la prescripción tributaria.
- Señala que en la Sentencia 0002-2006-PI/TC, este Tribunal ya ha analizado casos en los cuales se pretende dotar a las normas de un supuesto carácter “interpretativo” o “aclaratorio” cuando en realidad se pretende encubrir una alteración de situaciones jurídicas concluidas.
- Asimismo, señala que la disposición cuestionada vulnera el principio de irretroactividad de las normas contenido en el artículo 103 de la Constitución, pues en nuestro país rige la teoría de los hechos cumplidos, y el inicio del cómputo del plazo de prescripción es un hecho cumplido, pues si ello ocurrió antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1113 no puede aplicársele lo dispuesto en esa norma o en normas posteriores, como el Decreto Legislativo 1421.

- Como consecuencia de lo anterior, se vulnera el principio de seguridad jurídica, pues los administrados no sabrán a qué reglas atenerse si el Gobierno puede cambiar la fecha de inicio de los plazos de prescripción de forma posterior, desconociendo las prescripciones ya iniciadas o ganadas.

B-2. Contestación de demanda

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

- En relación con el alegato de inconstitucionalidad por cuestiones de forma, el procurador de la parte demandada sostiene que el Proyecto de Ley 2791/2017-PE proponía optimizar procedimientos administrativos tributarios para hacerlos más eficaces, lograr el fortalecimiento de las funciones de la Administración Tributaria y la remoción de distorsiones que afecten u obstaculicen la efectiva recaudación, y señalaba que se requería adoptar medidas que permitan la remoción de obstáculos para lograr la cobranza de deudas tributarias.
- Sostiene que, para tal fin, la legislación en materia tributaria y financiera requiere la emisión de normas que modifiquen y optimicen el Sistema Tributario Nacional por medio del perfeccionamiento de los principales impuestos, regímenes tributarios y mecanismos de recaudación tributaria. Uno de los mecanismos para lograr ello es establecer normas que coadyuven a fortalecer las procuradurías a cargo de la defensa de los procesos judiciales en materia tributaria y aduanera, así como las salas y fiscalías en materia de delitos tributarios y aduaneros.
- Sostiene que por medio del artículo 2, numeral 1, literal g) de la Ley 30823, se delegan facultades para legislar en materia económica y financiera y para modificar el Código Tributario en lo referente a la aplicación de la Norma XVI de su Título Preliminar. Se le ha facultado, en consecuencia, para establecer la configuración de infracciones y sanciones vinculadas con dicha disposición; establecer parámetros para su no aplicación a las micro y pequeñas empresas (MYPE); ampliar los supuestos de responsabilidad solidaria de representantes legales por aplicación de la cláusula antielusiva general; y establecer modificaciones a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes.
- De igual manera, sostiene que mediante el literal h) de la misma norma se faculta al Poder Ejecutivo para establecer los mecanismos que permitan fortalecer y optimizar la gestión del Tribunal Fiscal y de la Administración Tributaria.
- En atención a ello, el Decreto Legislativo 1421 deja sin efecto la jurisprudencia de observancia obligatoria expedida por el Tribunal Fiscal, contenida en la Resolución 09789-4-2017 del Tribunal Fiscal, en lo concerniente a la prescripción en materia tributaria vinculadas a acciones de fiscalización, sanción y cobro en el marco de los procedimientos administrativos tributarios.

- En referencia a la inconstitucionalidad de la norma impugnada por razones de fondo, la parte demandada señala la necesidad de diferenciar el inicio del plazo de prescripción de la acción para determinar una deuda o multa y el plazo para exigir su cobro. Agrega que la Resolución 09789-4-2017 emitida por el Tribunal Fiscal interpreta de forma equivocada el inicio de los plazos de prescripción respecto a las acciones que corresponde desplegar a la Administración Tributaria.
- Señala que, de acuerdo con el Informe 280-2018-EF/61.01 emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), “es claro que la Administración Tributaria recién puede ejercer la acción de cobro de una deuda previamente determinada como resultado de la fiscalización cuando esta conste en una resolución de determinación o de multa emitida y notificada al deudor tributario, sostener lo contrario implicaría un imposible jurídico pues no se puede exigir el pago de una deuda tributaria que no ha sido determinada”.
- Así, sostiene el demandado que el ejercicio de la acción de cobro de una deuda previamente determinada deviene del resultado de fiscalización sea por medio de una resolución de determinación o de la multa emitida y notificada al deudor tributario. Por lo que las resoluciones de determinación, sanción y cobro de deuda o multa previstas en los artículos 43, 44, 45, respectivamente, del Código Tributario son independientes en el inicio de cómputo de plazo de prescripción.
- Sostiene que, incluso si se considera que el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario introdujo una nueva regla, esta debe aplicarse de manera inmediata a todas las situaciones jurídicas existentes, incluyendo todos aquellos casos en los que estaba pendiente la notificación de la resolución de deuda o multa. Por esta razón, la norma cuestionada no tiene por objeto establecer efectos retroactivos del Decreto Legislativo 1113 sino dejar sin efecto un pronunciamiento del Tribunal Fiscal que pretendió inaplicar dicho decreto.
- Asimismo, señala que el Decreto Legislativo 1113 y el Decreto Legislativo 1421 están sujetos a la teoría de los hechos cumplidos conforme al artículo 103 de la Constitución. De esta forma, el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario no colisiona con la presunción de no retroactividad, más si busca dejar sin efecto el pronunciamiento del Tribunal Fiscal que afecta la potestad tributaria del Estado. En consecuencia, sostiene que se mantiene la predictibilidad en la aplicación del Derecho ante los administrados contribuyentes y no se afecta la seguridad jurídica.
- Finalmente, el demandado refiere que la norma cuestionada no trasgrede el principio de seguridad jurídica, pues no pretende aplicar de forma retroactiva el Decreto Legislativo 1113, ampliar el plazo de prescripción o reactivar plazos ya vencidos, por lo que no se afecta la predictibilidad de la aplicación del derecho a las conductas o acciones de los administrados contribuyentes.

C. INFORMES JURÍDICOS APORTADOS POR LAS PARTES

C-1. INFORMES JURÍDICOS PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

C-1.1. Informe de César Landa Arroyo

Mediante su escrito de fecha 3 de diciembre de 2019 la parte demandante adjunta el informe jurídico elaborado por César Landa Arroyo cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el citado informe se sostiene que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que entró en vigor en el año 2018, regula la aplicación en el tiempo de la prescripción respecto de casos en los que el cómputo ya se había iniciado conforme a la legislación vigente en el año 2012, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado mediante el Decreto Legislativo 1113.
- En ese sentido, resulta evidente que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 estaría disponiendo la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1113, con lo cual se estaría lesionando el contenido esencial de la prohibición de aplicación retroactiva de las normas, según lo establecido en el artículo 103 de la Constitución.
- Refiere que a partir de lo señalado es posible seguir dos líneas de argumentación: una formal y otro material.
- Desde una perspectiva formal, el Decreto Legislativo 1421 no podría calificarse como una ley interpretativa del numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario incorporado por el Decreto Legislativo 1113, pues no reúne las condiciones para ser constitucionalmente válida según lo establecido en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Expediente 0002-2006-PI/TC.
- Desde una perspectiva material, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 estaría modificando una situación surgida antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1113, que podría haber agotado sus efectos, por lo que tendría efectos retroactivos que se encuentran constitucionalmente prohibidos.
- En el caso del Decreto Legislativo 1421 se debe tener el mismo criterio utilizado por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la Disposición Transitoria Única de la Ley 28647 en el Expediente 0002-2006-PI/TC, en donde se concluyó que dicha disposición constituía una norma inconstitucional.
- Sostiene que a pesar de la amplitud del concepto “marco normativo”, no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; por lo que, dado que expresamente se ha concedido delegación para modificar el Código Tributario, no considera válida una interpretación amplia del literal h del numeral 1 del artículo 2 de la Ley

30823, puesto que el referido concepto resulta contrario a la especificidad que debe caracterizar a la materia delegada.

C-1.2. Informe de José Palomino Manchego

Mediante su escrito de fecha 3 de diciembre de 2019 la parte demandante adjunta el informe jurídico elaborado por José Palomino Manchego cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que el Decreto Legislativo 1421 es totalmente inconstitucional por cuanto ha excedido el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante ley autoritativa, Ley 30823.
- Señala que si bien el artículo 104 de la Constitución regula la posibilidad de que el Congreso delegue la facultad de legislar al Poder Ejecutivo, se deberá respetar el límite material.
- Se deriva de ello que los decretos legislativos que se emitan deberán desarrollar únicamente las materias identificadas en la ley autoritativa correspondiente, las cuales, además, deben ser interpretadas de manera restrictiva.
- Afirma que la delegación de la facultad para legislar es una excepción a la labor legislativa del Congreso de la República, por lo que deberá ser interpretada restrictivamente, debiendo referirse únicamente a las materias específicamente referidas por la ley autoritativa.

C-1.3. Informe de Víctor García Toma

Mediante su escrito de fecha 3 de diciembre de 2019 la parte demandante adjunta el informe jurídico elaborado por Víctor García Toma cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que en aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas, toda norma deberá aplicarse a eventos o sucesos que acontezcan de manera posterior a su entrada en vigor, y no a sucesos acontecidos *ex ante*. En ese sentido, la aplicación de determinada ley se realizará a todas aquellas situaciones existentes al momento de su entrada en vigor.
- Precisa que esta proscripción de la retroactividad tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando esta resulta favorable al procesado, contemplada en el artículo 103 de la Constitución.
- Sobre la base de lo expuesto, considera que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 conlleva una aplicación de normas jurídicas a situaciones producidas con anterioridad a su entrada en vigor y, por ende, resulta manifestamente inconstitucional por contravenir lo establecido en el artículo 103 de la Constitución.

- El Título Preliminar del Código Tributario adopta la regla de vigencia inmediata y por lo tanto prescribe que la ley se aplicará a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que se estén produciendo al tiempo en que la nueva ley entra en vigor. En consecuencia, no resulta conforme con la Constitución la aplicación retroactiva de la disposición cuestionada.
- De otra parte, sostiene que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 contraviene el principio constitucional de jerarquía normativa, toda vez que excede el objeto de la delegación de facultades.
- La disposición normativa regula el inicio del cómputo de los plazos de prescripción para exigir el pago de una deuda tributaria; no obstante, dicha materia no se encuentra incluida en la Ley Autoritativa. Por consiguiente, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 también resulta inconstitucional por la forma.

C-2. INFORMES JURÍDICOS PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDADA

C-2.1. Informe de Francisco Eguiguren Praeli

Mediante su escrito de fecha 28 de noviembre de 2019 el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo adjunta el informe jurídico elaborado por Francisco Eguiguren Praeli cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que la Constitución vigente recoge, en su artículo 103, la doctrina de “los hechos cumplidos” como principio general que rige en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la vigencia de las leyes y la aplicación de las normas en el tiempo.
- Respecto al momento de entrada en vigor de la norma, la Constitución, en su artículo 109, consagra como regla la aplicación obligatoria de la ley desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo que la propia ley disponga una fecha posterior para su entrada en vigor. De ello resulta que el principio de publicidad sea uno de los requisitos fundamentales para la vigencia de la norma, toda vez que busca garantizar la seguridad jurídica y excluir la arbitrariedad.
- En materia tributaria, también rige este principio de publicidad en tanto que la Norma X del Título Preliminar del TUO del Código Tributario establece que las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la ley que posterga su vigencia en todo o en parte.
- Añade que la prescripción es una institución jurídica que modula los efectos de la inactividad de quien, siendo titular de un derecho o de una facultad, no ejerce la acción para exigirlos durante el lapso predeterminado por la ley, lo que conlleva la pérdida de la posibilidad de accionar su ejercicio.

- En el informe se sostiene que el inicio del plazo para que opere la prescripción se comienza a computar desde que se puede ejercitar la acción, es decir, desde que ambas partes tienen conocimiento de una obligación concreta y determinada, susceptible de ser exigida por el acreedor, pero que, ante la inacción de este, el sistema jurídico lo sanciona extinguiéndole la posibilidad de que pueda ver satisfecha dicha obligación.
- Respecto de la presunta inconstitucionalidad por la forma, sostiene que la ley delega facultades para contar con procedimientos tributarios más eficientes, y el Decreto Legislativo permite contar con reglas más claras respecto de los procedimientos en los cuales se solicita la declaratoria de la prescripción de una deuda tributaria, acelerando los tiempos de duración de tales procedimientos y tornándolos en eficientes. De esta forma, también se optimiza y fortalece la gestión del Tribunal Fiscal y de la Sunat tal como lo dispuso la Ley 30823.
- En relación con el fondo del asunto, se sostiene que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 buscó corregir la errada interpretación adoptada por la Resolución del Tribunal Fiscal 09789-4-2017, como precedente de observancia obligatoria, procediendo a precisar la adecuada interpretación y aplicación que correspondía dar a la norma contenida en el Decreto Legislativo 1113, en cumplimiento del principio de la aplicación inmediata de las leyes, previsto en los artículos 103 y 109 de la Constitución.
- Concretamente, lo que dicha disposición hace es aplicar el numeral 7, incorporado al artículo 44 del Código Tributario por el Decreto Legislativo 1113, al cómputo del plazo de prescripción para el cobro de deudas tributarias sobre obligaciones aún no prescritas, cuando el cómputo del plazo prescriptorio para la determinación se había iniciado hasta el 1 de enero de 2012, pero donde la resolución de determinación es notificada al contribuyente recién a partir del 28 de septiembre de 2012, fecha de entrada en vigor del referido Decreto Legislativo 1113.
- En el informe se sostiene que en caso de que se declarara fundada la demanda este Tribunal deberá determinar los efectos que dicha sentencia tendrá en el tiempo. Es decir, tendrá que precisar necesariamente si le otorga efectos retroactivos a su decisión, o si esta será aplicable a partir de su publicación lo que supone que se aplique solo a situaciones jurídicas que se produzcan desde ese momento.
- Concluye que la disposición impugnada resulta conforme con la Constitución, toda vez que da cumplimiento al mandato contenido en los artículos 103 y 109 de la Constitución, sobre la aplicación inmediata de la nueva ley a hechos y relaciones jurídicas que se producirán luego de su entrada en vigor.
- El informe concluye que resulta poco probable que el Tribunal Constitucional pudiera declarar inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421. No obstante, tal eventualidad podría presentarse al considerar

que la ley autoritativa no confirió delegación expresa para legislar en materia de prescripción y del cómputo del plazo para que la administración pueda exigir el pago de las deudas tributarias, pero, en todo caso, la sentencia debería adoptar la regla general de no otorgarle a dicha decisión efectos retroactivos.

C-2.2. Informe de Marcial Rubio Correa

Mediante su escrito de fecha 9 de enero de 2020 el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo adjunta el informe jurídico elaborado por Marcial Rubio Correa cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que el Decreto Legislativo 1113, entre sus diversas modificaciones al Código Tributario, introdujo el inciso 7 en el artículo 44 y esta resultó la modificación más importante por cuanto refleja la manera en que tanto la Sunat como el Tribunal Fiscal vinieron interpretando la estructura del derecho tributario en esta materia.
- Se sostiene que la Administración Tributaria solo puede fiscalizar y determinar la deuda tributaria luego que el contribuyente presentó su declaración o, cuando debiendo haberla presentado, no lo hizo.
- Adicionalmente, cita el artículo 115 mediante el cual se dispone que una vez notificadas las resoluciones de determinación o de multa, la deuda exigible dará lugar a las acciones de coerción para su cobranza. Afirma que, de conformidad con la teoría universal de la prescripción, el término inicial de la acción de cobranza solo puede comenzar con la acción de cobro disponible, es decir, en el momento en que se notifica la respectiva resolución de determinación o de multa y no antes.
- Ello debido a que hasta antes de ese momento no se conoce la existencia de una deuda ni su monto. Añade que si no es posible ejercitar la acción no puede haberse iniciado la prescripción porque este instituto jurídico es consecuencia de la inacción del acreedor para cobrar su crédito.
- Por otro lado, se manifiesta que la afirmación que realiza la parte demandante es errada al sostener que la prescripción de la acción de fiscalización y determinación, la de la acción de imposición de multa y la de la acción para cobrar ambas, empiezan simultáneamente por mandato del artículo 44 del Código Tributario, toda vez que de ser cierta, la Administración al dictar la resolución de determinación a los tres años y once meses desde que puede hacerlo, la acción de cobro solo podría efectuarse en 30 días.
- Sostiene que si esto fuese así el Código Tributario resultaría completamente inoficioso, dado que en la práctica no se podría cobrar la deuda determinada por la Sunat. En ese sentido, la interpretación que trae el Decreto Legislativo 1113 sobre la estructura sistemática del código tributario es la más racional, además de haber sido la que imperó durante los primeros 16 años de este siglo.

- Sostiene que en la demanda de inconstitucionalidad se citan diversos fundamentos de la Sentencia 0002-2006-PI/TC, pero ignora el fundamento 16 que es la *ratio decidendi* y mediante el cual el Tribunal sostuvo que una nueva norma no solo se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas futuras, sino también a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas nacidas al amparo de la norma anterior, pero que aún se encuentran en proceso de desarrollo al entrar en vigor la nueva norma.
- Finalmente, alega que la demanda no solo contradice lo establecido en el fundamento 16 de la Sentencia 0002-2006-AI/TC, sino que además pretende resucitar la teoría de los derechos adquiridos al sostener que el Decreto Legislativo 1113 solo puede regular los inicios del cómputo de prescripción que ocurrieran a partir de su entrada en vigor, esto es, desde el 28 de septiembre de 2012.
- Sostiene que lo que concretamente indica el demandante es que el término inicial del plazo de prescripción es un derecho adquirido que ya no puede modificarse, y esta afirmación resulta completamente falsa; primero porque en la prescripción hay interrupción como suspensión y, segundo, porque la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, tal como el Tribunal Constitucional ha desarrollado en el fundamento 16 de la citada sentencia.
- Por último, advierte que la aplicación del principio de los derechos adquiridos es contraria a la Constitución de manera literal y a la jurisprudencia constitucional peruana.

II. FUNDAMENTOS

§1. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

1. El artículo 104 de la Constitución contempla la legislación ejecutiva mediante decretos legislativos, los cuales son fuentes de derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y en el plazo que establezca la ley autoritativa o de habilitación.
2. Así, la expedición de un decreto legislativo es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado. Por un lado, el Congreso, quien siendo titular de la política legislativa del Estado se le ha investido de la competencia constitucional, de ejercicio discrecional, para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, algunos temas que se encuentran dentro de su ámbito de competencia. Y, por otro lado, el Poder Ejecutivo, al cual se le ha investido de la competencia normativa de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la correspondiente autorización del Parlamento para expedirlos.
3. Tal como ocurre en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien el titular originario de la función legislativa es el Congreso (artículo 102, inciso 1), tal facultad también puede ser desarrollada excepcionalmente por el Poder Ejecutivo, vía una delegación explícita y específica de facultades,

sin que el Legislativo abdique de su función, expresamente encomendada por la propia Constitución.

4. Empero, debe precisarse que los decretos legislativos solo deben desarrollar las materias especificadas en la ley autoritativa correspondiente, las cuales, además, deben ser *interpretadas de manera restrictiva*, más aún cuando se trata de instituciones importantes como, por ejemplo, la referida a la prescripción vinculada al sistema constitucional tributario.
5. Las delegaciones genéricas o imprecisas volverían virtualmente inútil el propio sentido o utilidad de la ley autoritativa que, precisamente, existe para definir qué es lo que se delega y qué es lo que se deja fuera del ámbito de la delegación. De lo contrario, bastaría apelar a los membretes o materias genéricas para que todo tipo de regulación por parte del Poder Ejecutivo sea posible.
6. En el presente caso, no se observa que la Ley Autoritativa N° 30823 haya establecido una específica delegación de facultades al Poder Ejecutivo para modificar las normas relativas a la aplicación temporal en el cobro de los tributos, por lo que este Tribunal considera que el Decreto Legislativo 1421 resulta ser inconstitucional por la forma, pues ha excedido el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante la precitada Ley N° 30823.
7. Para mayor ilustración, corresponde señalar que tal ley autoritativa, en materia tributaria y financiera, delegó expresamente las siguientes facultades:

“Artículo 2. Materias de la delegación de facultades legislativas

En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias:

- 1) En materia tributaria y financiera, a fin de:
 - a) Modificar la Ley del Impuesto a la Renta respecto a los criterios de domicilio de las personas jurídicas; las rentas presuntas y las tasas para los servicios que hayan sido prestados parte en el país y parte en el extranjero; normas sobre precios de transferencia; venta indirecta de acciones; tratamiento de establecimientos permanentes; criterios para determinar cuándo una entidad constituida en el exterior va a ser contribuyente del impuesto a la renta; deducción de gastos empresariales a fin de que estos no se utilicen indebidamente para generar escudos fiscales o financiar gastos personales, pudiendo efectuar modificaciones sobre normas sectoriales; incorporar cláusulas antielusivas específicas; establecer una tasa especial para dividendos en el marco de contratos de estabilidad jurídica para mantener la carga combinada del 33%; las retenciones y pagos a cuenta del impuesto por rentas de segunda y cuarta categoría; regular el tipo de cambio aplicable a operaciones realizadas por personas naturales y sujetos no domiciliados; obligación de pagar el monto

equivalente a la retención en operaciones con sujetos no domiciliados; incorporar una definición de “devengo”; y la determinación del impuesto a la renta de personas naturales, incluyendo renta bruta, renta neta y deducciones, las cuales deberán ser sustentadas con comprobantes de pago, con la finalidad de otorgar seguridad jurídica, reducir la evasión y elusión tributaria, ampliar la base tributaria, simplificar el sistema tributario, mejorar la progresividad del sistema tributario, eliminar posibilidades de arbitraje y fomentar el uso de comprobantes de pago.

Las presentes medidas no implican el incremento de la tasa del impuesto a la renta empresarial de los contribuyentes domiciliados en el Perú; tampoco implica la modificación de la tasa máxima y el tramo inafecto del impuesto a la renta que grava las rentas de trabajo de los contribuyentes domiciliados, ni la modificación sobre el tratamiento tributario de las micro y pequeñas empresas (MYPE).

- b) Modificar la legislación en materia tributaria y financiera a fin de promover la inversión, establecer mejoras sobre el tratamiento tributario aplicable al Fideicomiso de Titulización para Inversión en Renta de Bienes Raíces (FIBRA) y al Fondo de Inversión en Renta de Bienes Inmuebles (FIRBI), y establecer mejoras sobre la transferencia de facturas negociables.
- c) Crear un producto previsional no obligatorio, inafecto del impuesto a la renta de las personas naturales y de la contribución al Seguro Social de Salud (EsSalud) para los afiliados que retiraron los fondos de sus cuentas individuales de capitalización en el marco de la Ley 30425, sin que ello implique modificar las normas que permiten el retiro de hasta el 95,5% de los fondos de las cuentas individuales de capitalización de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones; ni la Ley 30478, Ley que modifica el artículo 40 y la vigésimo cuarta disposición final y transitoria del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.
- d) Modificar el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado mediante el Decreto Supremo 055-99-EF, a fin de actualizar la normatividad vigente y cubrir vacíos o falta de claridad en la norma que impiden su correcta aplicación en lo que respecta a la determinación y ámbito de aplicación del impuesto; e incorporar sus alcances para los juegos de casino, máquinas de tragamonedas y apuestas on-line en el ámbito de aplicación del impuesto selectivo al consumo (ISC), tomando en cuenta los parámetros de constitucionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional; sin que ello implique la modificación de la tasa del impuesto general a las ventas o del impuesto de promoción municipal.
- e) Modificar el Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central (SPOT) como mecanismo de control tributario a fin de evitar el uso

indebido del fondo de detracciones y optimizar la operatividad del Sistema. No podrá legislarse sobre el régimen de infracciones y sanciones.

- f) Modificar y uniformizar la legislación nacional a fin de promover y regular el uso generalizado de comprobantes de pago electrónicos y simplificar las obligaciones de los contribuyentes, incluyendo aquella relacionada con certificados digitales; adecuar la normativa a los sistemas electrónicos empleados por los contribuyentes para la emisión de comprobantes de pago y llevado de libros o registros; y establecer la aplicación del Código Tributario a infracciones, sanciones y procedimientos de cobranza a los operadores de servicios electrónicos.

Se podrá modificar el régimen de infracciones y sanciones vinculado a comprobantes de pago, libros y registros físicos y electrónicos.

- g) Modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo 133-2013-EF, a fin de brindar mayores garantías a los contribuyentes en la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar, estableciendo la configuración de infracciones y sanciones vinculadas con dicha disposición; establecer parámetros para su no aplicación a las micro y pequeñas empresas (MYPE); y ampliar los supuestos de responsabilidad solidaria de los representantes legales por aplicación de la cláusula antielusiva general, garantizando el derecho al debido proceso de los contribuyentes. Además, establecer modificaciones a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes, así como medidas para asegurar el cobro de la deuda tributaria relativas a las reglas sobre medidas cautelares.
- h) Establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio. Queda prohibido derogar, sustituir o modificar la Ley de Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República; así como regular materias reservadas a la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, al Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS, o que afecten su autonomía.
- i) Simplificar la regulación y demás aspectos referentes a la cobertura y acceso a los regímenes especiales de devolución del impuesto general a las ventas (IGV) orientados a promover y agilizar la inversión en el país, a fin de brindar mayor celeridad y eficiencia para su acogimiento; sin que ello implique la creación de nuevos regímenes especiales de devolución.
- j) Modificar el Decreto Legislativo 813, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Penal Tributaria, y la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, a fin de optimizar los procesos judiciales, adecuándolas a la nueva normativa procesal e incorporando figuras punitivas que eviten o reduzcan el pago de tributos.

- k) Adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y las mejores prácticas internacionales para la lucha contra la elusión y evasión fiscal, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; garantizar la asistencia administrativa mutua con fines fiscales, como la adopción de estándares de acceso, disponibilidad e intercambio de información del beneficiario final de las personas jurídicas y entes jurídicos, previendo que los profesionales del derecho y de las ciencias contables y financieras deban proporcionar dicha información a la autoridad competente cuando accedan a ella en una condición o situación distinta al ejercicio profesional, respetándose los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú; evitar la doble imposición internacional; y modificar el tratamiento del secreto bancario para fines internos sobre la información financiera contenida en el artículo 143-A de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, sin contravenir lo previsto en el último párrafo de dicho artículo, estableciendo montos mínimos, garantizando estándares internacionales de seguridad informática, y respetando los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú. Asimismo, implementar mecanismos de transparencia sobre los beneficiarios finales y regular la extinción de sociedades inactivas, para prevenir y combatir el fraude tributario y los delitos económicos. (...)”
8. Lo que esta última norma únicamente ha señalado y de manera genérica, es que se pueden modificar las normas tributarias con el objetivo de hacer más eficientes los procedimientos tributarios (artículo 2, inciso 1, párrafo g). Sin embargo, esto, como se ha explicado, no puede ser interpretado extensivamente. Vale decir, como una habilitación para regular todo tipo de contenidos y mucho menos aquellos que incidan sobre derechos y garantías reconocidos en el contribuyente.
9. En el ejercicio de esta competencia para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de normar en determinadas materias, que se supone debe ser excepcional, no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas. Tampoco es admisible que en base a ellas se desprendan materias que originariamente no se contemplaron, bajo riesgo de sobrepasar los límites materiales otorgados. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso con el decreto legislativo materia del mismo, pues en ninguna parte la ley autoritativa se dota de facultades al Ejecutivo para legislar sobre la prescripción tributaria. En consecuencia, debe ampararse la demanda en cuanto se invoca la infracción formal de la Constitución.
10. Cabe señalar que la especificación estricta de la delegación de facultades respecto a asuntos de importancia constitucional como lo es la prescripción tributaria, no es ajeno a tal cumplimiento. Basta observar la Ley 29884, que en su oportunidad delegó facultades al Poder Ejecutivo y expresamente en el literal c, de su artículo segundo, estableció como materia delegada a la prescripción regulada por el Código Tributario.

En dicha ocasión, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 1113, que incorporó en el inciso 7, al artículo 44, del Decreto Supremo 135-99-EF (TUO del Código Tributario) un supuesto adicional sobre el cómputo de la prescripción tributaria.

11. Por lo demás, es importante resaltar que en nuestro país existe en los últimos años una acentuada tendencia a conferirle al Poder Ejecutivo todo tipo de facultades en materia tributaria, lo que podría llevarnos a un peligroso camino de renuncia o abdicación a potestades esenciales que el Congreso debería asumir de acuerdo con la Constitución y también de afectación de los derechos fundamentales del administrado, sobre todo si tenemos en cuenta que es el Ejecutivo, a través de los órganos competentes, el que se encarga del cobro de los tributos.
12. Sobre el particular, la reserva de ley en materia tributaria debe ser entendida en el sentido que, en la aprobación de cuestiones relativas a tributos, participe el pueblo a través de sus representantes en el Congreso, los que deberán debatir y formarse una convicción respecto del proyecto, como corresponde. Ello no ocurre si se delegan facultades para regular la materia tributaria al Poder del Estado que finalmente cobrará el tributo.
13. Una cosa es que por excepción el Congreso pueda delegar facultades en materia tributaria, y otra diferente, que lo excepcional se termine convirtiendo en una regla como parece suceder en nuestro medio. Por ello, este Tribunal Constitucional invoca a los poderes del Estado para que facultades en materia tributaria se soliciten y se otorguen de modo excepcional, cumpliendo estrictamente el diseño constitucional tributario establecido por voluntad del legislador constituyente que confiere al Congreso la competencia tributaria bajo el principio de reserva de ley, como garantía de participación del pueblo, a través de sus representantes, en la creación, aprobación, modificación, exoneración o derogación de tributos.

§2. APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN EL TIEMPO

14. El tema de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es un asunto que ha sido abordado expresamente por el legislador constituyente. Al respecto, el artículo 109 de la Constitución establece que:

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

15. Esta regla se complementa con la incorporada en el artículo 103 de la Constitución. Dicha disposición establecía originalmente que:

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

16. De lo expuesto, surge que, en principio, las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigor y carecen de efectos retroactivos. Si bien esta regla resultaba bastante clara, es innegable que al momento de su aplicación se generaban ciertos conflictos;

por ejemplo, cuando una nueva norma entra a regular una relación o situación jurídica que no se ha agotado pero que comenzó a desarrollarse conforme a pautas distintas antes de que entre en vigencia.

17. Es decir, se presentaba una situación en la que se debía determinar si la relación o situación jurídica se regía por la norma vigente cuando comenzó a desarrollarse o si, por el contrario, debe aplicarse aquella norma que acaba de entrar en vigencia y modifica el *statu quo*. A fin de resolver este problema se habían desarrollado dos posibles soluciones radicalmente diferentes a partir de lo que se denominara como teoría de los hechos cumplidos o, en sentido contrario, teoría de los derechos adquiridos.
18. A fin de resolver esta controversia latente se aprobó la Ley de Reforma de la Constitución 28389 y, a partir de ese momento, el artículo 103 de la norma fundamental pasó a establecer que:

(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos: salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.
19. El constituyente al introducir esta regla opta por la teoría de los hechos cumplidos fijando el deber de aplicar las normas a todos los supuestos que no se hubiesen concluido con la norma anterior salvo en materia penal cuando favorece al reo.
20. Como se puede apreciar, la norma que se incorpora al sistema no incide sobre las relaciones o situaciones jurídicas propiamente dichas sino respecto de las consecuencias que al momento de su entrada en vigencia se están produciendo y excluye expresamente aquellas que se agotaron en el pasado.
21. La prohibición de la aplicación retroactiva explicitada en el artículo 103 glosado supone un límite claro que impide extender los efectos del nuevo régimen a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que se hubiesen agotado antes de la entrada en vigor de la nueva norma.
22. En relación con lo anterior, este Tribunal ha dicho que “(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes” (Sentencia 0606-2004-AAITC, fundamento 2).
23. En conclusión, existen dos ámbitos en los que no se aplica la norma que se incorpora al ordenamiento:
 1. El de las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas extinguidas al amparo de la norma anterior; y,
 2. El de los casos en que la norma penal anterior resulte más favorable para el reo.
24. Lo expuesto *supra* aplica al ámbito de la vigencia de las normas tributarias, incluyendo la retroactividad benigna en los procesos sancionadores, pero a estas se ha añadido una

previsión especial por cuanto el artículo 74 establece que “no surten efecto” cuando hayan sido aprobadas en infracción de los principios que dicha disposición desarrolla. Esta particularidad ha permitido que este Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de determinadas normas tributarias con efecto retroactivo (vgr. Sentencia 0033-2004-AI/TC).

25. Concordante con el marco constitucional indicado, el artículo X del Título Preliminar del Código Tributario establece que:

Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

26. Visto lo expuesto y considerando lo decidido por este Tribunal Constitucional en casos anteriores, para aplicar una norma tributaria en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que no se hayan agotado (0002-2006-AI/TC, fundamento jurídico 12).

§3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

27. El primer párrafo del artículo 74 de nuestro Texto Constitucional establece el principio de legalidad tributaria con relación a la creación de los tributos. Así, dispone lo siguiente:

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

28. El instituto de la prescripción en materia tributaria permite liberar al deudor de la obligación tributaria (deuda tributaria y no tributaria), como consecuencia del cumplimiento del plazo establecido por mandato legal para que la Administración requiera su cobro. En dicho sentido, se aprecia que la prescripción es una forma de extinción de la potestad tributaria acorde con el principio de legalidad antes mencionado.
29. Es importante enfatizar que, en nuestro modelo constitucional, el régimen tributario se encuentra a cargo de la Administración Tributaria, que, a su vez, es la responsable de requerir oportunamente el cumplimiento de la deuda (recaudación tributaria), dentro del periodo legalmente establecido para su ejecución, observando cada uno de los principios y derechos que la Constitución establece.
30. Nuestro ordenamiento legal define a la prescripción tributaria en el párrafo final del artículo 27 del Código Tributario, Decreto Legislativo 816, en los siguientes términos: “La prescripción extingue la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria, así como la acción para exigir su pago y aplicar sanciones”.

Siendo ello así, es claro que la prescripción extingue la potestad tributaria del Estado tanto para la determinación de la deuda como para su cobro.

31. Ahora bien, es importante señalar que el artículo 43 del mencionado Código Tributario establece cuales son los plazos de prescripción de la deuda tributaria —4, 6 o 10 años dependiendo del supuesto aplicable—, mientras que el artículo 44 establece los términos para el inicio de su contabilización y el artículo 45 las formas de interrupción de la prescripción.
32. Si bien es cierto que las mencionadas características son reglas generales, estas permiten conocer con precisión el inicio de la contabilización del plazo que tiene la administración pública para que, en ejercicio de su potestad tributaria, reclame al contribuyente la deuda generada por la obligación del pago de impuestos.
33. En este sentido, las características legales atribuidas por el legislador a la prescripción tributaria, permiten identificar en ella una herramienta jurídica razonable para el cobro de la deuda (tributaria y no tributaria) a favor de la recaudación fiscal, quedando incluso garantizado este si se presentan los supuestos legales de interrupción de su plazo. Sin embargo, tal regulación también se identifica como una garantía a favor del contribuyente, pues le permite, por mandato legal —cumpliendo los requisitos que la ley establece—, liberarse de dicha deuda al cumplirse el plazo establecido, castigando así la inactividad de la administración pública con la extinción de su potestad tributaria (capacidad estatal de determinación y cobro de la obligación tributaria).
34. Es importante precisar que la prescripción tributaria es una institución jurídica que modula los efectos de la inactividad de quien, siendo titular de un derecho o de una facultad, no ejerce la acción para exigirlos durante el lapso predeterminado por la ley, lo que conlleva la pérdida de la posibilidad de accionar su ejercicio. Es importante enfatizar que la inactividad de la administración tributaria no puede ser “*ad infinitum*”, tal es así que el Código Tributario regula la prescripción como una forma de extinción de la potestad tributaria.
35. En particular, la prescripción extintiva es una institución jurídica en virtud de la cual quien tenía derecho a exigir determinada prestación pierde esa posibilidad por el mero paso del tiempo. El obligado se libera del deber de cumplimiento cuando quien tiene la posibilidad de exigírsela no actúa diligentemente.
36. Una institución de esta naturaleza persigue una finalidad clara que consiste en evitar que el ejercicio de la potestad de demandar el cumplimiento de un deber quede abierto indefinidamente.
37. Este Tribunal sostuvo que la prescripción extintiva se encuentra relacionada de modo inescindible con el principio de seguridad jurídica. Al respecto sostuvo que:

“(…) la figura jurídica de la prescripción no supone la denegatoria del derecho en cuestión, sino, en todo caso, la restricción del remedio procesal para exigirlo, lo cual no debe olvidarse, constituye también la defensa de otro bien constitucional en la medida que se protege por esta vía la seguridad jurídica” (Sentencia 4272-2006-AA/TC, fundamento jurídico 5).

38. En el ámbito tributario, el transcurso del plazo legal específicamente establecido en el Código Tributario extingue la acción por parte de la administración tributaria para exigir legítimamente un derecho al deudor del tributo o la multa.
39. Dicho, en otros términos, la prescripción limita temporalmente el alcance de la potestad tributaria de la administración frente a los contribuyentes de modo que el transcurso del plazo legal impide que se requiera coercitivamente el cumplimiento de las obligaciones presuntamente omitidas.

§4. REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 43 Y 44 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

40. El artículo 43 del Código Tributario aprobado por el Decreto Legislativo 816, dispone que la acción de la Administración Tributaria para determinar la obligación tributaria, así como la acción para exigir su pago y aplicar sanciones prescribe:
 1. Como regla a los 4 años;
 2. A los 6 años para quienes no hubieren presentado la declaración;
 3. A los 10 años cuando el agente de retención o percepción no ha pagado el tributo retenido o percibido.
41. La disposición mencionada regula el plazo aplicable a tres aspectos distintos:
 1. La determinación;
 2. El cobro de obligaciones; y
 3. La aplicación de sanciones.
42. De otra parte, corresponde advertir que la prescripción de las obligaciones está compuesta por un aspecto objetivo que comprende, a su vez, dos elementos: el lapso o *iter* y el punto de inicio del cómputo. De otra parte, existe también un aspecto subjetivo que está referido a la inacción de quien tiene legitimación para exigir el cumplimiento de la obligación.
43. La disposición contenida en el artículo 43 se refiere única y exclusivamente al lapso que debe transcurrir para que opere la prescripción y, como ya se pusiera de relieve, se refiere tanto a la determinación de la obligación tributaria, como a la acción para exigir el pago y para aplicar sanciones.
44. En el presente caso, interesa el aspecto objetivo del plazo para el cobro de obligaciones tributarias o multas (especialmente en lo relacionado con el inicio del cómputo) que es aquello con lo que se relaciona la disposición impugnada del Decreto Legislativo 1421.
45. El Código Tributario aprobado por el Decreto Legislativo 816, establece en su artículo 44 las reglas para el cómputo del plazo de prescripción:

“Artículo 44.- El término prescriptorio se computará:

1. Desde el uno (1) de enero del año siguiente a la fecha en que vence el plazo para la presentación de la declaración anual respectiva.
 2. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible, respecto de tributos que deban ser determinados por el deudor tributario no comprendidos en el inciso anterior.
 3. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha de nacimiento de la obligación tributaria, en los casos de tributos no comprendidos en los incisos anteriores.
 4. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, a la fecha en que la Administración Tributaria detectó la infracción.
 5. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se efectuó el pago indebido o en exceso o en que devino en tal, tratándose de la acción a que se refiere el último párrafo del artículo anterior.”.
46. El Decreto Legislativo 953, incorporó una regla adicional a las antes señaladas, pero a través de la modificación del Decreto Supremo 135-99-EF, que aprobó el Texto Único Ordenado del Código Tributario. Así, el inciso 6, del artículo 44, del mencionado TUO, dispone lo siguiente:
- “Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que nace el crédito por tributos cuya devolución se tiene derecho a solicitar, tratándose de las originadas por conceptos distintos a los pagos en exceso o indebidos”.
47. Como se podrá apreciar, estas disposiciones no fijan un plazo diferenciado para la determinación, el cobro o la imposición de sanciones. Naturalmente que solo puede ponerse al cobro lo que se encuentre previamente determinado, pero las normas legales vigentes hasta entonces no fijaban ninguna regla especial sobre el particular.
48. Es a partir de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1113 al Decreto Supremo 135-99-EF (Texto Único Ordenado del Código Tributario) que se diferencia el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones orientadas a determinar la obligación tributaria o imponer sanciones del aplicable al inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago.
49. El artículo 4 de dicho decreto legislativo introduce el inciso 7 en el artículo 44 del Texto Único Ordenado del Código Tributario disponiendo que el término prescriptorio se computará:
- “Desde el día siguiente de realizada la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas”.

50. Dicha disposición no modifica el plazo de prescripción, que se encuentra determinado en el ya citado artículo 43, sino el momento en el que se inicia el cómputo de este.

§5. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

51. La disposición cuestionada mantiene la diferenciación entre el plazo de prescripción para la determinación de la obligación y el aplicable al cobro de la obligación determinada o de la multa, pero modifica el punto de inicio del cómputo de este último en los casos en que esto sucedió antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1113.
52. Corresponde comenzar resaltando que el punto de inicio, a diferencia del lapso, ocurre en un momento preciso y no transcurre. Se produce instantáneamente y agota su efecto al poner en marcha el transcurso del plazo.
53. Evidentemente, lo que transcurre en el tiempo es el plazo previsto en el artículo 43, pues el punto de inicio de dicho plazo es uno fijo y determinado que ocurre en un específico momento.
54. El Tribunal Fiscal en la Resolución 09789-4-2017 sostuvo que:
- “(…) una vez que ha ocurrido el inicio y el cuerpo del plazo viene transcurriendo, no es posible que se produzca un “nuevo inicio” referido a este mismo plazo, sino que solamente podría ocurrir que el que ya venía corriendo sea interrumpido”.
55. Este criterio condujo a decidir que la modificación en el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción incorporado en el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario por el Decreto Legislativo 1113 solo podía tener efecto desde que este entrara en vigencia sin que resulte aplicable a los casos en los que el plazo se había comenzado a computar.
56. Efectivamente, en dicha resolución se dejó establecido con carácter de precedente de observancia obligatoria que:
- “El inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de la Administración para exigir el pago de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación y de multa emitidas por conceptos originados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012, se rigió por los numerales 1) a 4) del artículo 44 del Código Tributario, según correspondía, por lo que no resulta aplicable el numeral 7) del anotado artículo”.
57. Este criterio interpretativo no vincula más que a los órganos de la administración tributaria por cuanto de acuerdo con el artículo 154 del Código Tributario puede ser modificado por vía reglamentaria o por ley.
58. Naturalmente que tampoco puede ser considerado como criterio vinculante para este Tribunal Constitucional que ha sido diseñado por la norma fundamental como “Órgano de control de la Constitución”.

59. Corresponde advertir que como señala el Poder Ejecutivo en su contestación de demanda, el Tribunal Fiscal en resoluciones posteriores a la publicación de la norma impugnada en autos no siguió el mismo criterio respecto del cambio del punto de inicio de la prescripción.

60. Efectivamente, en el Expediente 00753-4-2019 dejó sentado que:

“(…) en aplicación de lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, al tratarse el presente caso de un procedimiento en trámite y/o pendiente de resolución, para establecer el inicio del cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de las mencionadas deudas materia de análisis, cuyos plazos de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas con posterioridad al 28 de setiembre de 2012 dentro de los plazos de prescripción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones, resulta de aplicación lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario, por lo que, el cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda contenida en los mencionados valores, se inició el día siguiente de su notificación, esto es, el 7 de noviembre de 2017” (página 6).

61. Esta resolución no tiene carácter de precedente de observancia obligatoria, pero en todo caso revela un criterio interpretativo objetivamente diferente al que usara cuando emitió la Resolución 09789-4-2017. Naturalmente que ni aquella ni esta constituyen un criterio- que resulte vinculante para este órgano de control de la Constitución como ya se advirtiera *supra*.

62. Francisco Eguiguren, en el informe aportado por el Poder Ejecutivo, sostiene que la norma impugnada buscó corregir la errada interpretación adoptada por la resolución del Tribunal Fiscal 09789-4-2017 “procediendo a precisar la adecuada interpretación y aplicación que correspondía dar a la norma contenida en el Decreto Legislativo 1113” (fojas 291 vuelta del expediente).

63. Al respecto, debe comenzarse señalando que solo puede ser considerada como una norma interpretativa aquella que declara o fija el sentido de otra que fue dictada con anterioridad, pero sin modificar su alcance o contenido.

64. Este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de advertir sobre el riesgo que pueden entrañar las normas presuntamente interpretativas que en realidad fijan nuevas reglas:

“El problema que se plantea con este tipo de normas es que a veces el Legislador pretende atribuir un efecto interpretativo a normas que, en el fondo, no lo son. Estas aparentes normas interpretativas deberían entrar en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, y no desde la entrada en vigencia de la supuesta norma interpretada, ya que en estos casos no existe una unidad normativa esencial entre ambas normas” (Sentencia 0002-2006-PI, fundamento jurídico 22).

65. La Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 se limita a disponer que el plazo de prescripción “(...) para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o de multa cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012 dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de tales resoluciones conforme con el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario”.
66. La disposición cuestionada incide sobre aquellos casos en los que el término prescriptorio para exigir el pago comenzó a contarse conjuntamente con el aplicable a la determinación o imposición de sanciones, es decir, los anteriores a la separación de ambos plazos que, como ya se señalara, ocurrió con la vigencia del Decreto Legislativo 1113.
67. Queda claro que no introduce una regla interpretativa desde el momento que no discrimina entre las normas que podrían desprenderse de la disposición optando por alguna de ellas, sino que se limita a fijar autónomamente un nuevo momento para iniciar el cómputo de la prescripción.
68. Por lo tanto, corresponde descartar la posibilidad de que la regla sometida a control pueda ser considerada como interpretativa en los términos planteados en el informe citado que aportara el Poder Ejecutivo.
69. Este Tribunal Constitucional advierte que la disposición impugnada no modifica el lapso por el que se extiende la prescripción, que efectivamente es el elemento que transcorre, sino que varía el otro elemento objetivo que es el punto de inicio del cómputo que resulta fijo y, por lo tanto, incide en todos aquellos casos en que la prescripción hubiese comenzado a desarrollarse.
70. De esta forma, queda claro que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 supone una aplicación retroactiva de un nuevo punto de inicio del cómputo de la prescripción a casos en los que dicho evento ya se había producido y, por lo tanto, se infringe el artículo 103 de la Constitución.
71. No se trata de una forma de reconocer derechos adquiridos, este Tribunal mantiene su uniforme jurisprudencia en torno a la efectividad y vigencia de la teoría de los hechos cumplidos como criterio recogido en el artículo 103 de la Constitución.
72. El *quid* de la cuestión en este caso es que la norma sometida a control resulta aplicable a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas *existentes*, pero afecta a unas que ya agotaron su efecto en el pasado, cuando se puso en marcha el plazo de prescripción.
73. Queda claro entonces que la disposición objeto de control se encuentra reñida con el principio constitucional de irretroactividad de las normas jurídicas al aplicarse a situaciones previamente agotadas.

74. Una interpretación distinta conduciría a la posibilidad de que el Congreso de la República por medio de la ley o el Poder Ejecutivo a través de la legislación delegada vayan modificando en forma periódica y retroactiva el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción y, en consecuencia, las obligaciones tributarias nunca prescribirían, dejando al contribuyente en una relación jurídica que nació asimétrica, en una totalmente arbitraria.
75. Esto no quiere decir que el legislador no pueda introducir en el ordenamiento disposiciones que modifiquen el inicio del cómputo del plazo de prescripción de cualquier tipo de obligación incluidas las tributarias. Por supuesto que puede, siempre que lo haga de conformidad con los parámetros constitucionales, pero dicha norma no podrá surtir efectos retroactivos que supongan un nuevo inicio del cómputo del plazo de prescripción.
76. Efectivamente, el momento de inicio del plazo de prescripción es un hecho que no transcurre, sucede inmediatamente cuando se produce el supuesto previsto por la ley y, por lo tanto, cualquier modificación de este aspecto se aplicará a partir de la entrada en vigor de la nueva norma.
77. Una previsión legal que modifique el momento a partir del cual se computa el plazo de prescripción aplicable a situaciones previamente agotadas supondría una infracción del principio de irretroactividad reconocido por el artículo 103 de la Constitución que se mencionara *supra*.
78. Atendiendo a lo expuesto, corresponde declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.
79. Respecto a la aplicación de la presente sentencia en el tiempo, esta surtirá efectos a partir de su publicación, lo que supone que se aplique solo a situaciones jurídicas que se produzcan desde ese momento.
80. Finalmente, y a fin de evitar que en lo sucesivo el legislador derivado se exceda en la emisión de normatividad que tienda a habilitar la potestad tributaria sine die, este Tribunal considera que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción establecidas en el artículo 44 del Código Tributario (Decreto Legislativo 816) y el inciso 7 del artículo 44 del Decreto Supremo 135-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, se encuentran circunscritas en cuanto a su interpretación al cumplimiento estricto de los plazos de prescripción establecidos por el artículo 43 del Código Tributario, no debiendo excederse los procesos de fiscalización tributaria y el cobro de la deuda determinada, de dichos plazos.

III. FALLO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de La Libertad y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

2. **INTERPRETAR** que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción establecidas en el artículo 44 del Código Tributario (Decreto Legislativo 816) y el inciso 7 del artículo 44 del Decreto Supremo 135-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, se encuentran circunscritas al cumplimiento estricto de los plazos de prescripción regulados por el artículo 43 del Código Tributario, no debiendo excederse de dichos plazos los procesos de fiscalización tributaria y de cobro de la deuda determinada.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular, por las consideraciones que exponemos a continuación.

El artículo 104 de la Constitución Política del Perú, en su primer párrafo, señala lo siguiente:

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

Este Colegiado ha dicho, en la sentencia recaída en el expediente 008-2016-PI/TC (fundamento 6), que en nuestro sistema constitucional el ejercicio de la delegación de facultades legislativas se encuentra sujeto a determinados límites, como son “que la delegación legislativa debe ser concedida mediante ley autoritativa (límites formales), debe contener la indicación específica de la materia que se delega (límites materiales), así como el establecimiento de un plazo determinado (límites temporales)”.

Nos queremos centrar aquí en los “límites materiales” de la delegación legislativa, esto es la necesidad de que la ley autoritativa señale la materia específica a legislar por Poder Ejecutivo.

Sobre esos “límites materiales”, en este Colegiado hemos dicho, en la sentencia recaída en el expediente 0006-2014-PI/TC (fundamento 13), que la Constitución no impone la obligación de desarrollar o exponer de manera detallada o minuciosa el contenido que se debe incluir en el decreto legislativo, pero sí prohíbe “el uso o empleo de fórmulas manifiestamente generales, indefinidas o imprecisas” (cfr., también, sentencia del expediente 012-2011-PI/TC, fundamento 10.c).

Debemos recordar, además, que este Tribunal ha señalado, en la sentencia 015-2011-PI/TC, que la ley autoritativa es “una norma sobre la producción jurídica del decreto legislativo, es decir, una norma competente para condicionar su validez jurídica [...]. Y, en ese sentido, integra el parámetro o canon de control cada vez que se cuestione la constitucionalidad de un decreto legislativo” (fundamento 17).

En el caso de autos, el Decreto Legislativo 1421, cuya Primera Disposición Complementaria Transitoria es materia de la presente demanda de inconstitucionalidad, fue expedido en virtud de la Ley autoritativa 30823, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”.

El inciso 1 del artículo 2 de la mencionada Ley autoritativa 30823, está dedicado a detallar la delegación legislativa en materia tributaria y financiera. En él no encontramos que se haya delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre el cómputo del plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria, como hace la norma objeto de la demanda de inconstitucionalidad.

El Decreto Legislativo 1421, en su parte considerativa, invoca que está facultado por la citada ley autoritativa a modificar el Código Tributario “a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes” y a “legislar en materia tributaria y financiera a fin de establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio”.

Similar sustento da el Poder Ejecutivo en la página 14 de la contestación de la demanda de autos.

Sin embargo, tales referencias a la ley autoritativa nos parecen muy amplias y generales para el contenido específico de la Disposición impugnada, que legisla sobre el inicio del plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria.

En efecto, la prescripción que aquí nos ocupa es la llamada “prescripción extintiva”, que es el instituto jurídico con el cual, por el transcurso del tiempo, se extingue la acción. No es pues un procedimiento tributario, como lo demuestra también su ubicación en el Código Tributario, por si no fuera suficiente el argumento conceptual apuntado.

Obviamente, la regulación de la prescripción tampoco tiene que ver con asuntos de gestión para un mejor servicio del Tribunal Fiscal o de la SUNAT.

Por lo expuesto, consideramos que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 intenta respaldarse en términos generales, indefinidos o imprecisos, que no cumplen con la especificidad en la materia delegada que exigen la Constitución y la jurisprudencia de este Tribunal.

Esto nos lleva a concluir que dicha Disposición no versa sobre materia específica delegada por la Ley 30823, por lo que es inconstitucional.

Cierto es que el Poder Ejecutivo, al contestar la demanda, ha presentado el Informe del grupo de trabajo del Congreso de la República sobre el Decreto Legislativo 1421, que concluye que éste se enmarca dentro de las materias delegadas por la ley autoritativa.

Sin embargo, dicho informe parlamentario, para llegar a tal conclusión, reconoce que ha recurrido a una “interpretación flexible a favor de la constitucionalidad de la norma” (p. 13), lo cual contradice la especificidad en la materia delegada, que, como hemos visto, manda la Constitución y la jurisprudencia de este Colegiado.

Por lo demás, y como es de sobra conocido, el control que haga el Congreso de la República, conforme al artículo 90 de su Reglamento, sobre los decretos legislativos, en modo

alguno enerva o condiciona el control de constitucionalidad que este Tribunal ejerce por mandato del artículo 200, inciso 4, de la Constitución. Así lo reconoce el propio informe parlamentario aquí referido, cuando dice:

[...] el Grupo de Trabajo debe recordar que el control constitucional de los decretos legislativos que efectúa el Congreso de la República no impide que los particulares puedan recurrir a la jurisdicción constitucional para cuestionar, sea a través de un proceso de tutela de derechos como el amparo, o un proceso abstracto como el de inconstitucionalidad, total o parcialmente, un decreto legislativo en particular (p. 22).

Conforme al artículo 200, inciso 4, de la Constitución y al artículo 75 del Código Procesal Constitucional, una ley puede contravenir la Constitución por la forma. Tal es lo que ocurre con la norma *sub judice*, que, en nuestra opinión, vulnera el artículo 104 de la Constitución sobre legislación delegada.

Por tal motivo, debemos apartarnos de la ponencia del señor magistrado Ernesto Blume Fortini, pues no suscribimos sus objeciones sobre el fondo a la ley impugnada, ya que consideramos que el solo vicio de forma de ésta determina la necesidad de su expulsión del ordenamiento jurídico.

Asimismo, ya que entendemos que la disposición constitucional infringida es el artículo 104 de nuestra ley fundamental, la decisión de este Tribunal en sentido estimatorio no tiene efecto retroactivo, conforme al artículo 204 de la Constitución.

Nada hubiera sido más grato para nosotros que pronunciarnos en favor del fisco, si se tiene en cuenta que, en el año 2005, obtuvimos la confianza de la SUNAT para defenderla en el proceso de amparo que interpuso en su contra la empresa extranjera Engelhart Perú SAC, donde obtuvimos un triunfo en el Poder Judicial y éxito ante este ilustre Tribunal, bajo la presidencia del doctor Javier Alva Orlandini. Gracias a esta sentencia constitucional, recaída en el expediente 8605-2005-AA/TC, el fisco pudo cobrar más de 500 millones de dólares.

No obstante, fieles a nuestra tradición proveniente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde nos formamos, hoy emitimos este voto inspirados en nuestra tesis doctoral en Derecho titulada, precisamente, *La prescripción extintiva*, con la que nos graduamos con los máximos honores, con un jurado integrado por los distinguidos maestros sanmarquinos José León Barandiaran, Mario Alzamora Valdez, Ulises Montoya Manfredi y Max Arias Schreiber Pezet, por lo que conocemos a cabalidad el tema que aquí nos ocupa.

A pesar de lo mediático de este caso, debemos ser conscientes y fieles a nuestra formación y a la verdad jurídicas.

No puedo dejar de expresar mi indignación por la abstención decretada del magistrado Sardón de Taboada, la misma que además fue resuelta por voto decisorio.

Como es obvio, el sentido de nuestro voto en modo alguno va dirigido a que el fisco deje de cobrar sus justas acreencias. Pero la recaudación tributaria debe desenvolverse dentro de

los cauces del ordenamiento constitucional y a esta exigencia se concreta nuestro pronunciamiento, aunque resulte minoritaria la defensa de esta verdad.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **FUNDADA** la demanda, únicamente por la inconstitucionalidad de forma de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La prescripción sólo se gana cuando ha culminado el respectivo plazo

Conforme al principio de igualdad en la aplicación de la ley, las empresas grandes deben pagar sus impuestos, al igual que lo hacen todos los contribuyentes de nuestro país, sin ninguna distinción

Habiendo revisado los actuados del presente caso, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421. Mis argumentos principales son los siguientes:

- No existen vicios de forma en dicha disposición del Decreto Legislativo 1421, pues: i) respeta la “materia específica” delegada; ii) así ya se pronunció este mismo Pleno del Tribunal Constitucional, en casos similares; y, iii) el Congreso de la República, al revisar la materia delegada, ratificó que tal decreto respetaba la materia específica delegada por la respectiva ley autoritativa.

Adicionalmente a lo expuesto es importante mencionar que si revisamos las sentencias de los Expedientes 00006-2014-PI/TC (caso de comunicaciones de operaciones sospechosas), 00001-2014-PI (caso DICAPI) y 00005-2019-PI/TC (caso de la verificación de comprobantes de pago electrónicos a cargo de terceros), resueltos por este Pleno del Tribunal Constitucional, se puede apreciar que también se alegaba la inconstitucionalidad por la forma por parte de determinados Decretos Legislativos. En tales sentencias, este Pleno, utilizando una concepción amplia de la materia delegada, decidió que no existían vicios de forma sobre el particular.

- No existen vicios de fondo en dicha disposición del Decreto Legislativo 1421, pues: i) mientras no culmine el plazo de prescripción para determinar la deuda por parte de la administración tributaria, en virtud a la *teoría de los hechos cumplidos*, una norma, cuya entrada en vigencia se produjo antes de que culmine el plazo de prescripción antes referido, puede introducir una nueva causal de interrupción del plazo de prescripción para determinar la deuda: *la prescripción sólo se gana cuando culmina el respectivo plazo*; y, ii) antes de la expedición de la disposición cuestionada (Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, año 2018), en el ordenamiento jurídico ya se había distinguido el inicio del «*plazo de prescripción para la determinación de la obligación tributaria y para la imposición de sanciones*» del inicio del «*plazo de prescripción para exigir el cobro de la aludida deuda tributaria*». Ello se precisó especialmente

en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113 que incorporó el inciso 7 al artículo 44 del Código Tributario y que se encuentra vigente desde el 28 de setiembre de 2012. Y antes de dicho Decreto Legislativo 1113, existía un marco jurídico que permitía razonablemente advertir la necesidad de dicha distinción al momento de aplicar la normativa tributaria correspondiente, dada la diversidad de las fuentes del Derecho Tributario, de conformidad con la Norma III, sus métodos de interpretación, según la Norma VIII, y la aplicación supletoria de los principios jurídicos contemplados en la Norma IX, recogidas todas ellas en el Título Preliminar del T.U.O. del Código Tributario.

Seguidamente, ampliaré mis fundamentos:

§1. SOBRE LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

1. Antes de iniciar con la exposición de los argumentos jurídico-constitucionales que sustentan mi posición en el presente caso, según la cual, la demanda de autos debe ser desestimada en todos sus extremos, considero relevante y, especialmente, oportuno, plantear en el debate los alcances y límites que este Tribunal debe considerar al momento de calificar una demanda interpuesta por un colegio profesional y, concretamente, por los distintos Colegios de Abogados que existen en el país.
2. En primer lugar, el artículo 20 de la Constitución ha reconocido constitucionalmente a los colegios profesionales, dotándolos de autonomía con personalidad de derecho público, encomendando a la ley la precisión de los casos en los que la colegiatura es obligatoria. En segundo lugar, el artículo 107 de la Norma Fundamental les ha reconocido la facultad de iniciativa legislativa en las materias que les son propias. En tercer lugar, y en relación al tema que nos ocupa, el inciso 7 del artículo 203 de la Constitución ha previsto que los colegios profesionales están facultados para interponer demandas de inconstitucionalidad en el ámbito de su especialidad; es decir, tienen legitimidad procesal activa en tales procesos bajo dichos límites.
3. Complementariamente, el artículo 99 del Código Procesal Constitucional ha establecido que: “para interponer la demanda, previo acuerdo de su Junta Directiva, los Colegios Profesionales deben actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su Decano”.
4. Con relación a la referida facultad de los colegios profesionales de interponer demandas de inconstitucionalidad, este Tribunal en la Resolución 0005-2005-PI/TC sostuvo que:

La razón que justifica que la Constitución haya otorgado estas facultades a los colegios profesionales radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones (...), estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley - que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión- vulnera disposiciones de la Norma

Fundamental; y, por otra, si resulta necesaria la expedición de una determinada ley que regule las materias que se encuentren relacionadas con los referidos conocimientos (fundamento 3).

5. En ese sentido, los colegios profesionales pueden incoar procesos de inconstitucionalidad siempre que las normas legales cuestionadas correspondan a sus ámbitos de especialidad. Pero, concretamente, ¿cómo se materializa dicho mandato constitucional en cada caso sometido a conocimiento de este Tribunal?
6. Este Tribunal en diversas oportunidades ha interpretado el inciso 7 del artículo 203 de la Constitución en casos en los que las demandas eran interpuestas por Colegios de Abogados, con la finalidad de cuestionar la constitucionalidad de normas con rango de ley sobre las más variadas materias.
7. En la ya citada Resolución 0005-2005-PI/TC, el Tribunal declaró improcedente la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley 28427, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005. Dicha declaración fue realizada a partir de un conjunto de razones jurídico-constitucionales, construidas a partir del análisis del caso especial de los colegios profesionales de abogados.
8. Al respecto, con relación a los alcances de la facultad de dichos colegios profesionales para interponer demandas de inconstitucionalidad, el Tribunal descartó en aquella oportunidad algunos posibles sentidos interpretativos del aludido inciso 7 del artículo 203, por no resultar conformes con la Constitución. Así, el Tribunal precisó que:

El caso de los Colegios de Abogados constituye un supuesto especial. En primer lugar, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, *estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino sólo aquellas que regulen una materia propia de esta profesión (...).*

En todo caso, será el Tribunal Constitucional el órgano que al momento de calificar las demandas de inconstitucionalidad planteadas por los colegios profesionales, deba evaluar en qué medida existe una relación directa entre la materia que regula la ley cuestionada y la especialidad del colegio profesional demandante (cursivas agregadas) (fundamento 3).

9. A mayor abundamiento, el Tribunal explicitó las siguientes reglas que adicionalmente a lo establecido en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional deben observar los colegios profesionales: i) la materia que regulan las leyes o disposiciones con rango de ley que se pretenda cuestionar deberá *encontrarse directa y claramente relacionada con la materia o especialidad en la que*, dada la profesión que agrupa a los miembros del respectivo colegio, *se tenga singulares conocimientos que no poseen otras profesiones*; y, ii) en el ejercicio de la facultad de interponer demandas de inconstitucionalidad no

deberán imponerse los intereses particulares de cada uno de los miembros del respectivo colegio profesional, sino la voluntad institucional de éste por la defensa del interés general y de los derechos ciudadanos.

10. Por ello, este Tribunal deberá evaluar en cada caso, especialmente en lo que respecta a los colegios profesionales de abogados, si al momento de interponer la demanda de inconstitucionalidad, además de cumplir con el requisito de que la norma con rango de ley impugnada se enmarque dentro del ámbito de su especialidad o lesione la esfera corporativa del colegio profesional, según lo explicado *supra*, la parte demandante ha logrado acreditar también que en dicho acto subyace la *voluntad institucional del colegio profesional* en la defensa del interés general y de los derechos ciudadanos, descartándose así los intereses particulares de cada uno de los miembros de un colegio profesional.
11. Solo así se evitarán, en la medida de lo posible, situaciones en las que, tras el cambio de autoridades en los colegios profesionales, las autoridades con mandato vigente desconozcan las actuaciones procesales realizadas por las anteriores en nombre del colegio profesional, poniendo así en entredicho el interés público ínsito a este tipo de controversias que es lo que en último término subyace en el principio de impulso de oficio, establecido en el artículo 106 del Código Procesal Constitucional.

§2. DETERMINACIÓN DE LA DISPOSICIÓN SOMETIDA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

12. La parte demandante cuestiona la constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, publicado el 13 de setiembre de 2018 en el diario oficial “*El Peruano*”, por considerar que vulnera la Constitución tanto por la forma como por el fondo.
13. En cuanto a los vicios de forma, la parte demandante sostiene que dicha disposición ha contravenido lo dispuesto en los artículos 101.4 y 104 de la Constitución así como en la ley autoritativa, Ley 30823, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”, que fue publicada el 19 de julio de 2018 en el diario oficial “*El Peruano*”.
14. En lo que respecta a los presuntos vicios de fondo, la parte demandante considera que la disposición cuestionada ha vulnerado los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica.
15. La disposición cuestionada establece lo siguiente:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera. Cómputo del plazo de prescripción

Tratándose de procedimientos en trámite y/o pendientes de resolución el inicio del plazo prescriptorio para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en

resoluciones de determinación o de multa cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012 dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de tales resoluciones conforme con el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario.

16. Indicado lo anterior, se realizará, a continuación, el control de constitucionalidad de la citada Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, teniendo como parámetro de control la Constitución y las demás normas que integran el bloque de constitucionalidad.

§3. Sobre la alegada inconstitucionalidad por la forma de la primera disposición complementaria transitoria del decreto legislativo 1421

17. La parte demandante alega que la disposición cuestionada es inconstitucional por la forma en la medida que ha excedido el marco de la delegación facultades legislativas establecido en el artículo 104 de la Constitución y en la Ley 30823 (ley autoritativa). Alega que no existe una relación entre las materias que fueron autorizadas por dicha ley autoritativa y lo regulado en el Decreto Legislativo 1421 en materia de prescripción tributaria.
18. Dicha posición es contraria a lo concluido por el Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo, de la Comisión de Constitución y Reglamento, en el Informe 90/2018-2019, de fecha 21 de marzo de 2019, según el cual la disposición impugnada se enmarca en las materias delegadas por la ley autoritativa¹.
19. Al respecto, en lo que respecta al control de constitucionalidad por la forma de la disposición impugnada, debe recordarse en primer lugar, que de la interpretación conjunta del artículo 104 y 101.4 de la Constitución, se desprende que el Poder Ejecutivo puede ejercer funciones legislativas a través de los decretos legislativos, de acuerdo a las materias y plazo que hayan sido previstos en la ley autoritativa expedida por el Congreso de la República.
20. En efecto, dichos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 101.- Atribuciones de la Comisión Permanente.

4. (...). No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

1 COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo. Informe 90/2018-2019, de 21 de marzo de 2019, pág. 14. En este informe, aprobado por unanimidad en la primera sesión extraordinaria de dicho Grupo de Trabajo, según se advierte en su pág. 1, no solo se realizó un control formal de del Decreto Legislativo 1421, sino también se analizó la compatibilidad material de su contenido normativo con la Constitución, concluyéndose que dicho decreto es constitucional.

Artículo 104.- Delegación de facultades al Poder Ejecutivo El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

21. El Tribunal Constitucional ha reiterado en varias oportunidades que dicha delegación de facultades legislativas debe ser plenamente respetuosa del orden constitucional vigente. En ese sentido, debe tenerse presente que la propia Constitución ha previsto la expedición de tales decretos por el Poder Ejecutivo, siempre que el Poder Legislativo hubiese habilitado la delegación de facultades legislativas a través de la correspondiente ley autoritativa, lo que debe realizarse sobre la base del respeto de los principios, reglas y valores constitucionales.
22. Al respecto, este Tribunal ha establecido que: “(...) la legislación ejecutiva delegada es el resultado institucional del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo. En ese sentido, se tratan de normas expedidas en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación” (STC 0012-2011-PI/TC, fundamento 7).
23. Asimismo, en la STC 0012-2011-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido en relación a los límites de la delegación de facultades lo siguiente:
 - i. Solo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, de modo que queda excluida la posibilidad de que tal habilitación pueda realizarse a favor del Poder Judicial o de los órganos constitucionales;
 - ii. Tiene que aprobarse por una ley en sentido formal, es decir, a través de una ley ordinaria, aprobada y sancionada por el Parlamento o, en su caso, por la Comisión Permanente;
 - iii. Requiere que una ley fije o determine la materia específica que se autoriza a legislar, de manera que no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella identifique con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación delegada; y,
 - iv. No comprende materias que atañen a la reforma constitucional la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto, la Ley de la Cuenta General de la República (fundamento 6).

24. A dichas materias debe añadirse el tratamiento tributario especial para determinadas zonas del país, según lo previsto en el artículo 79 de la Constitución (STC 0016-2007-PI/TC, fundamentos 22-24).
25. Con respecto a los límites a la legislación delegada, es decir, al ejercicio de las facultades legislativas a cargo del Poder Ejecutivo, en la ya citada Sentencia 0012-2011-PI/TC se indicó lo siguiente:

(...) el artículo 104 de la Constitución precisa los límites que, a su vez, el Poder Ejecutivo está en la necesidad de observar con ocasión de la expedición de la legislación ejecutiva delegada. Estos límites, además de los que vienen impuestos directamente por la Constitución, esencialmente están constituidos por aquellos fijados en la ley habilitante. Se tratan, a saber, de: (a) límites temporales, de modo que la legislación delegada habrá de dictarse dentro del plazo con que se cuenta con habilitación para legislar; (b) límites materiales, por lo que la legislación delegada habrá de desarrollar cumplidamente las materias identificadas en la ley autoritativa (fundamento 11).
26. Por último, debe tenerse presente que los decretos legislativos están sujetos a mecanismos de control, parlamentario y jurisdiccional, según lo previsto en el ordenamiento jurídico-constitucional.
27. Con relación al primero, el Tribunal Constitucional en la STC 0005-2013-PI/TC ha sostenido lo siguiente: “(...) debe tomarse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la potestad delegada al Poder Ejecutivo está sujeta a controles eficaces a fin de que no se desvirtúe el carácter fundamental de los derechos y libertades. En efecto, el último párrafo del artículo 104 de la Constitución Política establece que “el Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo”, lo que en la práctica constituye un mecanismo de control parlamentario (fundamento 18).
28. Con respecto al segundo, es a través del proceso de inconstitucionalidad, como el que nos ocupa en esta ocasión, que el Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia, controla la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, tanto por la forma como por el fondo (artículos 200.4 y 202.1 de la Constitución).
29. En el presente caso, se advierte que mediante Ley 30823, el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de sesenta días calendario en materia de “gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”.
30. El literal g) correspondiente al inciso 1 del artículo 2 de la ley autoritativa delega facultades para “Modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo 133-2013-EF [...] a fin de contar con procedimientos

tributarios más eficientes, así como medidas para asegurar el cobro de la deuda tributaria relativas a las reglas sobre medidas cautelares”.

31. El literal h) del citado artículo precisa que la delegación alcanza también la potestad para: “Establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio”.
32. En la medida que el legislador habilitó al Poder Ejecutivo para emitir normas orientadas a “contar con procedimientos tributarios más eficientes” así como para “fortalecer y optimizar” la gestión de la Sunat garantizando el adecuado cumplimiento de sus funciones, cabe concluir que la disposición impugnada se encuentra relacionada con la materia delegada.
33. En ese sentido, como ya se mencionó *supra*, el Grupo Encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo del Congreso de la República emitió el Informe 90-2018/2019 mediante el cual analizó la constitucionalidad del presente decreto legislativo y sostuvo que debía realizarse:

una interpretación flexible a favor de la constitucionalidad de la norma [...] partiendo de la premisa que la declaratoria de inconstitucionalidad debería erigirse en la última *ratio*, [y ello] permitiría sostener que el establecimiento de reglas claras reduciría en tiempo y número los procedimientos tributarios en los cuales se esté discutiendo, precisamente, la prescripción y cómo se debe aplicar en el tiempo el Decreto Legislativo 1113².

34. Al respecto, debe tenerse en cuenta que este Tribunal ha precisado que la delegación de facultades debe tener unos contornos determinados, pero no requiere que se expresen los detalles de aquello que se delega, pues ello importaría que el legislador desarrolle la materia que se pretende delegar y torne con ello innecesaria la delegación misma (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 20).
35. Por ello, no comparto lo sostenido en la ponencia. En ésta no se ha precisado en qué casos resueltos por el Tribunal Constitucional este ha sostenido que las materias delegadas por el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo deben ser interpretadas restrictivamente. Más aún, ¿con qué criterios identificamos a instituciones jurídicas como “más importantes” que otras? ¿por qué la prescripción en materia tributaria es una institución “importante” que, a diferencia de otras, solo puede ser delegada excepcionalmente al Poder Ejecutivo? Asimismo, ¿por qué la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo debe ser necesariamente excepcional? ¿por qué se invoca la reserva de ley en

2 COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo. Informe 90/2018-2019, de 21 de marzo de 2019, pág. 13.

referencia implícita a la reserva de ley absoluta? ¿acaso la prescripción en materia tributaria está sujeta a reserva de ley absoluta?

36. Pese a tales afirmaciones, cabe recordar que este Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 0022-2011-PI/TC ha explicitado, en un caso en el que la parte demandante también invocaba la excepcionalidad del ejercicio de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, que:

El Tribunal es de la opinión que las objeciones planteadas carecen de relevancia constitucional. *La legislación ejecutiva delegada se encuentra institucionalizada en el artículo 104 de la Constitución. Su dictado es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado distintos (fundamento 8) (cursivas agregadas).*

37. Con ello, como se manifestó en dicho fundamento, el Tribunal alude a la competencia del Poder Legislativo de ejercer discrecionalmente la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo y se refiere también a la competencia normativa del Poder Ejecutivo de dictar los decretos legislativos en la medida que preexista la autorización del Congreso de la República para tal efecto a través de una ley autoritativa (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 8).

38. Por ello, no puede olvidarse como se sostuvo en aquella oportunidad que:

(...) los decretos legislativos son fuentes del derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación. Durante el lapso en el que el Parlamento delega al Ejecutivo la potestad de dictar legislación delegada, el primero no pierde la competencia para ejercer la función legislativa (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 9).

39. Asimismo, continuando con su argumentación en dicha sentencia, el Tribunal indicó que lo que permite o impide al Congreso de la República autorizar o delegar las facultades legislativas al Poder Ejecutivo son los *límites constitucionales* a los que dicha delegación se encuentra sujeta por mandato constitucional (fundamento 16). Al respecto, el Tribunal precisó también que:

Esos límites están básicamente representados por aquellas materias que, de acuerdo con la Ley Fundamental, se encuentran sujetas a una *reserva de ley absoluta*. Es decir, aquellos ámbitos materiales en los que, por una u otra razón la Constitución ha impuesto, por un lado, que estas se discutan, traten y regulen en forma exclusiva y directamente por el Parlamento, en cuanto órgano de representación política de todos los intereses de la sociedad; y, por otro, que tal regulación se apruebe mediante una fuente del derecho de origen parlamentario (fundamento 16).

40. Bajo tales premisas el Tribunal Constitucional concluyó que:

No es, pues, técnicamente correcto afirmar que el ejercicio de la potestad legislativa delegada sea excepcional porque su empleo esté sujeto a la presencia de ciertos

supuestos y condiciones de índole material. Sí es cierto, en cambio, que la potestad de legislar delegadamente no constituye el ejercicio ordinario de una competencia jurídico-estatal, pues su ejercicio no depende de consideraciones propias, de oportunidad o conveniencia que el Poder Ejecutivo pueda tener, sino de la existencia de una autorización previa del Parlamento y, por tanto, de una circunstancia contingente y, además, cuyo desarrollo ha de circunscribirse a los límites materiales especificados en la ley autoritativa (fundamento 18).

41. Con respecto a los límites materiales, si bien estos deben ser especificados en la ley autoritativa, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, según lo desarrollado *supra*, ello no significa que la obligación de especificar las materias delegadas se deba interpretar como la exigencia de ser *detalladas* por legislador (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 20). Como ya se indicó en esta última sentencia, si el legislador va a desarrollar las materias objeto de delegación, ¿qué sentido tendría delegarlas al Poder Ejecutivo para su regulación?
42. Esto último, evidentemente, no niega en ningún sentido las exigencias constitucionales dimanantes del artículo 104 de la Constitución:
 - i. Delimitación, con suficiente claridad, de los confines de la materia sobre la que se habilita al Poder Ejecutivo el ejercicio de facultades legislativas;
 - ii. Que lo delegado no sea una materia sujeta a reserva absoluta de ley (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 20).
43. Además de ello, y contrariamente a lo sostenido en la ponencia, la disposición cuestionada no *modificó* normas relativas a la aplicación temporal en el cobro de los tributos. La precisión correspondiente sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción para tales acciones de cobro fue incorporada por el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, y no por disposición cuestionada.
44. Asimismo, la ponencia, sin más, da cuenta de una acentuada tendencia a conferirle al Poder Ejecutivo todo tipo de facultades en materia tributaria, afirmación que a mi criterio debe ser debidamente sustentada y no solo enunciada. La sola mención de dicha tendencia no constituye un argumento jurídico-constitucional relevante que pueda coadyuvar a la resolución de la presente controversia o que, incluso, pueda justificar que este Tribunal establezca un sentido interpretativo que limite las relaciones de colaboración legislativa entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, orientadas entre otros principios, por los contenidos dimanantes del principio de separación de poderes en general, y por el principio de balance de poderes en especial (STC 006-2018-PI/TC, fundamento 56).
45. Por ello, tampoco advierto en la ponencia que se sustente debidamente por qué específicamente las facultades en materia tributaria deben ser solicitadas y otorgadas de modo excepcional, si como ya se explicitó previamente, los límites materiales a la legislación delegada al Poder Ejecutivo exigen que la regulación expedida se enmarque

en los confines de las materias delegadas y que tales materias no estén sujetas a reserva absoluta de ley.

46. Con base en lo previamente indicado, advierto que la materia legislada por el Poder Ejecutivo en la disposición cuestionada del Decreto Legislativo 1421 se encuentra en los confines de las materias delegadas establecidas en los literales g) y h) del inciso 1 del artículo 2 de la Ley 30823 (ley autoritativa). Además, dicha materia no se encuentra sujeta a reserva absoluta de ley y, en cuanto a los límites temporales, fue expedida dentro del plazo previsto en la aludida Ley 30823.
47. Siendo ello así, debe considerarse que la norma impugnada guarda relación con la materia delegada en la ley autoritativa antes mencionada, toda vez que el contenido normativo de la disposición cuestionada tiene como objeto precisar cómo debe ser interpretado el inicio del plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para el cobro de las deudas tributarias, en los términos de lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, con el fin de optimizar la gestión de la Sunat y garantizar procedimientos tributarios eficientes.
48. En suma, la disposición cuestionada no ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad por la forma. Por consiguiente, en la medida que el contenido normativo de la disposición cuestionada ha sido regulado de conformidad con la Constitución, voto por desestimar la demanda de inconstitucionalidad en el presente extremo.

§4. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

49. La parte demandante también han cuestionado la constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Transitoria por presuntos vicios de fondo, esto es, por aparentemente contravenir los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica.
50. Con miras a la realización del control de constitucionalidad que nos ocupa en esta ocasión, es pertinente precisar, de manera previa, algunas consideraciones en relación a la aplicación de las normas tributarias en el tiempo, a la prescripción extintiva y sobre la prescripción en el Código Tributario.

4.1. SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN EL TIEMPO

51. La aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es una materia que ha sido abordada expresamente en la Constitución. Al respecto, el artículo 103 de la Constitución originalmente establecía que: "(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)".

52. Asimismo, con relación a la entrada en vigencia de las normas, el artículo 109 de la Constitución dispone que: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.
53. Por lo expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, las normas jurídicas, en general, rigen a partir del momento de su entrada en vigor y no surten efectos retroactivos. Sin embargo, hasta la reforma constitucional del año 2004, a través de la Ley 28389, existían aún ciertas interrogantes respecto a si una nueva norma, que entra en vigencia, resulta válidamente aplicable a una relación o situación jurídica, aún no cumplida o agotada, que comenzó a desarrollarse bajo el marco jurídico de una norma anterior o si correspondía aplicar esta última. Dicha disyuntiva sería resuelta con soluciones distintas, según se aplique la teoría de los hechos cumplidos o la teoría de los derechos adquiridos.
54. En todo caso, ya en la STC 0008-1996-PI/TC, el Tribunal Constitucional había establecido en el fundamento 17 que:
- [...] el legislador peruano ha optado ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes.
55. Años después, con la aprobación de la Ley 28389, se reformaron varios artículos constitucionales, entre ellos, el artículo 103 de la Norma Fundamental, según el cual:
- [...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos: salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.
56. De esta manera, en lo que respecta a la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, se consolidó, sin lugar a dudas, la *teoría de los hechos cumplidos*. De ello se desprende el deber de aplicar inmediatamente las normas jurídicas vigentes a los supuestos que ella regula, aun cuando se trate de las consecuencias de relaciones o situaciones jurídicas que aún no se agotaron y que inicialmente se rigieron por una norma anterior, salvo en materia penal cuando se favorece al reo (retroactividad benigna).
57. Así, la norma que se incorpora al ordenamiento jurídico incide directamente sobre las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que al momento de su entrada en vigencia continúan desarrollándose, lo que lógicamente excluye aquellas relaciones y situaciones cuyos efectos han sido agotados o cumplidos.

58. De esta manera, según el artículo 103 de la Constitución, no resulta constitucionalmente admisible extender los efectos del nuevo régimen jurídico establecido por la norma que entra en vigencia a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que se hubiesen agotado antes de dicha entrada en vigor. En cambio, sí resulta conforme con el mencionado artículo constitucional que la nueva norma sea aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas que aún no se hubiesen cumplido o agotado.
59. Ello ha sido recogido en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Cabe invocar, por ejemplo, lo expresado por este Tribunal en la STC 0606-2004-AA/TC, fundamento 2, según el cual: “[...] nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes”.
60. Así también, en la STC 0316-2011-AA/TC se precisó que:

A partir de la reforma constitucional del artículo 103 de la Constitución, validada por este Colegiado en la STC 0050-2004-AI/TC, y en posteriores pronunciamientos, se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos, salvo cuando la misma norma constitucional lo habilite (fundamento 26).

61. En ese sentido, también ha sostenido que “a partir de la lectura de los artículos 103 y 102.1 de la Constitución, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y las situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efectos retroactivos (teoría de los hechos cumplidos) y además es facultad del Congreso expedir leyes, modificar o derogar las existentes”. (Sentencia recaída en los expedientes acumulados 00021-2012-PI/TC, 00008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC, fundamento 29).
62. Por ello, puede concluirse válidamente que la norma que entra en vigencia en el ordenamiento jurídico no se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas extinguidas bajo la norma anterior y a los casos en los que la norma penal anterior o dejada sin efecto sea más favorable al reo (retroactividad benigna).
63. Evidentemente, la teoría de los hechos cumplidos determina la aplicación de las normas tributarias en el tiempo, ello teniendo en consideración además que “no surten efecto” las normas tributarias que hayan sido aprobadas en infracción de lo establecido en el artículo 74 de la Constitución.
64. En ese sentido, la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario, sobre la vigencia de las normas tributarias, ha dispuesto que:

Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

(...)

Los reglamentos rigen desde la entrada en vigencia de la ley reglamentada. Cuando se promulguen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, rigen desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria del propio reglamento (...).

65. Por consiguiente, la aplicación de una norma tributaria en el tiempo se rige por la *teoría de los hechos cumplidos* y, consecuentemente, por el principio de aplicación inmediata de las normas a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que no se hayan agotado al momento de su entrada en vigencia (STC 0002-2006-AI/TC, fundamento 12).

4.2. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

66. La prescripción extintiva es una institución jurídica de naturaleza legal, en principio, en virtud de la cual quien tenía derecho a exigir determinada prestación por la vía administrativa o judicial, se encuentran impedido de ejercer dicha facultad por el mero paso del tiempo y a causa de su propia inacción.
67. De esta manera, el sujeto obligado se libera del deber de cumplimiento cuando quien tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación no actúa diligentemente. En ese sentido, resultan concomitantes para la aplicación de la prescripción extintiva tanto el paso del tiempo como la inactividad del acreedor.
68. Dicha institución persigue una finalidad manifiesta que consiste en evitar que el ejercicio de la facultad de requerir administrativa o judicialmente el cumplimiento de una determinada prestación sea indefinido en el tiempo. Por consiguiente, la prescripción extintiva limita el ejercicio de la acción que pudiera corresponder al sujeto acreedor. Ello a su vez revela una tensión entre el principio de justicia, de un lado, y el principio de seguridad jurídica, del otro³.
69. Debe tenerse presente que a excepción de lo expresamente establecido en la Constitución respecto a determinadas materias (artículos 41, 73, 89 –segundo párrafo- y 139.13), la regulación de su contenido, alcances y efectos es de fuente legal, cuyo ejercicio siempre debe observar el núcleo duro de los principios constitucionales.
70. Asimismo, el Tribunal ha indicado en su jurisprudencia que la prescripción extintiva se relaciona con el principio constitucional de seguridad jurídica:
- “[...] la figura jurídica de la prescripción no supone la denegatoria del derecho en cuestión, sino, en todo caso, la restricción del remedio procesal para exigirlo, lo cual no debe olvidarse, constituye también la defensa de otro bien constitucional en la medida que se protege por esta vía la seguridad jurídica” (STC 04272-2006-PA/TC, fundamento 5).

3 PÉREZ JORDA, Iván (2019). “Elementos de la prescripción en la infracción tributaria”. En *Revista de Derecho UNED*, N° 24, p. 237.

71. En el ámbito tributario, el transcurso del plazo legal previsto en el Código Tributario extingue la *acción* correspondiente tanto desde la perspectiva de la Administración, respecto de la determinación, cobro de la deuda tributaria e imposición de sanciones, como desde la perspectiva del contribuyente, respecto a la solicitud o ejercicio de la compensación y a la solicitud de devolución, de conformidad con el artículo 43 del Código Tributario.
72. En efecto, de la interpretación sistemática de los artículos 27, 43, 47 y 49 del Código Tributario se concluye válidamente que, en el caso peruano, la prescripción en materia tributaria extingue únicamente la acción para la determinación de la obligación tributaria, para cobrarla y para aplicar sanciones.
73. En otros términos, en lo que respecta a la inactividad de la administración tributaria con respecto al ejercicio de sus competencias conforme a ley, la prescripción limita temporalmente el ejercicio de sus facultades de determinación de la obligación tributaria, de cobrar la deuda tributaria y de imponer sanciones, de modo que el transcurso del plazo legal impide que se requiera coercitivamente el cumplimiento de las prestaciones tributarias presuntamente omitidas. Asimismo, debe recordarse que la prescripción no opera de oficio, sino que solamente puede ser declarada a solicitud del deudor tributario.

§4.3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO

74. En el ordenamiento jurídico-tributario, el artículo 43 del Texto Único Ordenado del Código Tributario (en adelante T.U.O. del Código Tributario), aprobado por Decreto Supremo 133-2013-EF, ha establecido plazos de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para determinar la obligación tributaria, para exigir su pago y para aplicar sanciones: 4 años como regla, 6 años para los que no presentaron la declaración y 10 años cuando el agente de retención o percepción no ha pagado el tributo retenido o percibido, respectivamente. Tales plazos se aplican a facultades diferentes: i) la determinación de la deuda tributaria; ii) su cobro y iii) la aplicación de las sanciones cuando corresponda.
75. Además, la prescripción está compuesta por los siguientes aspectos: i) uno objetivo que comprende, a su vez, tres elementos inescindibles: inicio del cómputo, el iter o transcurso del tiempo previsto en el plazo de ley y el término de este; y otro subjetivo, que consiste en la verificación de la inacción de quien tiene la facultad para exigir el cumplimiento de la prestación.
76. En el presente caso, lo relevante desde una perspectiva jurídico-constitucional se encuentra el aspecto objetivo del plazo para el cobro de las deudas tributarias, especialmente en lo relativo al inicio del cómputo, que es aquello a lo que se refiere la disposición impugnada del Decreto Legislativo 1421, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113.

77. En la actualidad, el texto del artículo 44 del T.U.O. del Código Tributario que recoge inclusive la modificación establecida por el Decreto Legislativo 1263, publicado en 2016, establece que:

Artículo 44.- COMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION

El término prescriptorio se computará:

1. Desde el uno (1) de enero del año siguiente a la fecha en que vence el plazo para la presentación de la declaración anual respectiva.
 2. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible, respecto de tributos que deban ser determinados por el deudor tributario no comprendidos en el inciso anterior y de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta.”
 3. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha de nacimiento de la obligación tributaria, en los casos de tributos no comprendidos en los incisos anteriores.
 4. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, a la fecha en que la Administración Tributaria detectó la infracción.
 5. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se efectuó el pago indebido o en exceso o en que devino en tal, tratándose de la acción a que se refiere el último párrafo del artículo anterior.
 6. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que nace el crédito por tributos cuya devolución se tiene derecho a solicitar, tratándose de las originadas por conceptos distintos a los pagos en exceso o indebidos.
 7. Desde el día siguiente de realizada la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas.
78. Cabe precisar que el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, publicado el 5 de julio de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, vigente a los sesenta días siguientes a dicha fecha, incorporó el citado artículo 7, a partir del cual se establece una norma expresa que contiene la regla sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para cobrar la deuda tributaria.
79. Antes de dicha incorporación, en el citado artículo 44 del T.U.O. del Código Tributario no se había distinguido de forma explícita cuándo debía considerarse iniciado el plazo de prescripción para ejercer la facultad de cobrar o exigir el pago de la deuda tributaria. Ello evidentemente, en mi opinión, no condicionaba su distinción en la práctica como tampoco la resolución de controversias jurídicas relacionadas con dichas materias, porque lógicamente solo puede exigirse o cobrarse lo que se encuentra previamente determinado y, también, por la naturaleza diferenciada de los objetos de tales facultades.

80. En ese sentido, considero que con anterioridad a la expedición del Decreto Legislativo 1113 había un marco jurídico que permitía razonablemente advertir la necesidad de dicha distinción al momento de aplicar la normativa tributaria correspondiente, dada la diversidad de las fuentes del Derecho Tributario, de conformidad con la Norma III, sus métodos de interpretación, según la Norma VIII, y la aplicación supletoria de los principios jurídicos contemplados en la Norma IX, recogidas todas ellas en el Título Preliminar del T.U.O. del Código Tributario.
81. Con relación a esto último, cierto es que cabía la posibilidad de aplicar supletoriamente el artículo 1993 del Código Civil, de conformidad con dicha Norma IX. Al respecto, el aludido artículo 1993 del Código Civil establece que: “la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho”.
82. De hecho, ello se desprende implícitamente de las resoluciones del Tribunal Fiscal que se citan a continuación:

RTF 00161-1-2008, de 8 de enero de 2008

Cabe anotar que según se ha indicado en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 04638-1-2005, que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria, la notificación de la resolución de determinación agota la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria, dándose inicio al cómputo del plazo prescriptorio para cobrar la deuda determinada [...].

RTF 10495-3-2012, de 28 de junio de 2012

[...] no sería posible establecer un plazo de prescripción de la acción de la Administración para exigir el pago de la obligación tributaria, cuando la deuda aún no ha sido determinada, debiendo precisarse que si la Administración tiene pendiente su facultad para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones ésta se agota con la notificación de la resolución de determinación o multa [...].

83. De lo anterior puede advertirse que, luego de producida la notificación de la resolución de determinación, se inicia el cómputo del plazo de prescripción para el cobro de la deuda determinada; en caso contrario, si la deuda no ha sido determinada por la Administración Tributaria, el plazo de prescripción para la exigencia del pago de dicha deuda aún no podría iniciarse. Asimismo, esto último implica un aspecto elemental: que son distintos el plazo de prescripción para la determinación de la obligación tributaria y el plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria.
84. El artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, que incorporó el inciso 7 al artículo 44 del Código Tributario, no modifica el plazo de prescripción, que se encuentra determinado en el ya citado artículo 43, sino precisa la regla especial correspondiente al *dies a quo* o momento en el que se inicia el cómputo de dicho plazo respecto de la exigencia del pago de la deuda contenida en las resoluciones de determinación o de multa. De esta manera, solamente podrá iniciarse este segundo plazo de prescripción cuando

previamente haya sido determinada la deuda tributaria, esto es, vencida, cuantificada y exigible.

85. En todo caso, es pertinente precisar que el inicio del cómputo de la prescripción de las acciones destinadas a exigir el pago de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o de multa requiere previamente de la cuantificación del monto de la deuda a pagar y de su correspondiente exigibilidad, según lo previsto en el artículo 115 del Código Tributario.

§4.4. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

86. A la luz de lo previamente indicado y teniendo como parámetro de control los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica, corresponde realizar el control de constitucionalidad de la disposición impugnada.
87. En primer lugar, corresponde precisar el contenido y alcances de dicha disposición. Al respecto, se advierte lo siguiente:
- i. Se aplica a procedimientos en trámite y/o pendientes de resolución;
 - ii. Se aplica a los procedimientos mencionados *supra* en los que el plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta antes del 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012, dentro del plazo de prescripción;
 - iii. Tiene como objeto el inicio del plazo prescriptorio para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o multa;
 - iv. Establece que dicho plazo para exigir el cobro de la deuda tributaria se computa a partir del día siguiente de la notificación de las resoluciones de determinación o multa conforme con el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario.
88. De lo expuesto se aprecia claramente tres aspectos:
- i. Primero, que antes de la expedición de la disposición cuestionada, en el ordenamiento jurídico ya se había distinguido el inicio del plazo de prescripción para la determinación de la obligación tributaria y para la imposición de sanciones del inicio del plazo de prescripción para exigir el cobro de la aludida deuda tributaria. Ello se precisó especialmente en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113 que incorporó el inciso 7 al artículo 44 del Código Tributario y que se encuentra vigente desde el 28 de setiembre de 2012.
 - ii. Dicho inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario tomó como elemento de referencia la notificación de la resolución de determinación o multa, de forma tal que inicio de la prescripción para el cobro de la deuda tributaria ahí contenida, por parte de la Administración, se computa desde el día siguiente a dicha notificación; y,

- iii. Por ello, la disposición cuestionada no introduce una nueva regla sobre el inicio de la prescripción del cobro de la deuda tributaria por parte de la Administración. Por el contrario, dicha regla preexistía a la expedición del Decreto Legislativo 1421.
89. Ahora bien, un argumento central de la parte demandante es que la disposición cuestionada modifica el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para el cobro de la deuda contenida en resoluciones de determinación o de multa en los casos en que, a su criterio, dicho inicio se produjo antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1113, es decir, cuando dicho inicio ya se había agotado en el pasado.
90. Además, alegan que, de acuerdo a un precedente de observancia obligatoria del Tribunal Fiscal contenido en la Resolución 09789-4-2017, de fecha 7 de noviembre de 2017, se había establecido que dicho inicio se realiza inmediatamente en el tiempo, razón por la cual, se trataría, a su criterio, de un hecho que se agota con su mera producción.
91. Al respecto, el Tribunal Fiscal en la Resolución 09789-4-2017 sostuvo que:
- [...] una vez que ha ocurrido el inicio y el cuerpo del plazo viene transcurriendo, no es posible que se produzca un “nuevo inicio” referido a este mismo plazo, sino que solamente podría ocurrir que el que ya venía corriendo sea interrumpido.
92. En otros términos, en esta resolución propiamente se advierte que se considera indebidamente como hecho cumplido al inicio del cómputo de la prescripción de la acción de la Administración para realizar el cobro de la deuda en aquellos casos en los cuales aparentemente ya hubiese iniciado el transcurso del plazo de prescripción con anterioridad al 28 de setiembre de 2012, cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo 1113, que incorporó el numeral 7 al artículo 44 del Código Tributario, de acuerdo a lo mencionado *supra*.
93. Así, en dicha resolución se dejó establecido con carácter de precedente de observancia obligatoria que:
- El inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de la Administración para exigir el pago de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación y de multa emitidas por conceptos originados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012, se rigió por los numerales 1) a 4) del artículo 44 del Código Tributario, según correspondía, por lo que no resulta aplicable el numeral 7) del anotado artículo”.
94. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, este criterio interpretativo, en su momento, solo fue vinculante para los órganos de la administración tributaria, de conformidad con el artículo 154 del T.U.O. del Código Tributario. Dicho artículo también establece que la jurisprudencia de observancia obligatoria rige “mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley”.

95. Con mayor razón, dicho criterio no puede ser considerado como vinculante para un Tribunal Constitucional que controla la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos y/o privados, por mandato de la propia Norma Fundamental (artículo 201 de la Constitución Política del Perú de 1993) y de su Ley Orgánica.
96. Asimismo, debe precisarse, como lo ha indicado el Poder Ejecutivo en la contestación de la demanda de autos que, luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1421, el Tribunal Fiscal ha expedido diversas resoluciones en las que se apartó del criterio establecido en la Resolución 09789-4-2017. Tal es el caso, por citar un ejemplo, del Expediente 00753-4-2019, en el que
- [...] en aplicación de lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, al tratarse el presente caso de un procedimiento en trámite y/o pendiente de resolución, para establecer el inicio del cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de las mencionadas deudas materia de análisis, cuyos plazos de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas con posterioridad al 28 de setiembre de 2012 dentro de los plazos de prescripción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones, resulta de aplicación lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario, por lo que, el cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda contenida en los mencionados valores, se inició el día siguiente de su notificación, esto es, el 7 de noviembre de 2017 (página 6).
97. Por ello, un efecto jurídico de la disposición cuestionada es que en la actualidad ya no rige dicho precedente de observancia, lo cual es conforme con el artículo 154 del citado T.U.O. del Código Tributario.
98. En todo caso, más allá de lo resuelto por el Tribunal Fiscal, lo cierto es que al controlar la constitucionalidad de la disposición impugnada se debe evaluar si esta última resulta conforme con los principios, reglas y valores de la Norma Fundamental.
99. En el presente caso, los argumentos de la parte demandante se reconducen a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley y de seguridad jurídica.
100. Con relación a lo primero, y de acuerdo a lo indicado *supra*, el principio de irretroactividad de la ley es un principio constitucional recogido en los artículos 103 y 109 de la Constitución, en virtud del cual las leyes se aplican inmediatamente para regular las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia, sin que pueda surtir efectos respecto de hechos agotados o consumados en el pasado, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
101. En efecto, el Tribunal en variada jurisprudencia ha indicado que dicho artículo recoge la teoría de los hechos cumplidos, expresada en la aplicación inmediata de las normas vigentes, lo que también se observa en el caso del artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

102. En ese sentido, la aplicación retroactiva de una ley, más allá del supuesto de excepción previsto constitucionalmente, resulta inconstitucional. Ahora bien, se debe determinar si lo establecido en la disposición impugnada contraviene este principio, que ha sido contemplado además y de forma expresa en la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario.
103. Como se ha indicado previamente, la disposición objeto de control en el presente proceso no ha establecido una regla nueva o modificado el régimen legal existente respecto a cuándo se inicia el cómputo de la prescripción de la acción de cobro de una deuda tributaria a cargo de la Administración.
104. En realidad, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, vigente desde el 28 de setiembre de 2012, cuyo artículo 4 incorporó el inciso 7, al artículo 44 del Código Tributario, se precisó que el cómputo del plazo de prescripción para el referido cobro se iniciaba a partir del día siguiente de la notificación de la Resolución de Determinación o Multa.
105. Ahora bien, una vez que entró en vigencia dicha norma, correspondía su aplicación inmediata, incluso a los hechos no consumados o no agotados, originados con anterioridad a su entrada en vigencia.
106. Por ello, se advierte que dicha norma resultaba aplicable incluso a aquellos casos en los cuales aún no se hubiese consumado el plazo de prescripción para el cobro de la deuda tributaria, a cargo de la Administración. Así, lo que resultaría inconstitucional es la aplicación de la regla establecida en el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporada por el Decreto Legislativo 1113, a aquellos casos en los cuales, con anterioridad a su entrada en vigencia, esto es, antes del 28 de setiembre de 2012, ya se hubiese cumplido el plazo de prescripción preexistente para la determinación y cobro de la deuda tributaria y la imposición de infracciones.
107. Al respecto, se debe precisar que, contrariamente a lo indicado por la parte demandante, no resulta válido constitucionalmente considerar como retroactiva la disposición impugnada, en el sentido de que, aparentemente, “modifica” el inicio del plazo de prescripción antes aludido, inicio que a su criterio es un hecho consumado o de realización inmediata.
108. Lo que subyace a dicho argumento es la consideración según la cual lo establecido por el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113 no podía regir las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes que se hubiesen originado hasta su entrada en vigencia, esto es, el 28 de setiembre de 2012.
109. Concretamente, lo señalado por la parte demandante es que, dado que el inicio de la prescripción de la acción de cobro de la deuda tributaria ya se había producido, de conformidad con las reglas contempladas en el artículo 44 el Código Tributario hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, entonces la supuesta nueva regla establecida por la disposición impugnada no podía ser inmediatamente aplicable.

110. Dicha afirmación no tiene en cuenta que, en realidad, la disposición impugnada no crea una nueva regla, sino que insiste en la aplicación inmediata del preexistente artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, que incorporó el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario.
111. Además, lo sostenido por la parte demandante a este respecto tiene como presupuesto que los elementos objetivos de la prescripción son separables no solo lógicamente o abstractamente, sino en lo que respecta a la propia configuración de dicha institución jurídica. Es decir, para la parte demandante, se debe atribuir consecuencias jurídicas distintas, según se trate del inicio del plazo de prescripción o del propio plazo que transcurre, como si en su funcionamiento real fueran escindibles.
112. Sin embargo, aun cuando los artículos 43 y 44 del Código Tributario hayan regulado por separado la duración de los plazos de prescripción (para la determinación, cobro de la deuda tributaria y la imposición de sanciones a cargo de la Administración) y el inicio del mismo (de acuerdo a varios supuestos), respectivamente, ello no constituye un argumento que *per se* justifique la inválida conclusión según la cual corresponde diferenciar el tratamiento de las consecuencias jurídicas atribuibles a la prescripción en materia tributaria, según se trate de uno u otro de sus elementos objetivos.
113. Antes bien, la institución de la prescripción (extintiva) en materia tributaria es una sola, por lo que las consecuencias jurídicas que se le atribuyan respecto a su configuración o la afecten en lo sustancial deben respetar dicha unidad funcional, sin perjuicio de que, válidamente, se pueda distinguir o precisar el diseño de reglas operativas correspondientes a sus elementos objetivos.
114. Así pues, evidentemente, en abstracto, el diseño de la regla que regula la duración de un plazo (*quantum*) no se confunde con el que es propio de la regla que establece el inicio de dicho plazo (*dies a quo*). No obstante, cuando la aprobación de nuevas normas incide en la regla respecto al inicio del cómputo del plazo de prescripción, esto último no resulta ser únicamente instrumental u operativo ni menos aún que amerite un análisis por separado de dicho elemento objetivo.
115. En realidad, dicho cambio es integral porque tendrá efectos no solo respecto al inicio del plazo, sino también respecto a cuándo debe entenderse transcurrido el plazo de la prescripción y, consecuentemente, a su término o fin.
116. Lo anterior se aplica también, como es evidente, cuando se trata de hechos o situaciones jurídicas existentes que se iniciaron bajo una norma anterior y que continúan surtiendo efectos, sin haberse cumplido o agotado y a los que por mandato constitucional les corresponde ser regulados por las nuevas normas vigentes (artículo 103 de la Constitución).
117. Por lo expuesto, el inicio del plazo es, en el ámbito de la aplicación de las normas sobre prescripción tributaria, inseparable de su duración; de forma tal que solo puede considerarse agotado el *plazo* de la prescripción, pero no puede decirse lo mismo de

su inicio, esto es, no cabe aseverar válidamente que el inicio se ha agotado, como indica la parte demandante. Esto último sería resultado de considerarlo indebidamente de manera aislada. De ello, se desprende que solo puede considerarse agotado al plazo transcurrido, pero no a sus elementos objetivos por separado.

118. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la situación jurídica según la cual el aparente “tiempo perdido” que se configurase, por la modificación sobrevenida de la regla del inicio del cómputo del plazo de prescripción, cuando este aún se encuentra transcurriendo, no resulta proscrita por el ordenamiento jurídico tributario. Antes bien, ha sido contemplada dentro de la figura de la interrupción de la prescripción. Cabe precisar que de acuerdo al artículo 45 del Código Tributario, “el nuevo término prescriptorio se computará desde el día siguiente al acaecimiento del acto interruptorio”. Así, producido el acto que interrumpe el plazo, de acuerdo a los supuestos previstos en el referido artículo 45, este vuelve a computarse desde un nuevo inicio, esto es, desde el día siguiente de acaecido dicho acto.
119. En suma, solo puede considerarse que lo que se agota es el plazo de prescripción, pero no el inicio del cómputo del mismo. Por el contrario, y en relación a la aplicación del inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, sostener que dicha norma no resultaba aplicable a aquellos casos en los que el plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se había iniciado hasta el 1 de enero de 2012 y que se encontraban en trámite o pendiente de resolución, no es sino, en el fondo, invocar la teoría de los derechos adquiridos. Precisamente, según dicha teoría:

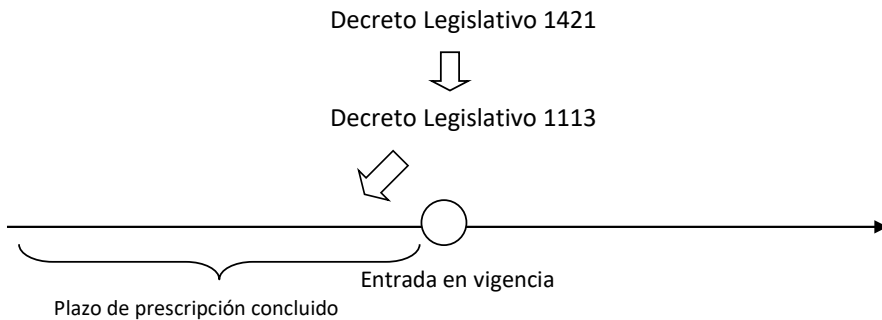
la eficacia normal de la ley se despliega únicamente pro futuro, es decir, con respecto a las situaciones que nazcan con posterioridad a su entrada en vigor. La ley nueva, por consiguiente, no es de aplicación -salvo que se prevea su propia retroactividad- a las situaciones todavía no extinguidas nacidas al amparo de la ley antigua.
120. Así pues, en la consideración según la cual a los casos mencionados *supra* correspondía la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 44 del Código Tributario, antes de la expedición del artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, subyace la teoría de los derechos adquiridos, pese a que, salvo supuestos excepcionales previstos en la propia Constitución (STC 0008-2008-PI/TC, fundamentos 73-74), no rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional.
121. Por el contrario, es en aplicación de la teoría de los hechos cumplidos que el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, ha debido regir a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigencia. Ello, claro está, excluye los plazos de prescripción tributaria plenamente agotados conforme al ordenamiento jurídico-tributario hasta el momento de dicha entrada en vigor.

122. Cabe recordar, según lo mencionado *supra*, que en la STC 0002-2006-PI/TC se precisó que:

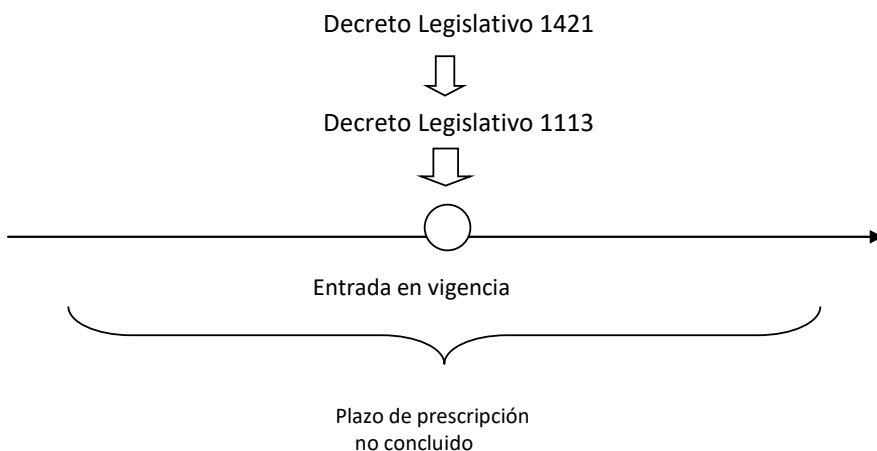
Diez-Picazo, refiriéndose a la primera teoría [hechos cumplidos], sostiene que “en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad. [...] la aplicación de una ley a situaciones aún vivas y con efectos ex nunc no implicaría, en puridad de conceptos retroactividad alguna (fundamento 11).

123. Así, pueden distinguirse dos escenarios:

a) **Aplicación retroactiva inconstitucional**



b) **Aplicación inmediata constitucional**



124. En ese sentido, la disposición impugnada, al recoger dicha interpretación, que es la que se desprende del ordenamiento jurídico-constitucional, según lo indicado previamente, no hace sino insistir en la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos y en plena observancia del principio de no retroactividad, de acuerdo a la Constitución.
125. Por lo tanto, concluyo que la disposición cuestionada no vulnera el principio de irretroactividad de las normas. Por esta razón, voto por desestimar la demanda en dicho extremo.
126. Por otro lado, la parte demandante también han indicado que la disposición cuestionada vulnera el principio de seguridad jurídica, puesto que, a su criterio, los administrados están expuestos a cambios o modificaciones posteriores en las reglas de juego en materia tributaria, en concreto, respecto a la fecha de inicio de los plazos de prescripción, desconociéndose así el tiempo de prescripción ya ganado.
127. En relación a la seguridad jurídica, el Tribunal ha sostenido en la STC 0012-2003-PI/TC y acumulados que:

En el Expediente 016-2002-AI/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (fundamento 3).

128. Asimismo, en cuanto a su contenido y alcances como principio constitucional implícito, el Tribunal ha referido en la STC 0016-2002-PI/TC que:

La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *in comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su

reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”) y 139º, inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”) (fundamentos 3-4).

129. Indicado lo anterior, corresponde evaluar si efectivamente, la disposición impugnada ha vulnerado el principio de seguridad jurídica, de acuerdo a lo mencionado previamente.
130. Al respecto, alegar que una norma puede vulnerar la seguridad jurídica, como expectativa razonable de los ciudadanos, respecto a la actuación de los poderes públicos y de la colectividad, con los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, implica en primer lugar, y antes de cualquier análisis con dicho cariz en el presente caso, verificar la realización del cambio o modificación de la regla contrarios a Derecho, según se cuestiona y que, a criterio de la parte demandante, supuso una alteración indebida y arbitraria de las reglas preexistentes a este respecto.
131. Sin embargo, como ya se ha establecido previamente, la disposición cuestionada *no realizó ningún cambio o modificación* respecto a las normas que regulan la prescripción la acción de la Administración para el cobro de la deuda tributaria.
132. Por el contrario, la disposición impugnada solo reafirma, para los casos en los que el cómputo del plazo de prescripción del cobro de la deuda tributaria se hubiese iniciado hasta antes del 28 de setiembre de 2012 y aún no hubiese concluido bajo las reglas preexistentes del artículo 44 del Código Tributario (“interpretadas” literalmente), *que resulta de aplicación inmediata el artículo 4 del Decreto Legislativo 1133, que incorporó el numeral 7 al citado artículo 44*, lo que es conforme con el ordenamiento jurídico-constitucional vigente.
133. Por lo tanto, no se debe considerar que se hayan frustrado expectativas razonables de los contribuyentes a partir de modificaciones intempestivas y arbitrarias en las normas jurídicas sobre prescripción de la acción de la Administración para realizar el cobro de la deuda tributaria.
134. Sin perjuicio de lo anterior, y habiendo concluido que la disposición cuestionada no crea una nueva regla en materia de prescripción tributaria, no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico es dinámico y no puede permanecer petrificado en el tiempo, como tampoco la propia Constitución.

135. Con relación al ordenamiento jurídico, debe recordarse que es competencia del legislador, según el artículo 102.1 de la Constitución expedir leyes, modificarlas y derogarlas. Los demás sujetos que cuentan con competencias normativas e informan el sistema de fuentes del derecho peruano también tienen reconocidas dichas facultades de expedición de nuevas normas, de modificarlas o dejarlas sin efecto, siempre que se respeten los límites formales y materiales previstos en el orden jurídico vigente para tales fines. Por ello, un eventual cambio normativo, incluso de rango legal, en sí mismo no resulta inconstitucional, a menos que contravenga lo constitucionalmente ordenado o lo constitucionalmente prohibido.
136. Además, debe recordarse que el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, ha validado la existencia de normas interpretativas en materia tributaria, siempre que se verifiquen determinados presupuestos. Tal es el caso de la STC 00002-2006-PI/TC, donde se precisaron cuál es el contenido y elementos de estas normas.
137. En cuanto a su contenido, la norma interpretativa en materia tributaria tiene como finalidad eliminar una ambigüedad, en principio, producida por una norma previa en el ordenamiento jurídico. En todo caso, más allá de la terminología empleada en general al redactarse tales normas, lo importante es su naturaleza jurídica, ligada a la finalidad que cumple. Evidentemente, para la verificación de la existencia de una norma interpretativa, en este caso, en el ámbito tributario, es necesario que la norma interpretativa y la interpretada se refieran a la misma regulación. Lo que traerá como consecuencia que la norma interpretativa rija desde el mismo momento en que comenzó a regir la norma interpretada (STC 0002-2006-PI/TC, fundamento 20).
138. Asimismo, en dicha sentencia, el Tribunal, precisó, en coincidencia con su par colombiano, qué elementos debe cumplir la norma interpretativa:
- Primero, debe referirse expresamente a una norma legal anterior. Segundo, debe fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior. Tercero, no debe agregarle a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito materia (fundamento 23).
139. En el presente caso se verifica que la disposición cuestionada se refiere expresamente el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario; en segundo lugar, la norma cuestionada establece o fija, sin lugar a dudas, la interpretación que, desde su entrada en vigencia, debió atribuirse al aludido inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, lo que se encontraba justificado por la existencia de la Resolución 09789-4-2017, de fecha 7 de noviembre de 2017 que, erróneamente, estableció un precedente de observancia obligatoria contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Además, se verifica también que la disposición cuestionada no añade un contenido extraño, ajeno o que no estuviese previamente previsto en el mencionado inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario.

140. Conviene precisar que la norma sometida a control en aquella oportunidad, esto es, en la controversia constitucional resuelta a través de la STC 0002-2006-PI/TC, no se cumplieron con los dos últimos requisitos y, antes bien, la norma objeto de control sí vulneraba el principio de irretroactividad de las leyes, además del principio de legalidad.
141. En cambio, en el presente caso, se advierte que la disposición cuestionada no ha vulnerado dicho principio de irretroactividad y que su finalidad no es innovar el ordenamiento jurídico, sino únicamente declarar la interpretación del inciso 7 del artículo 44 que debió aplicarse inmediateamente desde su entrada en vigencia, por las razones previamente desarrolladas.
142. A mayor abundamiento, el análisis anterior se aprecia en el siguiente cuadro:

Requisitos	Norma impugnada: Disposición Transitoria Única de la Ley 28647 (STC 0002-2006-PI/TC)	Primera Disposición Complementaria Transitoria (STC 0004-2019-PI/TC)
1. Identifica la norma que interpreta	Sí	Sí
2. Interpreta un aspecto ambiguo	No	Sí
3. Existía un pronunciamiento del TF que interpretaba su alcance conforme a la Constitución	Sí (Resolución 09050-5-2004)	No (Resolución 09789-4-2017)
4. Tiene carácter declarativo	No	Sí
5. Convierte en inaplicable al decreto presuntamente interpretado	Sí	No, reitera su plena efectividad
6. Impide la aplicación inmediata del decreto presuntamente interpretado	Sí	No
7. Vulnera el principio de irretroactividad de las normas	Sí	No

143. Por lo expuesto, advierto que la disposición cuestionada tampoco ha vulnerado el principio de seguridad jurídica.
144. Por consiguiente, en cuanto al control de constitucionalidad por el fondo, concluyo que la disposición cuestionada no ha vulnerado los principios de irretroactividad de las leyes ni el de seguridad jurídica, por lo que corresponde desestimar la demanda en este extremo.
145. Finalmente, quisiera pronunciarme respecto al segundo punto resolutivo del fallo, el que estaría relacionado con lo mencionado en el fundamento 80 de la ponencia. En tal fundamento se sostiene que:

Finalmente, y a fin de evitar que en lo sucesivo el legislador derivado se exceda en la emisión de normatividad que tienda a habilitar la potestad tributaria *sine die*, este

Tribunal considera que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción establecidas en el artículo 44 del Código Tributario (Decreto Legislativo 816) y el inciso 7 del artículo 44 del Decreto Supremo 135-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, se encuentran circunscritas en cuanto a su interpretación al cumplimiento estricto de los plazos de prescripción establecidos por el artículo 43 del Código Tributario, no debiendo excederse los procesos de fiscalización tributaria y el cobro de la deuda determinada, de dichos plazos.

146. Advierto que, aun cuando el aludido fundamento 80 de la ponencia y el segundo punto de la parte resolutive del fallo, tengan aparentemente como finalidad que la Administración Tributaria respete los plazos de prescripción en materia tributaria, lo cierto es que la formulación de dicha regla interpretativa no es lo suficientemente clara en sus alcances, porque puede conllevar a considerar que los plazos establecidos en el artículo 43 del Código Tributario deben cumplirse, aún al margen de lo dispuesto en el propio ordenamiento jurídico tributario, en supuestos en los que se ha previsto, por ejemplo, que resultan aplicables la interrupción o suspensión de la prescripción en materia tributaria, según lo establecido en los artículos 45 y 46, de dicho Código, respectivamente.

En consecuencia, por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de La Libertad contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular que se sustenta en los siguientes fundamentos:

1. Me referiré en primer lugar a la inconstitucionalidad por la forma. Al respecto, la parte demandante alega que la disposición cuestionada ha excedido el marco de la delegación facultades legislativas establecido en el artículo 104 de la Constitución y en la Ley 30823 (ley autoritativa). Es decir, no habría una relación entre las materias que fueron autorizadas por dicha ley autoritativa y lo regulado en el Decreto Legislativo 1421 en materia de prescripción tributaria.
2. Al respecto, el literal g) del inciso 1 del artículo 2 de la ley autoritativa delega facultades para “Modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo 133-2013-EF [...] a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes, (...)”. De otro lado, el literal h) del mismo artículo señala que la delegación incluye la potestad para: “Establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio”.
3. Como es de verse, el legislador habilitó al Poder Ejecutivo para emitir nomas orientadas a “contar con procedimientos tributarios más eficientes” así como para “fortalecer y optimizar” la gestión de la Sunat garantizando el adecuado cumplimiento de sus funciones. En este sentido, cabe concluir que la disposición impugnada se encuentra relacionada con la materia delegada.
4. En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo, considero que la prescripción extintiva aplicada en materia tributaria no puede ser entendida desde su parte objetiva, con dos elementos (trascuro del tiempo y punto de inicio), pues dicho instituto jurídico se funda únicamente en el paso del tiempo, el cual comprende un punto de inicio y fin para su aplicación, pero ello no significa en modo alguno que sean momentos distintos al hecho, son parte del mismo hecho que resulta ser indivisible.
5. Recordemos que la prescripción extintiva o liberatoria es un hecho con relevancia jurídica, es decir, el transcurso del tiempo origina efectos en el ámbito jurídico, conforme ocurre en el Derecho Tributario, ya que se trata de una limitante de carácter temporal respecto a la exigibilidad de la deuda por parte de la Administración Tributaria, modificándose la relación jurídica originada por los tributos.
6. En línea con lo expuesto, me permito señalar que, si bien la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 efectúa materialmente una

modificación del plazo de prescripción, pero lo hace en aquellos supuestos en los que aún no han transcurrido los plazos fijados en el artículo 43 del TUO del Código Tributario, por tanto, estaríamos ante consecuencias jurídicas no extinguidas a la fecha de su entrada en vigor, es decir, resulta de aplicación inmediata. Por tanto, no advierto vulneración del principio de irretroactividad reconocido por el artículo 103 y del principio de seguridad jurídica.

En consecuencia, por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Los que inicialmente se constituyen como demandantes (la Junta Directiva del Colegio de Abogados de La Libertad, cuyo posterior desistimiento no paraliza el seguimiento del presente proceso no detiene el mismo procesal impulsado) invocaban que la Primera Disposición Complementaria Transitoria al Derecho Legislativo 1421 se había dictado fuera de los parámetros de los artículos 101.4 y 104 de la Constitución, en tanto y en cuanto la ley autoritativa en que se sustenta el Decreto Legislativo 1421 no tenía previsto el supuesto que le permitiera regular al Gobierno lo referido a la prescripción de deudas tributarias.
2. Cabe alegar que en este caso el Grupo de Trabajo encargado del control constitucional sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo de la Comisión de Constitución y Reglamento, en su informe 90/2018-2019, ya se había pronunciado a favor de que la norma impugnada ante nuestro Tribunal estaba completamente de acuerdo con los parámetros de la ley autoritaria, la ley 30823, también denominada “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”. Sin embargo, alguien con legitimidad procesal para hacerlo cuestionó ese pronunciamiento y pidió conocer cuál era la visión de este Tribunal al respecto, y ello justifica que se digan algunas cosas sobre el particular.
3. El tema del control de la legislación delegada no es una materia nueva para este Tribunal, el cual, en reiteradas ocasiones, siguiendo lo señalado en el artículo 104 de la Constitución vigente, ha reconocido que los Congresos pueden delegar facultades en los Gobiernos, mediante la ley autoritativa correspondiente, la cual, en primer lugar, fijará las materias que puede abarcar la legislación delegada (con excepción de las materias que son indelegables a la Comisión Permanente, que están claramente establecidas en el artículo 101 inciso 4 de nuestro texto constitucional).
4. Además, nuestro Tribunal ha establecido una noción de lo que debe entenderse como legislación delegada (STC 0012-2011-PI/TC). En esa misma sentencia ha hecho importantes precisiones sobre los límites de la legislación delegada, que pueden ser de carácter temporal o material. Es más, y ya entrando a lo estrictamente tributario, este Tribunal ha establecido relevantes pautas en materias como las del tratamiento especial que debe proporcionarse a determinadas zonas del país, de acuerdo con el artículo 79 de nuestra Constitución (STC 0016-2007-PI/TC).
5. Todo ello, claro está, va de la mano de reconocer que los decretos legislativos están sometidos también a un control parlamentario (STC 005-2013-PI/TC). Por ende, este Tribunal Constitucional tiene claro en que, en el presente caso, lo que corresponde es

analizar si dentro de los parámetros de la Ley autoritativa 30823 se encuentra justificación a la configuración del Decreto Legislativo 1421. Y, por cierto, yo si encuentro esa justificación en los literales h y g del primer inciso del artículo 2 de la ley 30823.

6. En ambos literales se habilita a modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario (literal g), y, lo que es más relevante, se da la competencia para “establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) fortalecer su gestión, así como el marco normativo que coadyuyen a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio” (literal h).
7. No perdamos de vista cual había sido el escenario anterior a la dación del Decreto Legislativo 1421. Como todos podemos entender, así de vital como es una determinación o fijación de deuda tributaria, tarea que no se puede dilatar indefinidamente en el tiempo; también es necesario establecer un plazo de prescripción para el desarrollo de la labor de cobro de esas deudas. La necesidad de recurrir a la prescripción en ambos supuestos (determinación y pago de deuda tributaria) devenía en indispensable, en tanto y en cuanto si bien los particulares tienen deberes ante el Estado, el Estado debe desarrollar un ejercicio diligente de sus competencias, para así no perjudicar injusta e innecesariamente a sus ciudadanos y ciudadanas.
8. Sin embargo, y hasta la dación del Decreto Legislativo 1113, el 28 de septiembre de 2012, el Código Tributario solamente tenía referencias genéricas a la prescripción de las deudas tributarias en su artículo 43, y mejores precisiones acerca de la prescripción de la determinación de la deuda tributaria, más no del pago de la deuda tributaria. Eso es justamente lo que remedia el Decreto Legislativo 1113, cuya vinculación con su ley autoritativa y la constitucionalidad de su contenido no se discutió, incluyendo un inciso 7 en el artículo 44 del Código Tributario, destinado precisamente a establecer un plazo de prescripción de hasta cuatro años para el cobro de una deuda tributaria.
9. Así se daba un tratamiento coherente y consistente al tema. La autoridad tributaria tenía un plazo de prescripción de hasta cuatro años para determinar (fijar) una deuda tributaria, y una vez determinada la deuda, un plazo de prescripción de hasta cuatro años para asegurarse el pago de lo adeudado. Tratándose de normas de este tipo, y de acuerdo con el actual texto del artículo 103 de la Constitución peruana de 1993, se pone en vigencia la teoría de los hechos cumplidos, y se aplica de manera inmediata, tal como lo ha venido impulsada por diversa jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, las SSTC 0316-2911-AA/TC, 0002-2006-PI/TC y 0606-2004-AA/TC; así como la sentencia emitida en los acumulados 00021-2012-PI/TC, 00008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC).
10. En ese mismo tenor se pronuncia la norma X del Título Preliminar del Código Tributario. Además, una interpretación de lo dispuesto en sus artículos 27, 41, 47 y 49 consagran en el caso peruano una prescripción que extingue la acción para determinar la deuda tributaria, cobrar dicha deuda y aplicar sanciones.

11. En este contexto, resulta sorprendente, con todo respeto, la actuación del Tribunal Fiscal. Luego de resoluciones donde reconocía la necesidad de determinar una deuda como requisito previo para cobrarla (RTT 00161-1-2008; RTT10495-3-2012, entre otras) se emite en el año 2017 un pronunciamiento del Pleno del Tribunal Fiscal, la resolución 9789-4-2017, del 7 de noviembre de 2017, la cual señala que solamente basta con un plazo de prescripción de cuatro años para la determinación y el pago de la deuda tributaria, entendiéndose además que ambas situaciones (determinación y pago) podían correr paralelamente.
12. Con el debido respeto que me merece el Tribunal Fiscal, aquí hay varias objeciones a la vista. En primer lugar, la aprobación, modificación y determinación de condiciones de los diferentes tributos son materias que se guían por los principios de reserva de ley y legalidad, y, hasta dónde todos(as) sabemos, el Tribunal Fiscal es un muy respetable Tribunal Administrativo. En segundo término, su pronunciamiento aprobado en pleno con carácter de precedente (en rigor es innecesario hablar de “precedentes de observancia obligatoria”, por redundante, ya que todo precedente genera reglas, y éstas, como todos(as) conocemos, son de observancia obligatoria) confunde dos momentos distintos (determinación y deuda), y trata de hacerlos correr en paralelo, cuando uno de ellos (el pago de la deuda) no se puede dar sin la especificación de la deuda).
13. Se alegaba la existencia de controversia acerca de los casos cuyo acto de cobranza, previamente determinada la deuda, fue notificado luego del 28 de setiembre de 2012, fecha en que entró en vigencia el Decreto Legislativo 1113. En realidad, era una falsa controversia. Como es de conocimiento general, un plazo de prescripción es siempre un plazo legal. Y si se aprueba una ley nueva, sobre, por ejemplo, el plazo de prescripción del pago de una deuda tributaria, prima la teoría de los hechos cumplidos y la aplicación inmediata de la norma, conforme al artículo 103 de nuestra Constitución. El Decreto Legislativo 1113 había respondido la inquietud, y, desafortunadamente, decisiones como la del Tribunal Fiscal volvían, seguramente sin mala intención, a resucitarlas.
14. Es pues en ese contexto que surge el Decreto Legislativo 1421. Su objetivo, en rigor, y al amparo del artículo 154 del Código Tributario, era dejar sin efecto el precedente 9789-4-2017, y volver la comprensión del tema al acertado parámetro del decreto Legislativo 1113, sin introducir cambio alguno a lo dicho inicialmente en el Decreto Legislativo 1113, materia de vital relevancia sobre la cual volveré después.
15. Es claro entonces cuál era el alcance del Decreto Legislativo 1421, y cómo lo allí previsto se encuentra perfectamente ubicado dentro de los márgenes de la ley autoritativa 30823. Debe además tenerse presente que ya el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la autorización a una legislación delegada no puede ser detallada sobre lo que se delega, pues, caso contrario, se hace innecesario recurrir al mismo mecanismo de la legislación delegada (STC 0022-2011-PI/TC).

II. NO ENCUENTRO VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD VINCULADOS AL CONTENIDO O AL OBJETO DE LA NORMA IMPUGNADA (LOS DENOMINADOS VICIOS DE FONDO)

16. La parte demandante alegaba también que la disposición impugnada vulneraba los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes. Respetuosamente, nada más lejos de la verdad.
17. Como ya he anotado en el presente texto, en el Perú, luego de la reforma constitucional introducida por la ley 28389 del año 2014, queda claro que el parámetro de aplicación de las leyes en el tiempo es el de los hechos cumplidos, recogido en el artículo 103 de la Carta reformada, pero con algunos importantes antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, como la STC 0008-1996-PI/TC.
18. Esta aplicación inmediata de la norma en el tiempo que consagra la teoría de los hechos cumplidos en el Perú, solamente tiene una excepción constitucionalmente admitida, la invocada en materia penal a favor del reo (en ese sentido, la STC 0606-2004-AA/TC, entre muchas otras). Las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes no tienen fuerza retroactiva alguna, salvo en el caso al cual acabo de hacer referencia, la materia penal a favor del reo (en ese sentido, la sentencia recaída en los expedientes acumulados 00021-2012-PI/TC, 00008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC).
19. No hay pues aquí supuesto alguno de una alegada retroactividad en perjuicio de los demandantes. Pero tampoco encuentro válido alegar que el Decreto Legislativo 1421 genere situaciones reñidas con la seguridad jurídica. Entre ellas están las SSTC 016-2002-PI/TC, 0012-2003-PI/TC y acumuladas. Lo común en todos pronunciamientos es que no puede hablarse de perjuicio a la seguridad jurídica, si el cambio producido es contrario a Derecho, y en perjuicio de los ciudadanos(as).
20. Nada de ello existe en el presente caso. Aquí el cambio introducido por el Decreto Legislativo 1421 solamente implica dejar de lado un pleno administrativo confuso y con discutible competencia para afirmar lo que afirmó, y la vuelta a los parámetros tal cual como ya estaban consagrados en el Decreto Legislativo 1113, que, por cierto, no tenía antecedentes claros en la regulación del plazo de prescripción de cobro de deudas tributarias, pues en rigor fue el primer pronunciamiento específico emitido al respecto.
21. No encuentro entonces cuestionamientos que permitan calificar como inconstitucional a la norma impugnada, y por ello **MI VOTO ES POR DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA**. Sin embargo, quisiera añadir algunas consideraciones adicionales al respecto, lo que procedo a efectuar a continuación.

III. ALGUNAS ANOTACIONES FINALES

22. Hay consideraciones de Derecho en general, y de Derecho Constitucional en particular, que creo que siempre debemos tener presente. La primera de ellas es que lo ilógico,

y, sobre todo, lo irrazonable, nunca puede ser constitucional. Llevado esto a este caso en concreto, un acuerdo que obliga a tratar como dos asuntos paralelos a la determinación de una deuda y el pago de una deuda ya determinada es algo ilógico e irrazonable. Plantear una situación distinta, donde se reconoce que hay situaciones que se dan una luego de otra (la determinación de deuda primero y el pago de la deuda determinada), si es, en principio, algo lógico y razonable, y, por ende, reputado como constitucional.

23. De otro lado, es innegable la relevancia que tienen las empresas (independientemente de su tamaño) y los(as) ciudadanos(as) que realizan una vital labor para apuntalar la economía en nuestro país. Sin embargo, ese esfuerzo no excluye a nadie, y menos en las difíciles circunstancias que nos toca vivir, de asumir ciertos deberes y algunos compromisos ineludibles.
24. Aun cuando se pueda señalar que estemos ante documentos que constituyen soft law, no negarse que este Tribunal, en su proceso de convencionalización del Derecho, ha mirado y seguido con especial detalle el aporte de documentos como los denominados Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, promovidos por Naciones Unidas. Entre estos principios se encuentra el reconocimiento del papel de las empresas como “órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los Derechos Humanos” (Principio General b)).
25. El punto de partida para exigir el cumplimiento de sus responsabilidades en infraestructura, servicios y demás tareas que le son propias es que todos(as) paguemos nuestros impuestos, claro está que, tomando en cuenta nuestra real capacidad contributiva. Esto no hay que entenderlo como parte de nuestro necesario aporte para construir una sociedad que no se quede, en una dinámica de crecimiento que no va más allá de lo cuantitativo ni asegura condiciones de igualdad material; sino más bien como el canal para alcanzar un desarrollo cuantitativo a favor de todos(as), el cual nos permita atender nuestras necesidades humanas básicas y considerar nuestros distintos y legítimos proyectos de vida.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto debido a que no comparto la decisión adoptada en este caso ni los argumentos que la sustentan. En ese sentido, a continuación, haré referencia, en primer lugar, al razonamiento que se ha adoptado en la ponencia para posteriormente, fundamentar por qué considero que la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada **INFUNDADA**.

a) Antecedentes y posición asumida en la ponencia

Con fecha 1 de febrero de 2019, el Colegio de Abogados de La Libertad interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, alegando la vulneración de la regulación constitucional de la delegación de facultades legislativas, el principio de irretroactividad de las normas y la seguridad jurídica. La ponencia declaró FUNDADA la demanda en todos sus extremos.

En relación con la forma de la norma cuestionada, la ponencia considera que el Decreto legislativo 1421 resulta inconstitucional, al no advertir que la Ley Autoritativa N° 30823 haya establecido una específica delegación de facultades al Poder Ejecutivo para modificar las normas relativas a la aplicación temporal en el cobro de los tributos, por lo que considera que se excedió el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria.

Por otro lado, respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad, la ponencia estima que la Primera Disposición Complementaria Transitoria no introduce una regla interpretativa desde el momento que no discrimina entre las normas que podrían desprenderse de la disposición optando por alguna de ellas, sino que se limitaría a fijar autónomamente un nuevo momento para iniciar el cómputo de la prescripción.

En ese sentido, se advierte en la ponencia que la disposición impugnada no modifica el lapso por el que se extiende la prescripción, sino que varía el otro elemento objetivo que es el punto de inicio del cómputo que resulta fijo, por lo tanto, incide en todos aquellos casos en que la prescripción hubiese comenzado a desarrollarse. En consecuencia, se considera que la disposición cuestionada supone una aplicación retroactiva de un nuevo punto de inicio del cómputo de la prescripción a casos en los que dicho evento ya se había producido, por lo que se estiman que se infringe el artículo 103 de la Constitución.

De todo lo expuesto es posible advertir que, a criterio del magistrado ponente, la demanda debe ser estimada en su conjunto, por lo que debe declararse FUNDADA.

Al respecto, estimo que, si bien el texto de la disposición impugnada pudo haber sido redactado de mejor manera para evitar equívocos, considero a diferencia de la ponencia, que esta disposición no resultaría contraria a la Constitución. En el siguiente apartado explicaré

las razones por las que estimo que la disposición cuestionada resulta válida desde el punto de vista constitucional.

b) Razones por las que corresponde desestimar la demanda

Antes de exponer las razones por las que considero que la demanda debe desestimarse, creo que es oportuno recordar que la opción de declarar la inconstitucionalidad de una norma es una medida de *ultima ratio*, ello en virtud del principio *indubio pro legislatore*. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

No cabe que se declare la inconstitucionalidad de una disposición si, entre sus normas, esto es, los sentidos interpretativos de una disposición legislativa, es posible hallar una que sea compatible con la Constitución. [...] la declaración de invalidez constitucional siempre debe ser la *ultima ratio* a la que este Tribunal (y los jueces del Poder Judicial, desde luego) acuda: “Los jueces y tribunales –entre los que se ha incluido este mismo Tribunal, dice la Segunda Disposición General de la LOTC- sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional” [Expediente 0002-2003-PI/TC, fundamento 7].

Ahora bien, respecto a la alegada inconstitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1421, se debe mencionar que se ha vuelto creciente en la práctica que el Congreso de la República otorgue al Poder Ejecutivo facultades legislativas que la Constitución autoriza. En el ejercicio de la delegación, se evidencia la generalidad de los aspectos en las materias autorizadas, de manera que respecto al ámbito tributario previsto como materia autorizada por la Ley 30823 para la legislación de parte del Poder Ejecutivo resulta siendo amplia.

Sin embargo, del contenido en el inciso h) del artículo 2 de la Ley 30823, se aprecia que se fija un marco de delegación suficiente para contemplar como materia delegable la prescripción de las deudas tributarias, toda vez que ello forma parte del marco normativo que coadyuva a garantizar el cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto, la Ley 30823 contempla una habilitación que no trastoca los principios de legalidad y reserva de ley, debiendo ser declarado constitucional el Decreto Legislativo 1421. Sin perjuicio de ello, con la finalidad de evitar procesos que generen gasto público y confusiones, se debe exhortar al Congreso de la República para que en futuras delegaciones de las facultades que concedan, la Ley autoritativa a expedir procure contener un listado más específico de todos los aspectos a ser legislados por el Poder Ejecutivo.

En cuanto a la alegada inconstitucionalidad por el fondo, la parte demandante cuestiona la Primera Disposición Transitoria Complementaria del Decreto Legislativo 1421, por considerarla inconstitucional al vulnerar la prohibición de aplicación irretroactiva de la ley, pues desconoce las prescripciones ya ganadas por parte de los contribuyentes. En atención al precedente recaído en la Resolución N.º 9789-4-2017, emitido en noviembre de 2017, que interpretó que el inicio del cómputo de plazo de la prescripción de la acción administrativa tributaria para exigir el pago de una deuda tributaria antes de la vigencia del

Decreto Legislativo 1113, esto el 28 de setiembre de 2012, se regía por los numeral 1 al 4 del artículo 44 del Código Tributario y no por el numeral 7 introducido por el Decreto legislativo 1113, que instauraba el periodo de prescripción de 4 años desde el día siguiente de la notificación de la Resolución de Determinación o de Multa al contribuyente.

Ahora bien, advierto que, pese a que la norma impugnada contiene fórmulas que, en general, pueden ser consideradas como compatibles con la Constitución, ello no impide que existan supuestos específicos en los que pueda presentarse algún posible escenario de lesión de derechos, lo cual podría obedecer a distintos factores. Por ello, la autoridad judicial deberá examinar, en cada caso, la pertinencia de la aplicación del decreto legislativo impugnado.

Por lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda, en la medida en que la disposición normativa cuestionada no resulta incompatible, en abstracto, con la Constitución, con la referida exhortación.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Caso de la ley que suspende el cobro de peajes

Pleno. Sentencia 359/2020

Con fecha 25 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló fundamento de voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que el voto mencionado se adjunta a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0006-2020-PI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25 de agosto de 2020

Caso de la ley que suspende el cobro de peajes

PODER EJECUTIVO

c.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo único de la Ley 31018, “Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19”.

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

B-3. AMICUS CURIAE

B-4. TERCEROS

II. FUNDAMENTOS

§1. Proceso de inconstitucionalidad y delimitación de la presente controversia

§2. Aprobación de leyes mediante sesiones virtuales

§3. El modelo económico de la constitución

§4. Las app en el marco constitucional

§5. Infraestructura pública y contratos de concesión

§6. Análisis de constitucionalidad de la Ley 31018

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de agosto de 2020, reunido el Tribunal Constitucional en la sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 2 de junio de 2020, el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley 31018, “Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19”. Alega que la referida norma es inconstitucional por vulnerar los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución.

Por su parte, con fecha 24 de julio de 2020, el apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

Los argumentos de la demanda son los siguientes:

- El Poder Ejecutivo sostiene que la presente controversia sobre la suspensión del cobro de peajes se debe analizar desde una perspectiva constitucional; dado que lo recaudado por dicho cobro se relaciona con el mantenimiento de las vías nacionales, lo cual permite garantizar el tránsito de las personas en el territorio nacional. Así, la existencia de vías para el tránsito y su debido mantenimiento permiten el ejercicio de la libertad de circulación en condiciones que garanticen la vida e integridad personal de conductores y pasajeros.
- Argumenta que, de conformidad con la normativa vigente, el acondicionamiento de las vías para la prevención de riesgos y la supresión de situaciones que puedan significar un peligro para la vida e integridad de los usuarios se encuentra a cargo de las empresas concesionarias. Estas deben garantizar la existencia de una vía en óptimas condiciones que cumpla los niveles de servicio señalados en el contrato y, de esa forma, permitir el adecuado desplazamiento de usuarios en condiciones de seguridad.

- El Poder Ejecutivo alega que el peaje es el monto que el usuario paga por el derecho de utilizar la infraestructura vial. Su finalidad principal se orienta al mantenimiento de dichas vías, por lo que el cobro de peaje está relacionado con el deber de mantener una infraestructura adecuada para el tránsito de vehículos. De lo anterior, la parte demandante deduce que, cuando la Ley 31018 suspende el cobro de peajes, compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios de las redes viales.
- La demanda precisa que en el Perú existen dos modalidades de administración de la infraestructura vial: la primera es a través de Provías del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), y la segunda es mediante empresas concesionarias en el marco del Decreto Legislativo 1362 y su reglamento. Esta última modalidad se efectuará conforme a las condiciones establecidas en los contratos de concesión. Concluye que, en la presente controversia, se cuestiona que la Ley 31018 establezca una suspensión en el cobro de peajes al margen de lo estipulado en los contratos de concesión.
- Argumenta que la ley cuestionada suspende el cobro de peajes en todas las unidades de la red de vía nacional, departamental y local que se hayan concesionado; y, por lo tanto, su aplicación no alcanza al ámbito del cobro de peaje en la red vial no concesionada.
- Además, señala que las redes viales concesionadas se pueden cofinanciar o autofinanciar. En el primer caso, el riesgo de la demanda recae en el Estado, de ahí que una afectación en el cobro de la tarifa no repercute en el concesionario, toda vez que los pagos a los que está obligado el concedente se deben seguir realizando. En el segundo caso, el riesgo de la demanda recae en el concesionario. Así, cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa que incida en la recaudación de cada concesión vial puede generar que se activen los mecanismos de compensación previstos en cada contrato.
- Sostiene que, en el ordenamiento jurídico, existen ciertas exoneraciones para el cobro de peajes. En tal sentido, precisa que los vehículos de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú, del Instituto Nacional Penitenciario y de las compañías de bomberos, y las ambulancias están exentos del pago de peaje en las redes viales, en el marco del Decreto Legislativo 1328. Esta medida rige tanto para las carreteras concesionadas como para las no concesionadas.
- Por otro lado, destaca que, el 29 de marzo de 2020, la Dirección Ejecutiva de Provías Nacional del MTC autorizó, mediante la Resolución Directoral 592-2020- MTC/20, la suspensión temporal del cobro de peaje en la red vial nacional no concesionada desde el 30 de marzo de 2020 y mientras dure el estado de emergencia nacional. En los fundamentos de la referida resolución, esta medida no se sustenta en evitar el contagio del COVID-19 o fortalecer el aislamiento social obligatorio, sino en problemas logísticos para el cobro de peaje y la necesidad de garantizar las actividades permitidas durante el estado de emergencia.

- Precisa que, a diferencia del caso de las redes viales no concesionadas, la suspensión del cobro de peajes en las redes viales concesionadas se debe analizar teniendo en cuenta lo estipulado en los contratos de concesión. De esta forma, en el marco de las concesiones viales cofinanciadas, destaca que, en virtud del Oficio Múltiple 0014-2020-MTC/19, treinta y dos unidades de peaje de las diez concesiones viales cofinanciadas suspendieron temporalmente el cobro de la tarifa de peajes. Señala que esta suspensión se ha realizado respetando la naturaleza de la concesión y el procedimiento establecido en cada contrato.
- Alega que, por tratarse de una concesión cofinanciada, la suspensión no afecta las obligaciones relacionadas con la operación y conservación de la infraestructura. Así, el cumplimiento de los niveles de servicio y seguridad de los usuarios de la vía no se vincula directamente al monto recaudado por la tarifa del peaje, dado que el riesgo de la demanda recae en el Estado. De ahí que, en las coordinaciones con las concesionarias autofinanciadas, no se haya concluido con un acuerdo de suspensión temporal del cobro de peaje, debido a que esto generaría contingencias económicas a la concesión como el incumplimiento en sus obligaciones de operación y mantenimiento.
- Por otro lado, en virtud del artículo 137 de la Constitución, refiere que el Poder Ejecutivo tiene competencia para declarar el estado de emergencia, lo cual implica la facultad de dictar medidas para enfrentar la emergencia presentada y que deben ser acatadas por todas las personas e instituciones. Sin embargo, precisa que el Gobierno no ha prohibido el cobro de peajes como una medida para evitar el contagio del COVID-19. Por el contrario, considera necesario el mantenimiento de las redes viales para el tránsito de las personas y de los vehículos a fin de asegurar los bienes y servicios esenciales, lo cual conlleva garantizar sus fuentes de financiamiento.
- En virtud de ello, concluye que la Ley 31018 contraviene las competencias del Poder Ejecutivo establecidas en el artículo 137 de la Constitución, referidas a la potestad de adoptar medidas que sean razonables y proporcionales al objetivo que sustenta la declaración del estado de emergencia.
- Alega, por otro lado, que la Constitución de 1993 reconoce al Estado peruano como un Estado social (artículo 43), cuyo régimen económico es el de la economía social de mercado (artículo 58). Una de las características de esta es la intervención del Estado en determinadas áreas de la actividad económica, entre ellas, las de infraestructura y servicios públicos.
- Sostiene, además, que, para cumplir el artículo 58 de la Constitución, el Estado debe adoptar todas aquellas medidas que se orienten al desarrollo del país como la construcción y el mantenimiento de redes viales, que comprende la celebración de contratos de concesión a través de las Asociaciones Público-Privadas (APP). De ahí que se hayan desarrollado acciones que permitan reconocer al Estado como responsable en el cumplimiento de los contratos que suscribe, otorgando la seguridad jurídica necesaria para

que estos acuerdos no sean afectados por decisiones externas a la voluntad de las partes que los suscriben.

- Por ello, la suspensión del pago de peajes establecida por ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios. Esta situación limita la posibilidad de exigir que el concesionario cumpla sus deberes de mantenimiento de las obras viales debido a que, en los contratos autofinanciados, el cobro de peaje constituye el mecanismo de recuperación de la inversión. Por ende, su suspensión arriesga la sostenibilidad de la infraestructura, lo cual, a su vez, compromete la seguridad de los usuarios.
- En consecuencia, el procurador de la parte demandante concluye que la Ley 31018 contraviene el artículo 58 de la Constitución, dado que afecta las políticas diseñadas por el Estado para promover el desarrollo del país en el ámbito de la infraestructura vial.
- Por otro lado, el Poder Ejecutivo argumenta que la Ley 31018 vulnera la prohibición constitucional de modificar los contratos mediante una ley. Asimismo, cita la Sentencia 0006-2012-PI/TC, en la cual el Tribunal Constitucional señaló que, del artículo 62 de la Constitución, se desprende que la libertad de contratar es una garantía frente a la intervención del Estado.
- En tal sentido, subraya que el contrato de concesión vial establece un régimen económico que comprende un mecanismo por el cual el concesionario recuperará la inversión realizada. Señala que los propios contratos de las APP regulan las condiciones, los requisitos y las formalidades, así como el trámite que se debe seguir para la suspensión de obligaciones por motivos de fuerza mayor, los acuerdos de las partes y otros allí establecidos. Esta suspensión genera diversos efectos, entre los que se encuentran la inexistencia de las obligaciones y la ampliación del plazo del contrato.
- Por otro lado, el demandante agrega que los mecanismos de compensación constituyen compromisos que el Estado asume, y que comprenden potenciales obligaciones de pago a favor del concesionario por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de las APP. Refiere que estos pueden ser, de acuerdo con el MTC, el ingreso mínimo anual garantizado, la garantía tarifaria o el restablecimiento del equilibrio económico financiero.
- Finalmente, señala que la Ley 31018 desconoce el contenido contractual pactado por las partes debido a la suspensión de los derechos y las obligaciones del concesionario vinculados al cobro de peajes, y a la prohibición de otorgar la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada. Con ello, se están desconociendo los derechos, las obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión suscritos por el Estado peruano y los concesionarios.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En la contestación de la demanda, se exponen los siguientes argumentos:

- El apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se declare infundada. Sostiene que, de acuerdo con el artículo 137, inciso 1, de la Constitución, el Poder Ejecutivo puede dictar medidas restrictivas de las libertades de reunión y tránsito, así como de la inviolabilidad de domicilio. Argumenta que la restricción contenida en la Ley 31018 (esto es, la suspensión del cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada) no es una materia de regulación exclusiva del Poder Ejecutivo.
- Señala también que la Ley 31018 se debe interpretar a la luz de los principios que orientan la separación de poderes, especialmente, el principio de cooperación entre poderes. Dado el actual contexto, los órganos constitucionales y los poderes del Estado deben adoptar decisiones orientadas a la reducción del incremento del número de afectados por el COVID-19 y, así, proteger eficientemente la vida y la salud de la población.
- Por otro lado, sostiene que, si bien la Constitución consagra en su artículo 58 que la iniciativa privada se puede desplegar libremente, esta se debe enmarcar en el modelo económico adoptado por la Constitución, es decir, el de economía social de mercado. Por ello, argumenta que toda persona natural o jurídica tiene la facultad de realizar actividades de aprovechamiento económico, pero en concordancia con el bien común y el desarrollo social.
- Alega que la Ley 31018 pretende garantizar el equilibrio entre el estímulo a la iniciativa privada y el bienestar general. Sostiene que, a través de la ley cuestionada, se protegen los derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas, así como la salud y seguridad pública, en armonía con el bien común y el bienestar general.
- Argumenta que el límite de las libertades contractuales contenido en artículo 62 de la Constitución, referido a la garantía de inmodificabilidad de los contratos, se debe interpretar en concordancia con los artículos 2 (inciso 14), 44, 73 y 103 de la Constitución.
- Señala que el derecho a la libre contratación contenido en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución no es absoluto. Refiere que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 0011-2013-PI/TC, ha señalado que, bajo el Estado social y democrático de derecho, el bien común determina de manera inmanente el contenido garantizado constitucionalmente por el derecho fundamental a la libre contratación.
- Para el apoderado del Congreso, el artículo 44 de la Constitución consagra el deber de que el Estado actúe permanentemente con el fin de satisfacer el bien común. Así, en función del contexto actual, todos los órganos del Estado deben cumplir su obligación de promover el bienestar general.
- El demandando sostiene que la Ley 31018 tiene como objetivo garantizar el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustible en el territorio nacional durante el estado de emergencia nacional.

- Por ello, alega que, con la exoneración temporal del pago de peaje, el Estado cumple su deber de defender el interés de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios esenciales durante el estado de emergencia nacional. Además, esto se relaciona con la garantía de los consumidores y usuarios contenida en el artículo 65 de la Constitución.
- Por otro lado, sostiene que, entre los bienes estatales de dominio público, se encuentran aquellos destinados al uso público como la infraestructura vial. Argumenta que dichos bienes se supeditan a un régimen de propiedad especial, lo cual significa que están dirigidos a la satisfacción de los intereses y finalidades públicas.
- Alega que, en este marco, se pactan concesiones entre el Estado y las empresas para el aprovechamiento económico de la infraestructura vial. Refiere que, en el caso de los contratos de concesión en infraestructura vial, solo se ha contemplado la modificación contractual por acuerdo de las partes. No obstante, para el demandado, la normativa emitida por el Estado referida a la promoción de la inversión privada en infraestructura habilita la modificación unilateral de las concesiones por razones de interés general como la circunstancia actual producto del brote del COVID-19.
- Sostiene que, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, la ley cuestionada se aplica de conformidad con la teoría de los hechos cumplidos. En virtud de esta, los contratos se rigen por las normas vigentes en cada momento y no, ultractivamente, por las existentes al momento de su suscripción.
- Finalmente, alega que la incidencia en las disposiciones constitucionales 58 y 62 (esto es, la modificación unilateral de los contratos de concesión de infraestructura vial) se justifica en la situación actual producto del brote del COVID-19. Por ello, sostiene que se requiere la suspensión del cobro de peajes para mantener el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustibles en el territorio nacional durante el estado de emergencia nacional.

B-3. *Amicus curiae*

Con fecha 30 de julio de 2020, este Tribunal admitió el informe presentado por los señores Natale Amprimo Plá, César Ochoa Cardich, Carlos Rodríguez Manrique y Eduardo Joo Garfías, mediante el cual aportan elementos jurídicos que coadyuvan a resolver la presente controversia.

Asimismo, el 13 de agosto de 2020, este Tribunal admitió el informe jurídico del señor César Landa Arroyo.

B-4. Terceros

El 13 de agosto de 2020, este Tribunal incorporó como terceros en el presente proceso de inconstitucionalidad a las empresas Concesionaria Vial del Perú SA, Concesionaria Vial del Sol SA, Desarrollo Vial de los Andes SA y Concesionaria Peruana de Vías - Covinca SA.

II. FUNDAMENTOS

§1. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DELIMITACIÓN DE LA PRESENTE CONTROVERSIDAD

1. Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En este proceso, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino “la defensa de la Constitución” como norma jurídica suprema (cfr. Sentencia 00020-2005-PI y 00021-2005-PI/TC, fundamento 16).
2. Aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía (“Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro (...); y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control”), tal como ha afirmado este Colegiado (Sentencia 00032-2004-AI/TC, fundamento 2), también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
3. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente, reconoce los derechos fundamentales del ser humano, contiene las reglas básicas de convivencia social y política, además de regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.
4. Asimismo, el artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Asimismo, el artículo III del Título Preliminar de dicho código prescribe que “el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”.
5. En el presente caso, el Poder Ejecutivo cuestiona que la Ley 31018 vulnera los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución. El artículo único de la ley impugnada dispone lo siguiente:

Suspéndase con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio.

6. Como se puede advertir, la suspensión del cobro de peaje que se dispone en la ley tiene las siguientes características:
 - a. Es aplicable a las redes viales concesionadas.
 - b. Tiene por objeto evitar el contacto con los usuarios y cumplir el aislamiento obligatorio.
 - c. Se extiende mientras dure el estado de emergencia.
 - d. No causará ni generará derecho compensatorio alguno.
7. A efectos de comprender la cuestión de fondo, se requiere esbozar el modelo económico de la Constitución, en el cual se desenvuelve la presente controversia, así como el marco de las APP, en cuyo contexto se celebraron los contratos de concesión en los que incide la ley cuestionada.

§2. APROBACIÓN DE LEYES MEDIANTE SESIONES VIRTUALES

8. Previamente, este Tribunal no puede dejar de considerar que este es el primer caso en el que una ley aprobada mediante sesiones virtuales del Pleno del Congreso de la República es materia de un proceso de inconstitucionalidad. Por ello, es imperativo realizar el control del respectivo procedimiento legislativo y verificar si este respeta los parámetros establecidos en la Constitución.
9. Para analizar estas interrogantes y verificar si el procedimiento legislativo de la Ley 31018 respeta los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, así como el principio de democracia representativa, cabe destacar que la citada actividad parlamentaria toma como referencia normativa, entre otras, al artículo 51-A del Reglamento del Congreso de la República, adicionado por la Resolución Legislativa del Congreso 002-2020-2021-CR, publicada el 28 de marzo de 2020, que establece lo siguiente:

En circunstancias de gravedad que impidan el desarrollo de sesiones presenciales, el presidente del Congreso, con acuerdo de la Junta de Portavoces representativo de tres cuartos del número legal de congresistas, puede disponer el desarrollo de sesiones virtuales del Pleno y de los demás órganos de la organización parlamentaria.

La herramienta digital o tecnológica que se implemente para estos efectos debe garantizar el carácter público de los debates virtuales, salvo que se justificara su carácter reservado o secreto, así como la identificación y el ejercicio pleno de los derechos de los congresistas que integran los órganos parlamentarios, entre los que destacan los derechos de participación, deliberación y voto.

10. Asimismo, el artículo 27-A de este reglamento, también adicionado por la citada Resolución Legislativa del Congreso 002-2020-2021-CR, indica lo siguiente:

Cuando ocurran circunstancias de gravedad que impidan el normal funcionamiento del Congreso, los órganos mencionados en el artículo precedente podrán sesionar virtualmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51-A.

Asimismo, los despachos congresales y los grupos parlamentarios podrán funcionar de manera virtual o remota, utilizando las herramientas tecnológicas que les facilitará la administración del Congreso.

Para efectos de la verificación del quórum y de la votación, se podrá considerar, salvo previsión contraria, que el portavoz traslade el voto nominal de los miembros que componen su grupo parlamentario.

11. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima necesario destacar, en primer término, que la actual emergencia sanitaria que afronta nuestro país no solo ha obligado a cambiar diferentes formas de vivir, sino también a que las instituciones públicas redimensionen sus procedimientos para cumplir los fines constitucionales y legales que se les han asignado. Por ello, un gran reto para el Estado es compatibilizar el efectivo cumplimiento de la función pública y el correcto uso de la tecnología para lograrlo. Cabe destacar que esta siempre debe ser un medio al servicio de la función pública y no al revés.
12. Dado el desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, es claro que existen diferentes opciones al alcance de las instituciones públicas para que cumplan sus fines constitucionales y legales. Así, hay diferentes plataformas, sistemas o medios informáticos, entornos virtuales, etcétera, idóneos y eficaces en la labor parlamentaria. De ninguna forma, el uso de estos medios puede desnaturalizar los mandatos constitucionales que rigen la actividad parlamentaria: no debe reducir o eliminar la deliberación pública; impedir la participación libre de cada congresista en el debate de una ley, reforma constitucional, antejudio político, etcétera; ni impedir la publicidad de la argumentación y del voto de cada congresista.
13. Si bien es conforme con la Constitución que, en ejercicio de su autonomía, el Poder Legislativo realice sesiones virtuales, estas deben garantizar el debate público, así como los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto. Cabe destacar que el congresista al participar, deliberar y votar, no solo está ejerciendo un derecho, sino que también representa a la nación. Es decir, la ciudadanía también tiene el derecho de verificar cómo se está efectuando la representación otorgada y controlar la actuación de sus representantes. Así, el artículo 45 de la Constitución establece que “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.
14. En cuanto a la importancia del debate público en el sistema democrático, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la democracia no se puede concebir como un

agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente, las que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) se debe fundamentar en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios para emitir una opinión informada que se oriente al bien público (cfr. Sentencia 00001-2018-PI/TC, fundamento 23).

15. Asimismo, este Tribunal ha señalado que “la democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales” (Sentencia 00012-2018-PI/TC, fundamento 21).
16. Por otro lado, conviene precisar que la tecnología actual posibilita una mayor publicidad de la deliberación parlamentaria y de la representación que ejerce cada congresista. Así, aquel que no pueda asistir presencialmente, ya sea para proteger su salud, por razones de representación u otra que impida su presencia física, tiene la posibilidad de participar, deliberar y votar públicamente, desde cualquier parte del país, con la ayuda de los medios tecnológicos que el Parlamento ponga a su disposición. Lo que no puede efectuarse, por contravenir los derechos de cada congresista y el principio de democracia representativa, es que la participación, la deliberación y el voto no sean públicos.
17. Conforme a lo expuesto, el Poder Legislativo ha aprobado el segundo párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso, el cual expresa, en gran medida, cómo se compatibiliza el efectivo cumplimiento de la función pública y el correcto uso de la tecnología para lograrlo. Así, este párrafo establece lo siguiente:

La herramienta digital o tecnológica que se implemente para estos efectos debe garantizar el carácter público de los debates virtuales, salvo que se justificara su carácter reservado o secreto, así como la identificación y el ejercicio pleno de los derechos de los congresistas que integran los órganos parlamentarios, entre los que destacan los derechos de participación libre, deliberación y voto.
18. No sucede lo mismo con el último párrafo del artículo 27-A del Reglamento del Congreso, que le otorga al portavoz de un grupo parlamentario la potestad de trasladar la votación nominal de los congresistas que lo integran a efectos de la verificación del *quorum* y de la votación, sin que se haga pública la participación libre, la deliberación y el voto de cada uno.
19. En dicho contexto, son dos las prácticas que ameritan pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso de autos: i) la exoneración de la Junta de Portavoces del envío a comisión de la respectiva autógrafa observada; y ii) si en las sesiones virtuales en las que se aprobó la Ley 31018, se han respetado el carácter indelegable del voto, entre otros derechos de cada congresista.

20. Sobre la primera práctica cabe mencionar previamente que es clara la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el control de las exoneraciones realizadas por las Juntas de Portavoces. Así, en la Sentencia 00012-2018-PI/TC se sostuvo que “la aprobación de las diferentes exoneraciones contempladas en el Reglamento del Congreso (de dictamen en comisión, de pre-publicación en el portal oficial, de doble votación, etc.) se ha convertido en una práctica frecuente y no en un verdadero procedimiento excepcional, poniendo en entredicho la legitimidad del debate que se desarrolla en el Congreso de la República” y que “un procedimiento legislativo de excepción no puede ser aplicado de forma masiva. De lo contrario, se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario” (fundamentos 33 y 34).
21. Asimismo, en el fundamento 35 de dicha sentencia, este Tribunal sostuvo que “aunque la potestad para establecer exoneraciones sea discrecional, ello no significa que no existan razones subyacentes a la adopción del acuerdo de exoneración. En efecto, este mecanismo no debería ser empleado, en línea de principio, en los casos en los que se advierta la necesidad de un importante nivel de especialización y/o tecnicidad de los temas a debatir, así como en aquellos que revistan elevada complejidad, ya que ello demanda, por su naturaleza, un mayor grado de deliberación. Evidentemente, este Tribunal también advierte que existen contextos y escenarios políticos en los que la excesiva extensión del debate puede generar ciertos niveles de inconvenientes ante la presencia de una situación que demanda un accionar inmediato por parte del Congreso de la República, lo que podría ameritar el empleo de las exoneraciones reguladas. Todos estos factores deberían ser sopesados en el momento en que se decide la posibilidad de emplearlas”.
22. En el presente caso, el acuerdo de exoneración está mencionado en la página 24 del acta del 7 de mayo: “Al respecto, informó que la Junta de Portavoces, en la sesión virtual del 30 de abril de 2020, acordó la exoneración del trámite de envío a comisión (...)”. En el acta del 30 de abril de 2020 se menciona lo siguiente: “Acuerdo 35-2020-2021/JUNTA-CR Exoneración de trámite de envío a comisión y ampliación de Agenda de autógrafa observada por el señor Presidente de la República Proyectos de ley 4951 y 4985/2020-CR. Autógrafa observada por el señor Presidente de la República. Se propone suspender el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el Estado de Emergencia Nacional declarado a causa del brote del Covid-19. Se acordó la exoneración del trámite de envío a comisión y la ampliación de Agenda, respecto de la autógrafa observada por el señor Presidente de la República (...)”.
23. En el acta que contiene el acuerdo de exoneración del trámite de envío a comisión de los proyectos de Ley 4951 y 4985/2020-CR, no constan las razones subyacentes que justifiquen la adopción del acuerdo de exoneración, más aún si la respectiva autógrafa había sido observada.

24. En consecuencia, no resultando justificada la exoneración del trámite de envío a comisión de los proyectos de Ley 4951 y 4985/2020-CR, el Tribunal Constitucional considera que dicha práctica aplicada indiscriminadamente y sin respetar su excepcionalidad no se ajusta a los parámetros constitucionales.
25. Respecto a la segunda práctica, cabe mencionar la revisión del expediente virtual de la Ley 31018 y de las respectivas actas del Congreso de fechas 6 y 7 de mayo. En el acta de 7 de mayo consta que se realizó la votación y expresamente se menciona que “Consultados los portavoces por la RELATORA para el traslado nominal del voto de los integrantes de sus grupos parlamentarios, el PRESIDENTE indicó que, la insistencia de la autógrafa observada por el Presidente de la República, fue aprobada por 103 votos a favor, dos en contra y 23 abstenciones (...)”. Por tanto, no hay constancia de votación de cada congresista. Sólo la hay sobre lo que dicen los portavoces respecto de tales votos.
26. En consecuencia, teniendo en cuenta que en las sesiones virtuales mediante las que se aprobó la Ley 31018, no se ha respetado el carácter personal, directo e indelegable del voto, el Tribunal Constitucional considera que dicha práctica no se ajusta a los parámetros constitucionales. Más aún teniendo en cuenta que la Constitución (artículo 31) prescribe que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos políticos, entre los cuales se encuentra el derecho político a ser elegido y todos los derechos que dimanen del mismo.
27. Sin embargo, este Tribunal considera que existe un sentido interpretativo que compatibiliza el último párrafo del artículo 27-A mencionado con los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, así como con las disposiciones constitucionales sobre democracia representativa. Conforme a este sentido interpretativo, el portavoz de un grupo parlamentario podrá trasladar la votación nominal de los congresistas que lo integran solo cuando se garantice el carácter público de los debates virtuales, salvo en los casos en que se justifique su carácter reservado o secreto, así como cuando se identifique y permita el ejercicio pleno de los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, tal como se desprende del segundo párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso.
28. Asimismo, el primer párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso se debe interpretar en el sentido de que se podrán desarrollar sesiones virtuales siempre y cuando se garantice el carácter público de los debates virtuales, excepto en los casos en que se justifique su carácter reservado o secreto, así como cuando se permita el ejercicio pleno de los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, tal como se desprende del segundo párrafo del artículo citado.
29. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que las sesiones virtuales del Congreso de la República se realizarán conforme con la Constitución, siempre y cuando se interpreten los artículos 27-A y 51-A, entre otros, del Reglamento del Congreso en el sentido de que se garantice i) el carácter público de los debates virtuales; ii) la participación

libre, la deliberación y el voto públicos de cada congresista y iii) el carácter indelegable del voto

§3. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN

30. Se denomina “Constitución económica” al conjunto de disposiciones constitucionales que emanan del régimen económico de la ley fundamental, las cuales suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica del país.
31. Nuestra Constitución adopta un modelo de economía social de mercado, según lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución. Además, este régimen limita la participación del Estado, reservándole una actuación subsidiaria en la actividad empresarial, solo autorizada por ley expresa, y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (artículo 60 de la Constitución).
32. En concordancia con los principios orientadores de la economía social de mercado, la Constitución encarga al Estado que actúe, principalmente, en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58 de la Constitución).
33. Además, en dicho artículo, se incluye el principio de libre iniciativa privada que informa el régimen económico de la Constitución y se relaciona con el inciso 17 del artículo 2 de la norma fundamental. En este, se reconoce a toda persona natural o jurídica el derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia.
34. Por otra parte, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho a contratar con fines lícitos, el cual se concibe como el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial (artículo 1351 del Código Civil). Dicho pacto no debe contravenir las leyes de orden público. Este derecho garantiza lo siguiente:
 - a. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la contraparte.
 - b. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.
35. En concordancia con los principios orientadores de la economía social de mercado expuestos, la Constitución impone al Estado, como ya se ha mencionado, el deber de actuar en las áreas de promoción de la infraestructura y los servicios públicos (artículo 58 de la Constitución). Sin embargo, esto no implica que su actuación se lleve a cabo necesariamente de manera directa. En nuestro ordenamiento jurídico, existe todo un conglomerado de normas destinadas a regular la participación de los sectores público y privado en estos ámbitos.

§4. LAS APP EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

36. La realización de los fines estatales se puede lograr mediante la inversión directa de los recursos públicos o con la cooperación de las empresas privadas. Esta segunda opción ha generado el desarrollo de un marco normativo orientado a regular esas relaciones entre los sectores público y privado.

37. Efectivamente, mediante el Decreto Legislativo 662, se otorgó un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras.

38. Posteriormente, el Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, en su artículo 1, dispuso lo siguiente: “Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado”.

39. A lo anterior, se sumó el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, cuyo artículo 39 establece lo siguiente:

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

40. La finalidad de dicho decreto es la siguiente (artículo 1):

[...] garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes.

Establece derechos, garantías y obligaciones que se aplican a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobierno Regionales o Locales, a todo nivel.

41. Así, por ejemplo, en el caso de los servicios públicos, en su artículo 11, este decreto dispone que “el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios”.

42. Mediante el Decreto Legislativo 758, se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.

43. Así, con la entrada en vigor de la Constitución de 1993, y la incorporación del ya descrito modelo de economía social de mercado, se fomenta la participación de los agentes privados en el desarrollo del país. Al Estado le corresponde el establecimiento del marco normativo que regule las condiciones de esta participación.

44. A fin de garantizar la estabilidad de los contratos, se incluyó en la propia Constitución la prohibición de que las leyes modifiquen las condiciones pactadas por los agentes económicos. El artículo 62 expresamente establece que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.
45. Se supera, de esta manera, la práctica frecuente de modificar los contratos por medio de normas que alteran las condiciones que las partes consideraron al contratar.
46. Concordante con el modelo constitucional descrito, el artículo 73 de la Constitución también establece que se pueden conceder los bienes de uso público a particulares, conforme a ley, para su aprovechamiento económico.
47. En este marco, se promulgó el Decreto Legislativo 839, Ley de la Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. Con posterioridad, se expidió el Decreto Legislativo 1012, que aprobó la “Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”.
48. El Decreto Legislativo 1012 fue derogado por el Decreto Legislativo 1224, que aprobó la “Ley marco de la promoción de la inversión privada mediante las Asociaciones Público-Privadas y los proyectos en activos”.
49. El Decreto Legislativo 1224 fue derogado por el Decreto Legislativo 1362, a través del cual se regula la promoción de la inversión privada mediante las APP y los proyectos en activos.

§5. INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y CONTRATOS DE CONCESIÓN

50. La administración de la infraestructura de la red vial en el país se puede efectuar de dos formas: la primera de manera directa, a través de Provías del MTC, y la segunda mediante las concesiones, cofinanciadas o autofinanciadas, que se desenvuelven en el marco del Decreto Legislativo 1362 y su reglamento (Decreto Supremo 240-2018-EF), conforme a las cláusulas establecidas en los respectivos contratos.
51. Como se reseñó *supra*, la Ley 31018 dispuso la suspensión del cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada. Por tal motivo, no incide en el ámbito de la administración de la infraestructura vial no concesionada.
52. El Decreto Legislativo 1362 dispone que, mediante el contrato de las APP, el inversionista puede explotar los bienes objetos del contrato (artículo 21.2). Asimismo, establece lo siguiente:

El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público-Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios (artículo 21.1).

53. Por su parte, el artículo 3.1 del referido decreto legislativo declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las APP y los proyectos en activos para contribuir al crecimiento de la economía nacional, y al cierre de brechas en infraestructura o servicios públicos, entre otros.
54. Asimismo, en el artículo 22 de este decreto legislativo, se establece que el régimen económico-financiero de las APP presenta la siguiente clasificación:
1. Cofinanciadas: son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.
 2. Autofinanciadas: son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones:
 - a. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento.
 - b. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento .
55. Por su parte, los artículos 111 y 112 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 establecen las causales de suspensión y terminación del contrato de las APP:

Artículo 111. Suspensión del Contrato

111.1 El Contrato de APP se suspende por las siguientes causales:

1. En caso de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor que impidan la ejecución del Contrato o prestación de servicios.
2. Cuando se produzca una destrucción parcial de la infraestructura pública o de sus elementos, de modo que resulte imposible su utilización por un determinado período en los términos señalados en el Contrato correspondiente.
3. Por cualquier otra causal convenida en el Contrato.

111.2 La suspensión extiende el plazo del Contrato de APP por un período equivalente al de la causa que la originó, salvo disposición contraria en el Contrato.

111.3 Durante el período de suspensión del Contrato de APP se interrumpe el cómputo del plazo de vigencia del Contrato. El Contrato debe incluir los mecanismos para establecer la continuidad del proyecto.

Artículo 112. Terminación

112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato.

112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

1. Cumplimiento de plazo del Contrato.
2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.
3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.
4. Acuerdo de las partes.
5. Resolución por parte del Estado por razones de interés público.
6. Destrucción total de la infraestructura pública.
7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.

112.3 Cuando el Contrato termine por causa imputable al Inversionista, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo Contrato, el Contrato debe establecer que no procede indemnización a favor del Inversionista, por concepto de daños y perjuicios.

56. La concesión es una modalidad de participación de la inversión privada. El contrato de concesión posee ciertas particularidades: por un lado, se encuentra el interés público, canalizado por la oferta del Estado respecto a un bien o servicio; y, por otro lado, está el interés privado en busca de beneficio económico. En ese sentido, las obligaciones referidas al deber de continuidad del servicio, su mantenimiento y la contraprestación económica (cobro de tarifas) en los contratos de concesión otorgan incentivos para que ambas partes cumplan sus obligaciones. De esta manera, la interacción de ambos intereses beneficia a los usuarios.
57. De ahí que se puede afirmar que el cobro de la tarifa de peaje en los contratos de concesión de infraestructura vial permite a las empresas concesionarias recuperar las inversiones ejecutadas como parte de sus obligaciones contractuales, así como ejecutar las disposiciones relacionadas con la operación de mantenimiento de las vías de acuerdo con los niveles de servicio establecido en el contrato de concesión.
58. En esta relación, las reglas y cláusulas aplicables son determinadas por el Estado, en parte por la naturaleza de los bienes y servicios sobre los que se acuerda. Esta situación guarda sentido con los fundamentos precedentes, en tanto que la propia Constitución (artículo 58) encomendó al Estado su actuación en el área de promoción de la infraestructura.
59. En el marco de esta promoción e incentivo de la inversión privada, además, se reconoce la posibilidad de firmar convenios de estabilidad jurídica, que representan seguridades que otorga la administración pública a la inversión privada. Así, el artículo 25 del Decreto Legislativo 1362 dispone lo siguiente:

25.1 De acuerdo con lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones al amparo del presente Decreto Legislativo, las seguridades y garantías que, mediante decreto supremo, en

cada caso, se consideren necesarias para proteger sus inversiones, de acuerdo con la legislación vigente.

25.2 Tratándose de contratos de Asociación Público-Privada, resulta aplicable lo previsto en el artículo 19 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

60. La firma de estos convenios de estabilidad jurídica tiene sustento en el artículo 62 de la Constitución, el cual dispone que “mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

61. Este Tribunal entiende el contrato-ley de la siguiente manera:

Es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, concediéndoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y brinda seguridades; y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste (Sentencia 0005-2003-AI/TC, fundamento 33).

62. Estos convenios se sustentan en la necesidad del Estado de promover las inversiones privadas en determinadas áreas. Al analizar los contratos-ley, este Tribunal sostuvo, en la Sentencia 0005-2003-AI/TC, lo siguiente:

[...] el contenido de los contrato-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público [...]. Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público (fundamento 34).

En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no solo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que componen el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley como las cláusulas de este último.

Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de

dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general para todo término contractual, “éstos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” (fundamento 35).

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31018

63. El artículo 62 de la Constitución señala lo siguiente:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

64. Este Tribunal entiende el citado artículo del siguiente modo (Sentencia 003-2004- AI/TC, fundamento 13):

[D]e una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62º de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, “no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” [STC 005-2003- AI/TC: Caso Contrato - Ley con Telefónica].

65. Asimismo, realizando una interpretación teleológica de esta norma constitucional, este Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

A entender de este Tribunal Constitucional, esta tiene por finalidad garantizar la eficacia del derecho a la libertad contractual dentro de los límites establecidos por la ley. En efecto, el ordenamiento jurídico reconoce a las personas un amplio margen de libertad para realizar pactos que constituyan *ley entre las partes*. Si el Estado interviniera las relaciones contractuales modificando sus términos a través de disposiciones normativas de carácter general –como efectivamente ocurrió en el Perú en décadas pasadas–, la libertad contractual podría quedar disminuida o, inclusive, vaciada por completo de contenido. La parte pertinente del artículo 62 de la Constitución, sin embargo, se configura como una garantía idónea para remover ese riesgo asegurando que sean las partes del contrato y no terceros ajenos a la relación jurídica en cuestión, quienes tengan la última palabra respecto a su contenido (Sentencia 006-2012-PI/TC, fundamento 27).

66. La Ley 31018, objeto del presente proceso de inconstitucionalidad, establece lo siguiente:

Suspéndese con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio.

67. Un primer problema que advierte este Tribunal es el referido a la finalidad de la ley, pues una es la señalada en su texto y otra distinta la que indican sus autores y defensores.
68. En efecto, la ley impugnada dice que su finalidad es “evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19”. Sin embargo, las e posiciones de motivos de los proyectos de ley que la originan señalan objetivos distintos.
69. Así, la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4951/2020-CR manifiesta lo siguiente:

[...] es de imperiosa necesidad legislar, con el objetivo de **asegurar el tránsito, sin restricciones**, a nivel nacional, de los profesionales comprometidos con la emergencia sanitaria, así como aquellos que velan por el orden, la seguridad y la higiene de la población [énfasis añadido].

70. Por su parte, la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4985/2020-CR indica lo siguiente:

Ante la emergencia sanitaria la suspensión del cobro de peajes es una medida que permite contribuir y **facilitar el paso de las personas** que prestan algún servicio al Estado, o a las que están obligadas a asistir a sus centros de labores, siempre y cuando estén autorizadas. La iniciativa permitirá el **tránsito de los vehículos** de instituciones y empresas responsables de transportar alimentos, medicinas, combustible, carga y mercancías, sin hacer pago alguno por concepto de peaje [énfasis añadido].

71. A su turno, el apoderado del Congreso de la República, en el punto 127 de la contestación de la demanda de autos, afirmó que la suspensión temporal del pago de peaje en la red nacional concesionada tiene por objeto garantizar el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustible en el territorio nacional. En la audiencia pública del 12 de agosto de 2020, se le consultó al procurador del Congreso si esto significa que, sin la suspensión del cobro del peaje, dicho abastecimiento corría el peligro de interrumpirse. Ante ello, este respondió afirmativamente, pues con esta medida se facilita la “transitabilidad de la vía”, promoviendo el transporte de alimentos, medicamentos y otro tipo de productos indispensables durante el estado de emergencia (cfr. del minuto 108 a 109 de la audiencia pública).

72. Este Tribunal no podría, en un exceso de formalismo, limitarse a aceptar lo que la ley impugnada señala como su finalidad; pues, más allá de su texto, esta ley tiene una finalidad real o material, como se evidencia en las citas precisadas anteriormente: “asegurar el tránsito, sin restricciones” (Proyecto de Ley 4951/2020-CR), “facilitar el paso de las personas” y “permitir el tránsito de los vehículos de instituciones y empresas” (Proyecto de ley 4985/2020-CR), y facilitar la “transitabilidad de la vía” (apoderado del Congreso de la República).
73. Esto permite concluir que la ley impugnada busca, en realidad, otorgar un beneficio económico a las actividades de transporte –las cuales no se han detenido durante el estado de emergencia–, consistente en eximir las del pago del peaje, no obstante, el uso de la red vial concesionada.
74. Este Tribunal aprecia que, en ninguno de los proyectos de ley que origina la ley impugnada, existe algún sustento de cómo la medida de suspensión del cobro de peaje coadyuvará a la mitigación de la pandemia del COVID-19.
75. En cualquier caso, el cobro de peaje durante la pandemia representa un “riesgo mediano de e posición”, según el Ministerio de Salud en su Informe 403-2020- OGAJ-MIN-SA, del 19 de mayo de 2020, donde se indica lo siguiente (anexo 1-I de la demanda):

[...] el nivel de riesgo para los cobradores de peaje es similar al de los cajeros de un supermercado [...]. Sin embargo, a diferencia de estos, el chofer y el cobrador de peaje están en dos ambientes separados por un espacio abierto y ventilado, que en buena medida protege a ambos contra el intercambio directo de secreciones. El riesgo por contacto físico directo o través del dinero persiste.

Tomando en cuenta las características de su trabajo y de acuerdo a los Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19 del Ministerio de Salud, los cobradores de peaje son considerados como trabajadores con “Riesgo mediano de exposición”. Los mencionados lineamientos también especifican el tipo de medidas de protección que estos trabajadores deben usar, el que consta únicamente de mascarilla quirúrgica. Esto no excluye la posibilidad de que los cobradores de peaje usen medidas adicionales de protección, tales como, protectores de ojos, escudos faciales o láminas transparentes rígidas que sirvan de barrera entre ellos y los choferes. Adicionalmente, la desinfección frecuente de manos y dinero reducirá el riesgo de que estos transmitan el virus entre choferes y al cobrador. Estas medidas ya se vienen utilizando con eficiencia en algunos supermercados.

76. Corresponde, ahora, analizar la parte dispositiva de la ley impugnada, la cual comprende los siguientes puntos:
- Suspender el cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial concesionada nacional, departamental y local.
 - Esta suspensión no causará ni generará derecho compensatorio.

77. Respecto a los peajes de las redes viales concesionadas, el demandante indica que “actualmente se encuentran en operación dieciséis (16) concesiones viales, de las cuales seis (6) son autofinanciadas y diez (10) cofinanciadas [...]”.

78. El demandante ha precisado que, desde 1979 y actualmente por el Decreto Legislativo 1328 (artículo 1)

los vehículos de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú, el Instituto Nacional Penitenciario, las compañías de bomberos y las ambulancias están exoneradas del pago de peaje en las redes viales. Esta exoneración rige tanto para las carreteras concesionadas como no concesionadas. Se trata, asimismo, de exoneraciones que no son transitorias sino de carácter permanente y que cuentan con una justificación expresa en la norma que las establece.

79. No obstante, el demandante también señala lo siguiente:

un supuesto distinto al de la exoneración permanente en el cobro de peajes es la suspensión temporal del mismo. Sobre esta materia no existe un marco legal específico que lo regule de forma general. En el caso de las vías no concesionadas esta materia es abordada a partir de las disposiciones que emite el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mientras que **en el caso de las vías concesionadas corresponde acudir al contenido de los contratos de concesión para identificar los supuestos en los cuales puede producirse y los procedimientos a seguir para tal efecto** [énfasis añadido].

80. Conforme a ello, en el caso de las concesiones viales autofinanciadas, el demandante señala que, el 31 de marzo de 2020, el MTC remitió sendas comunicaciones a los seis concesionarios autofinanciados, donde les solicitaban

alguna acción frente al pedido de los transportistas de carga de no cobrar la tarifa del peaje, recibiendo una respuesta negativa. Dichos concesionarios señalaron que ya se estaban viendo afectados con el tráfico disminuido por las medidas del Estado frente a aislamiento social y una suspensión total del peaje durante el Estado de Emergencia Nacional, por más que sea temporal, generaría contingencias económicas a la concesión, como incumplimiento en la cadena de pagos a sus trabajadores, pagos de financiamiento, así como incumplimientos en sus obligaciones de operación y mantenimiento.

Asimismo, el demandante puntualizó lo siguiente: “Como se aprecia, en el diálogo para la suspensión del cobro de peaje en las concesiones autofinanciadas tampoco se consideró que la misma fuera para evitar el contagio del Covid-19 o fortalecer el aislamiento obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo”.

81. Todo esto permite que el demandante concluya lo siguiente:

[...] la suspensión del pago del peaje establecida por la Ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios, es decir,

un incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Estado peruano. El mencionado incumplimiento limita al concesionario para cumplir con sus deberes de mantenimiento de las obras viales, en tanto que se trata de un contrato de prestaciones recíprocas. En el caso de los contratos autofinanciados, el cobro de peaje constituye el mecanismo de recuperación de la inversión, por lo que su suspensión pone en peligro la sostenibilidad de la infraestructura; es decir el mantenimiento, la operatividad, conservación y transitabilidad en las vías concesionadas no estaría garantizada, lo cual compromete la seguridad de los usuarios y el cumplimiento de los niveles de servicio aplicables.

82. Respecto al mandato de la ley impugnada de que la suspensión del cobro de peaje “no causará ni generará derecho compensatorio”, el demandante sostiene lo siguiente:

[La] afectación al artículo 62 de la Constitución Política del Perú se materializa por cuanto la Ley 31018 desconoce que cada contrato de concesión regula distintos mecanismos compensatorios que los concesionarios pueden activar, pues se estaría dejando de lado los términos ya estipulados en los contratos de concesión que permiten afrontar los riesgos ocurridos en la ejecución del contrato, tales como las garantías tarifarias o el restablecimiento del equilibrio económico financiero.

Sobre esto último, el Equilibrio Económico Financiero es particularmente relevante en los contratos de APP, en la medida que persigue una doble finalidad: (i) se busca otorgar una protección adecuada al inversionista en caso de daños ocasionados por cambios normativos (es decir tendrá un fin compensatorio) y (ii) se garantiza la continuidad del proyecto de infraestructura o servicios públicos, dado que, al existir una compensación adecuada, se preserva la finalidad económica del contrato y se suprime cualquier incentivo para promover su resolución.

83. En relación con las medidas de equilibrio económico financiero afectadas por la ley impugnada, los señores Natale Amprimo Plá, César Ochoa Cardich, Carlos Rodríguez Manrique y Eduardo Joo Garfias (*amicus curiae*) han señalado lo siguiente:

Incluso en el supuesto negado [de] que el legislador hubiera pensado en [la] protección sanitaria [...], **ello tampoco explicaría el PORQUÉ SE LES IMPIDE A LOS CONCESIONARIOS PODER ACTIVAR LAS MEDIDAS DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO que prevén sus contratos**, actuaciones económicas que, como resulta evidente, **NADA TIENEN QUE VER CON LA ACTIVIDAD FÍSICA DE COBRAR UN PEAJE**; actividad que se habría querido restringir en una SUPUESTA salvaguarda de la salud de las personas involucradas en la misma.

84. A ello hay que sumar que el presidente de la República, en el punto 18 de su observación a la autógrafa de la ley impugnada (Oficio 043-2020-PR, del 29 de abril de 2020), se refiere a los contratos de la red vial concesionada como “contratos ley”, “por

los cuales –dice– el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no pueden ser modificadas legislativamente”⁴.

85. Los terceros del presente proceso de inconstitucionalidad también lo han señalado así. En efecto, las cuatro empresas concesionarias recurrentes señalan tener contratos-ley con el Estado, en virtud del Decreto Ley 25570 (artículo 2) y, respectivamente, los Decretos Supremos 124-2005-EF, 180-2009-EF, 192-2010-EF y 008-2013-EF (cfr. pp. 67-71 de su escrito). Por ello, concluyen lo siguiente:

[...] en el caso de todos y cada uno de los Concesionarios Recurrente, el alcance de las garantías que nos fueron otorgadas por el Estado Peruano mediante los respectivos Contratos de Garantías (Contrato- Ley) es el de todas las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en nuestros respectivos Contratos de Concesión. En consecuencia y en aplicación de la naturaleza de Contrato-Ley que corresponde a cada uno de nuestros Contratos de Garantías, ninguna de las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente pueden ser modificadas (suspendidas, inaplicadas o, de cualquier forma, alteradas) por lo que disponga una ley posterior.

86. A partir de todo lo revisado, este Tribunal debe concluir que la Ley 31018 vulnera el artículo 62 de la Constitución. Esta ley viola la libertad contractual, al suspender el contenido contractual pactado por las partes relativo al cobro de peajes, pese a que los vehículos usan las carreteras concesionadas y lo han realizado aun en los momentos más estrictos del estado de emergencia por la pandemia del COVID-19.
87. Como ya se ha revisado, la ley impugnada es, en realidad, un beneficio económico otorgado a las actividades de transporte, consistente en eximir las del pago de peaje. Sin embargo, al conceder tal beneficio, la ley viola el mandato del artículo 62 de la Constitución, conforme al cual los términos contractuales no se pueden modificar por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.
88. A ello se debe sumar que la ley impugnada infringe también la Constitución al prohibir la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada, desconociendo los derechos, las obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión.
89. Por último, este Tribunal aprecia que la Ley 31018 interviene en contratos de concesión que son contratos-ley. Así, desacata el mandato del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, según el cual estos “no pueden ser modificados legislativamente”.
90. En consecuencia, para este Tribunal, la ley cuestionada no solo vulnera las garantías contractuales de los concesionarios, actuando de modo expresamente prohibido por el

⁴ Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/AUOB04951-20200429.pdf>. Consulta: 19 de agosto de 2020.

artículo 62 de la Constitución, sino que también afectaría la continuidad de los servicios vinculados al mantenimiento y desarrollo de la infraestructura vial, en perjuicio de los usuarios del servicio.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ley 31018, “Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19”.
2. **ESTABLECER**, como interpretación constitucional de obligatoria aplicación, que las sesiones virtuales del Congreso de la República serán conformes con la Constitución siempre y cuando se interprete que los artículos 27-A, 51-A y demás relacionados con las sesiones, deliberaciones y votaciones comprendidas en los procedimientos parlamentarios del Reglamento del Congreso, garantizan los siguientes aspectos:
 - a. el carácter público, abierto y transparente de los debates virtuales;
 - b. la participación sin restricciones, la libre deliberación, y el voto personal, directo y público de cada congresista; y
 - c. el carácter indelegable del voto.

Dado el carácter no retroactivo de la presente sentencia, la interpretación mencionada será obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Publíquese y notifíquese.

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

PONENTE FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. Consideraciones generales

Coincido con el sentido de la sentencia, pero he decidido además elaborar el presente fundamento de voto. Ello a pesar de que en nuestro país alguien reprobió la elaboración de fundamentos de voto, y hasta despectivamente habló de una suerte de soberbia de quienes los elabora. Con todo respeto, nada más lejano de nuestra realidad, la cual quien hizo esa afirmación parece desconocer. Ciertamente es que en países como Alemania o Italia son reacios a aceptar votos discrepantes (votos singulares) o fundamentos de voto (votos concurrentes en el sentido de lo resuelto, pero con diferencias en la sustentación de la postura asumida), pero cierto es también cómo en otras altas cortes se aceptan pacíficamente el uso de estos votos.

Y ello tiene una clara justificante. La decisión de quien tiene autoridad debe estar debidamente motivada, para así ser debidamente comprendida en todos esos alcances. Y en un contexto donde las pautas de la interpretación constitucional y el Estado Constitucional no necesariamente son conocidos por la ciudadanía, la motivación del sentido de cada juez(a) o magistrado(a) cuenta, además de otros rasgos, con una función de docencia en materia constitucional, y sobre todo en temas que, en rigor, deberían ser entendidos por todas las personas. Ello sobretodo en un contexto en el cual la configuración de la toma de decisiones judiciales debería ser dialógica (o, dicho con otras palabras, con la participación informada de todas las personas que resultan involucradas).

En ese tenor que, por lo menos en contextos como el norteamericano o el peruano, las altas cortes vinculadas con las labores propias de la jurisdicción constitucional (interpretación-concretización constitucional; formulación de respuestas conforme a los parámetros constitucionales y convencionales.; y control de constitucionalidad y convencionalidad), admiten y hasta promueven la existencia de votos singulares y de fundamentos de voto. Es pues en ese entendimiento que paso a desarrollar el fundamento de voto correspondiente.

II. El uso de competencias de oficio

Cuando una persona lee la presente sentencia, se encuentra con que el demandante centró su interés en un aspecto “de fondo” (en rigor, concepto vinculado al contenido y objeto de la pretensión planteada), y, sin embargo, el Tribunal comienza pronunciándose sobre un problema “de forma” (en puridad, acerca de los diversos elementos y condiciones de la acción planteada). En esto no hay mayor irregularidad, sino un adecuado ejercicio de la función que corresponde a cada juez(a) constitucional.

Me explico: y es que al juez(a) constitucional le corresponde concretizar la Constitución. Puesto en otros términos, garantizar que en una comprensión en abstracto (en el

caso del control abstracto de normas en un proceso de inconstitucionalidad) o a propósito de una situación específica, una acción o una omisión determinada (en el caso del control concreto, como puede darse en un habeas corpus o un amparo) de cualquier precepto normativo o cualquier actuación en omisión, debe responder o entenderse de acuerdo a parámetros constitucionales.

Aquello involucra que, cuando se invoca la actuación de un juez o jueza, la tarea de esos(as) juzgadores(as) sea la de garantizar una interpretación conforme a la Constitución de aquello que se ha puesto en su conocimiento.

El juez(a) constitucional no cumpliría su misión si, habiéndosele pedido que comprenda una norma, acto u omisión conforme a la Constitución, deje de pronunciarse sobre si otros aspectos de norma, acto u omisión cuestionada es inconstitucional, o si solamente podría entenderse como constitucional una disposición si es que se acoge uno de los significados que puede deducirse de la norma, acto u omisión cuestionados, descartando otras opciones.

Es más, no debe olvidarse que el primer ejercicio de la interpretación conforme a la Constitución y el control de constitucionalidad (en este caso dentro de la modalidad conocida como control difuso) es la histórica frase del famoso caso “*Marbury versus Madison*”, en el cual la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de oficio y no a pedido de parte detecta que los preceptos de una ley (Judiciary Act) no admite una interpretación conforme a la Constitución, y por ende, debe ser declarada inconstitucional.

Eso es precisamente lo que ha pasado en este caso. Eso es lo que hacemos cuando como integrantes del Tribunal Constitucional del Perú hemos tenido que revisar la norma impugnada, encontramos un aspecto inconstitucional o sospechoso de inconstitucionalidad inicialmente no demandado (como en este caso, un procedimiento de configuración las decisiones tomadas en el Congreso de la República). Por ende, no podíamos evitar pronunciarnos al respecto. Era más bien nuestro deber.

El juez(a) constitucional tiene además límites en el ejercicio de sus competencias. No es, como pomposamente se dijo alguna vez “un comisario del poder constituyente en funciones”. Su labor es la de, como poder constituido que es, desempeñarse como un(a) intérprete calificado(a) entre otros intérpretes vinculantes de la Constitución, con la diferencia que le toca efectuar una interpretación de cierre o final dentro de cada ordenamiento estatal. Luego, vendría, si se quisiese, o si no se cuenta en el ordenamiento estatal antes mencionado con una fórmula idónea de tutela, una discusión ante órganos convencionales.

III. El juez(a) constitucional interpreta una Constitución respetando sus preceptos y sus valores, dejando de lado sus muy respetables consideraciones personales

Como ya aquí se ha señalado, el juez(a) constitucional debe interpretar (concretizar) una Constitución. Aun cuando se critica que pueda darse una interpretación absolutamente

objetiva (o, dicho de otra forma, sin alguna carga subjetiva), lo cierto es que la tarea del juez(a) constitucional es interpretar, concretizando, una Constitución, Constitución cuyos alcances implícitos o explícitos no puede desconocer.

Y es que el juez(a) constitucional es intérprete de un texto que refleja el pacto o consenso propio de una Constitución (salvo que esta Constitución tenga una connotación semántica, siguiendo los términos de Loewenstein). El juez(a) constitucional no es un intérprete (y menos aún un defensor) de sus propias, y por cierto, muy respetables convicciones. Puede o no gustarle alguna institución recogida en el texto constitucional, pero en el ejercicio de su labor no podrá desconocer su existencia, sino más bien estará obligado a defenderla y preservar sus alcances.

IV. Los problemas existentes en la denominada “inconstitucionalidad formal”

Aunque no se haya tratado de un aspecto denunciado por el demandante al juez(a) constitucional, rápidamente se detectan problemas de constitucionalidad en la configuración de leyes como la que aquí se impugna. Por ende, debemos ser claros: cuando un Tribunal Constitucional cuestiona un procedimiento o una actuación del Congreso, no está invadiendo las competencias de este importante organismo estatal

Lo que ocurre en estos casos es diametralmente distinto: el Tribunal se limita a hacer su labor de interpretación vinculante y control de constitucionalidad, y en ese sentido, no impone a otros organismos estatales cómo actuar, sino que les señala, pues ese es su deber, cómo deben materializar su quehacer para así no vulnerar el parámetro constitucional que todos (Gobierno, Congreso, otros organismos y la ciudadanía) nos hemos comprometido a defender y cumplir.

Es más, conviene tener presente que el pronunciamiento del Tribunal en estos casos, en principio, no cuenta con un carácter retroactivo. Lo realizado previamente a su pronunciamiento, y sus consecuencias, están protegidos por una presunción de constitucionalidad. La sentencia emitida por el Tribunal que establece algunos cuestionamientos al procedimiento parlamentario utilizado solamente tiene efectos para situaciones posteriores a su emisión y publicación. No funciona como una declaración de un organismo jerárquicamente superior sobre la actuación de otro, pues la relación Tribunal – Congreso es una de competencia y no de jerarquía. Es parte de lo que algunos llaman el control de regularidad constitucional que corresponde a todo juez(a) constitucional.

Luego de esta información anotar cuáles son las pautas incompatibles con la Constitución en las cuales se ha incurrido cuando se ha aprobado la ley aquí impugnada.

Y es que, tal como lo ha dicho esta misma composición del Tribunal Constitucional en la STC 0001.2018-PI/TC, (caso modificación del Reglamento del Congreso sobre regulación de los grupos parlamentarios), fundamento 28, las decisiones en el Estado Constitucional en general, y el Congreso en particular, deben fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en

ella cuentan con los datos necesarios que le permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.

Es aquí donde el análisis de los artículos 51 A (que establece procedimiento virtual) y 27 A (traslado de la votación a portavoces) complica aceptar su constitucionalidad. Se comprende que hay que adaptarse a situaciones generadas por la actual pandemia, pero no se puede justificar dejar en los hechos fuera del debate parlamentario a quienes siendo congresistas no son portavoces. Ello, por ejemplo, hoy no ocurre con el trabajo también de Congresos o Parlamentos de otros países, varios de ellos latinoamericanos

Y es que el espacio del Congreso es el de la deliberación abierta y transparente. No resulta entonces correcto en la línea, por ejemplo, la realización de debates congresales de madrugada, cuyo desarrollo pocos pueden ver. Tampoco lo es abusar del uso de la dispensa del trámite de comisiones o de la lectura del acta, máxime si se cuenta con un Congreso unicameral (y en este caso, además, cuando no se remite a comisiones un proyecto observado por el Presidente y se opta por la insistencia). Tampoco es adecuado que, existiendo un canal del Congreso, solamente se de a conocer el debate de algunas comisiones y no de otras. No debe perderse de vista que las sesiones reservadas son excepciones que deben estar suficientemente justificadas, y que las exoneraciones de trámite de comisión o de lectura del acta son, de acuerdo con lo dicho por este Tribunal en la STC 12-2018-PI/TC, situaciones de excepción, pues la regla en la actuación congresal es la deliberación amplia, e incluso con convocatoria de quienes sin ser congresistas pueden verse afectados por una decisión tomada por el Congreso.

No puede además confundirse la dinámica de una Junta de Portavoces, en principio destinada a generar acuerdos de política institucional o administrativa, en un espacio que sustituya la decisión de ciento treinta congresistas, máxime si, como aclara la ponencia, hay medios técnicos que permiten conocer lo que los/as congresistas aportan al debate. Debe además tenerse presente que los(as) congresistas, los cuales pueden ser parte de una bancada, no están sujetos a mandato imperativo. Su capacidad de participar en sesiones y votar es indelegable.

El Congreso más bien debe caracterizarse por una dinámica dialógica, en cuyas discusiones, insisto, en la medida de lo posible deben participar todos los actores involucrados en las materias debatidas. El Congreso no está para hacer muchas leyes (muchas de ellas sin contenido relevante), sino para dar buenas leyes, con un amplio debate y en temas realmente relevantes.

Los elementos de inconstitucionalidad en el procedimiento parlamentario seguido son evidentes. Ahora bien, la materialización de cómo actuar sobre ellos se da aquí a través de una sentencia interpretativa, mecanismo utilizado en este caso, y sobre el cual pasaré a realizar una breve reseña.

V. Las sentencias interpretativas y su uso en el presente caso

La labor de un juez(a) constitucional es especialmente compleja. Uno de los factores que genera esa mayor dificultad es el carácter de los textos a interpretar

Y es que los textos constitucionales (y en muchos casos incluso los legales y los de normas de menor rango) no solamente permiten una comprensión. Recurriendo a la siempre útil distinción que hizo Guastini entre disposición y norma, podemos decir, que tanto las disposiciones constitucionales como las del Reglamento del Congreso (normas con rango de ley) tienen diferentes comprensiones o sentidos normativos.

Es por ello que, tratándose de las disposiciones del Reglamento del Congreso, debiera tenerse en cuenta que las mismas pueden contar con diferentes comprensiones o sentidos normativos. Así la lectura de los artículos 51 A y 27 A del Reglamento del Congreso (sobre todo si se los interpreta de manera conjunta o sistemática) pueden llevar a comprensiones y a prácticas en contra de la Constitución.

Es entonces el momento de resaltar un elemento básico de la interpretación constitucional; la del criterio de presunción de constitucionalidad de las normas, actos y omisiones, las cuales se asumen en principio constitucionales mientras haya en ellos una comprensión o un sentido que salve su constitucionalidad.

En ese contexto es que aparecen las denominadas sentencias interpretativas, cuyo objetivo es el de salvar la constitucionalidad de una o varias disposiciones, sobre todo las de rango legal.

Como bien conocemos, hay sentencias interpretativas que incluso son de tipo manipulativo, lo cual a su vez incorpora a las sentencias aditivas, reductoras y sustitutivas. Pero también están las denominadas sentencias interpretativas propiamente dichas, en donde el intérprete (juez(a) constitucional) señala, de manera vinculante, que solamente una de las múltiples interpretaciones es la conforme a la Constitución, y por ende, la interpretación a seguir.

Eso es justamente lo que ha hecho el Tribunal Constitucional peruano en este caso: determinar que, para salvar la constitucionalidad de lo aprobado por el Congreso, este importante organismo tiene que seguir ciertos recaudos, en lo que bien podría llamarse una sentencia interpretativa aditiva (se colocan o demandan la existencia de ciertos presupuestos a cumplir que salven la constitucionalidad de la norma impugnada). Esta es una práctica frecuente no solamente en nuestro tribunal, sino también en otros tribunales constitucionales del mundo.

VI. Apuntes sobre aspectos del objeto y contenido de la pretensión sobre la finalidad de la ley dictada y sus consecuencias

Pasando entonces al análisis del objeto y contenido de lo discutido, los denominados “temas de fondo”, abordaré lo referente a la finalidad de la ley impugnada. Debe tenerse presente que en su momento se sostuvo que la finalidad alega de dicha norma es la de evitar la propagación del COVID. Con todo respeto, esa alegación, de ser la que realmente sustenta la medida tomada, no suporta un juicio de proporcionalidad.

Explico entonces el sentido de mi razonamiento: si lo que quería evitar era el contacto entre el personal de peajes y quienes vengan conduciendo el vehículo que en ese momento

se acerque a la caseta de peaje, sin duda había más posibilidades menos gravosas a las cuales recurrir como el pago por vía electrónica, por citar un ejemplo.

Sin embargo, el asunto es en realidad más delicado. Y es que si se revisa la contestación de la demanda y lo señalado por el señor procurador en la audiencia de vista de la causa, se apunta más bien a buscar favorecer a un grupo de transportistas exonerándole de pagar peaje, costo que por cierto ya estaba incluido entre los gastos que tenían que hacer esos transportistas.

Ahora bien, si esa es la verdadera finalidad, exonerar del pago de peajes en rutas concesionadas (sean cofinanciadas o autofinanciadas), ello ya genera otro problema, abordado en la sentencia, vinculado a lo señalado en el artículo 62 de la Constitución en sus dos párrafos, y especialmente en el segundo. A eso pasará el presente análisis a continuación.

VII. Lo que se quiere afectar: un contrato ley que recoge una concesión sobre vías a particulares

Nuestro actual texto constitucional incluye un artículo como el 62, el cual tiene dos párrafos clave. El principio apunta a tutelar la permanencia de los contratos. El Tribunal, para estos casos, ha respetado esa vocación de no modificar los contratos mediante leyes. Sin embargo, ha admitido que tiene que leerse en forma sistemática con el artículo 2 inciso 14), que reclama la posibilidad de contratar, siempre que no contravengan leyes de orden público (caso Municipalidad de Maynas, por ejemplo).

Sin embargo, justo es recordar que la situación esté mucho más acotada en el supuesto recogido en el segundo párrafo del artículo 62, el cual consagra la fórmula del contrato- ley, que establece una clara limitación a que se pueden dictar leyes para modificar su contenido. La modificación de esos contratos-ley es exclusiva responsabilidad de las partes que lo han suscrito: el Estado (en rigor, el Gobierno de turno) y el concesionario. Las concesiones sobre las cuales se planteaba el impedimento de cobro de peaje habían sido celebradas mediante contratos leyes

La dación de la ley impugnada es inconstitucional, pues va contra lo previsto – nos guste o no – en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución. Es más, el incumplimiento de lo acordado con los concesionarios genera responsabilidades al Estado peruano. Dicho en términos más simples, va a producir una irresponsabilidad contractual, que buscará remediarse en sede nacional o internacional.

El incumplimiento de los contrato-ley con los concesionarios es, además, una potencial situación de generación de gasto, situación a la cual constitucionalmente no está habilitado el Congreso, de acuerdo con el artículo 79 de la Constitución. No desconozcamos además los riesgos que nos produciría incumplir las obligaciones propias del hoy denominado Derecho Internacional de las inversiones.

VIII. Una última reflexión: sobre los alcances del artículo 137 de la Constitución y una recomendación sobre la temporalidad de los estados de emergencia

El Gobierno, en su demanda, planteaba que el Congreso, al dictar la ley impugnada, alegaba que se habían invadido sus competencias y violado el artículo 137 de la Constitución. Respetuosamente no comparto esa afirmación. Ello en mérito a dos consideraciones: la primera, que la existencia de un Estado de Excepción en aplicación del artículo 137 de la Constitución no impide el ejercicio de la capacidad legislativa del Congreso, dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico ha establecido para esa actividad legisferante. La segunda apunta a que el hecho que el Congreso dicte leyes durante la vigencia de un Estado de Excepción no limita la competencia del Gobierno de declarar Estados de Excepción y dictar medidas a su amparo.

De otro lado, y si bien en el Perú no está reconocido el control jurisdiccional absoluto de un estado de excepción (revisión judicial de la declaratoria de un Estado de Excepción y de las medidas concretas tomadas a su amparo), se reconoce un control parcial, dirigido a las medidas dadas dentro del marco de un estado de excepción, sea un Estado de Emergencia o un Estado de Sitio.

Ahora bien, y en cualquier caso, no conviene perder de vista que, debido a su carácter excepcional, la declaratoria de un Estado de Emergencia (o de Sitio) y las medidas tomadas a su amparo son temporales. Si la coyuntura dentro de un Estado en particular amerita medidas diferentes y con vocación de permanencia, cabe preguntarse si se sostiene mantener una declaratoria de un Estado de Excepción, o lo que procede es el dictado de una nueva normativa. No olvidemos nunca que una característica central de un Estado de Emergencia, un Estado de Sitio y de las medidas tomadas durante su vigencia es la de la temporalidad.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00011-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5 de noviembre de 2019

Caso de la importación de plaguicidas químicos de uso agrícola

**MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS
c.
PODER LEGISLATIVO**

Asunto

**Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 30190,
“Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba
la Ley General de Sanidad Agraria”**

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

DISPOSICIÓN IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Artículo 3 de la Ley 30190, “Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria”	Constitución: - artículo 2, inciso 2 - artículo 2, inciso 22 - artículo 7 - artículo 55 - artículo 63 - artículo 103 - artículo 105 - artículo 139, inciso 2 Reglamento del Congreso: - artículo 53 - artículo 73 - artículo 77 - artículo 78

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B.1 Argumentos de la demanda

B.2 Contestación de la demanda y otra intervención procesal

B.3 Intervención de Senasa

II. FUNDAMENTOS

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

§2. Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad formal

2.1. Sobre la modificación de la fórmula legal en el marco del debate en el Pleno del Congreso

2.2. Sobre las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces y la Ampliación de la agenda del Pleno

2.3. Sobre la determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley

§3. Sobre los alegados vicios de inconstitucionalidad material

3.1. Principales antecedentes normativos y actual regulación de la figura del agricultor-importador-usuario (aiu) en el Perú

- 3.2.** Uso y consecuencias de la aplicación de los PQUA en el Perú
- 3.3.** Compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en materia de PQUA
- 3.4.** Sobre la alegada vulneración de los derechos constitucionales a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y a la protección de la salud
- 3.5.** Sobre la alegada vulneración de la igualdad ante la ley y la proscripción de leyes especiales por razón de la diferencia de personas
- 3.6.** Sobre la alegada vulneración de la igualdad de trato entre la inversión nacional y la extranjera
- 3.7.** Sobre la alegada vulneración del artículo 55 de la Constitución Política de 1993 y de la garantía de la cosa juzgada
- 3.8.** Sobre la alegada vulneración de la prohibición de avocamiento a causas pendientes

III. EFECTOS DE LA SENTENCIA

IV. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de noviembre de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de Pleno de 25 de mayo de 2016 y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 8 de abril de 2015, 5068 ciudadanos, representados por don Rafael Angiolo Ricci Calle, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 30190, que modifica el Decreto Legislativo 1059, que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria, por contravenir supuestamente los incisos 2 y 22 del artículo 2 y los artículos 7, 55, 63, 103, 105, y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución.

Por su parte, con fecha 22 de enero de 2016, el Congreso de la República, a través de su apoderado, contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. Debate constitucional

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad del artículo legal objetado que, resumidamente, se presentan a continuación:

B.1. Argumentos de la demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Los demandantes alegan que el artículo 3 de la Ley 30190 es inconstitucional por la forma, por cuanto contraviene el procedimiento de formación de las leyes estipulado en el artículo 105 de la Constitución, según el cual ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la comisión dictaminadora, entre otras presuntas irregularidades en el procedimiento legislativo de aprobación de dicha disposición. En concreto, los demandantes sostienen lo siguiente:
 - a. El artículo 3 de la Ley 30190 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria, sino que el texto fue incorporado el mismo día de su aprobación sin que tenga ninguna

relación con lo que previamente se había discutido y analizado en dicha comisión.

- b. El mismo día de la aprobación en el Pleno de la Ley 30190, la Junta de Portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno.
- c. La aprobación del artículo 3 de la Ley 30190 no siguió el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como cualquier otro proyecto de ley, con el correspondiente estudio y debate no solo en la Comisión Agraria, sino también en la Comisión de Salud y en la Comisión de Medio Ambiente.
- En cuanto al contenido del artículo cuestionado, los demandantes alegan que, en razón de su aplicación, los sujetos que no desarrollen cultivos o aquellos que importen plaguicidas químicos de uso agrícola (PQUA) con propósito de comercialización deberán seguir un procedimiento distinto y más exigente que aquel que el artículo 3 prevé para el caso de los agricultores que importen directamente dichos plaguicidas para consumo propio.
- Así, sostienen que el énfasis de esta norma, como en todas las anteriores que han regulado la figura jurídica denominada “agricultor-importador-usuario” (AIU) no está propiamente en el acto de importar los PQUA sino en la posibilidad de hacerlo sin necesidad de una previa evaluación y registro del producto a importar, es decir, hacerlo con una simple declaración jurada.
- De esta manera, manifiestan que la disposición impugnada tiene como único propósito permitir que determinados agricultores o sus organizaciones gremiales puedan seguir importando PQUA sin obtener el registro del producto en el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa), lo que implica que no se cuente con alguna garantía de la calidad, idoneidad o toxicidad del producto importado.
- Los demandantes adjuntaron para sustentar lo anterior, entre otros documentos, el Informe Técnico 276-2012-MINAM-VMGA-DGCA, de fecha 5 de junio de 2012, suscrito por la Ing. Vilma Morales Quillana, entonces coordinadora de Gestión de Riesgos Ambientales y Sustancias Químicas del Viceministerio de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente; y el Informe Técnico 242-2014-MINAM/VMGA/DGCA, de fecha 30 de abril de 2014, suscrito también por la aludida funcionaria. En ellos concluye que, con la aprobación del artículo impugnado, se genera un riesgo potencial para el medio ambiente y la salud humana, razón por la cual el Senasa debe asegurar que todo PQUA que ingrese al país sea objeto de evaluación por las autoridades competentes, a fin de garantizar, precisamente, la protección del medio ambiente y la salud.
- Adicionalmente, los demandantes adjuntaron también los informes presentados por Luis Suguiyama, en calidad de consultor internacional, de fecha 23 de febrero de 2015; por Javier Vásquez Castro, en calidad de jefe de Laboratorio de Toxicología de Plaguicidas

de la Universidad Nacional Agraria La Molina, con fechas 27 de marzo y 29 de octubre de 2014; y por Ricardo Carpio Guzmán, como presidente de la Asociación Peruana de Toxicología, sin fecha. Los demandantes alegan que en los referidos informes se advierte el riesgo del impacto perjudicial para el medio ambiente y para la salud de las personas proveniente de la aplicación de la disposición cuestionada, ya sea por intoxicación o por diversas enfermedades; por ello, refieren que todos los plaguicidas, sin que quepa distinción, deben ser evaluados y fiscalizados por las autoridades competentes.

- Así, para los demandantes, la norma cuestionada regula un procedimiento simplificado para importar PQUA, el cual prescinde de las evaluaciones agronómica, toxicológica, eco-toxicológica y ambiental, sustituyéndolas por una simple declaración jurada, lo que solo beneficia a determinados agricultores (agroexportadores) y a sus respectivos gremios para la importación de productos destinados a su propio consumo y al de sus asociados.
- Por lo expuesto, a criterio de los demandantes, el artículo 3 de la Ley 30190 constituye una violación del deber de prevención que se deriva del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y vulnera también el derecho constitucional a la protección de la salud.
- Asimismo, con relación al segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 30190, los demandantes alegan que esta disposición permite que, en el marco del proceso de importación de PQUA en ella establecido, ingresen al Perú productos de alta peligrosidad, como los plaguicidas de las categorías Ia y Ib de la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (OMS).
- Los demandantes sostienen, además, que en el tercer párrafo de dicho artículo se concede al Senasa facultades de vigilancia y control de importaciones de PQUA, pero que solamente se trataría de una vigilancia *ex post*, que no garantiza el deber de protección del medio ambiente que le corresponde al Estado.
- Por otra parte, los demandantes reiteran que, con la vigencia del artículo impugnado, existen dos procedimientos legales distintos para las personas que pretenden importar PQUA y manifiestan, en ese sentido, que esta diferenciación no se sustenta en ningún criterio técnico, sino única y exclusivamente en la persona que realiza la importación del PQUA o, en todo caso, en la finalidad de dicha importación, con lo cual se contraviene el principio general de igualdad ante la ley y lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, según el cual “no pueden expedirse leyes especiales por razón de la diferencia de las personas”.
- Con relación a esto último, los demandantes sostienen que no existe justificación para exigir requisitos distintos a los importadores de un PQUA, sea que se trate de la importación con propósitos de comercialización, o sea para consumo propio, puesto que en ambos casos se debe controlar el riesgo con el previo registro y evaluación del producto, dado que no solo se encuentra en juego la salud de los agricultores y la protección del medio ambiente, sino también la salud de los consumidores de los productos agrícolas

sembrados por aquellos. De esta manera, para los demandantes, se trata de un potencial riesgo que atañe a todos los consumidores y ciudadanos.

- Al respecto, esta situación generaría, a criterio de los demandantes, un trato discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales, en contravención además de lo dispuesto por el artículo 63 de la Constitución, según el cual “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”. Para los demandantes, dicha afectación se habría producido en la medida en que la disposición impugnada prescribe que, para comercializar un PQUA a nivel local, el comerciante deberá previamente haber cumplido con registrar el producto ante Senasa, así como la evaluación de las autoridades competentes; sin embargo, esta exigencia se suprime si la compra del PQUA se realiza en el extranjero. Así, para los demandantes, con relación a esto último, se habría vulnerado no solo el artículo 63 de la Constitución antes aludido, sino el mandato de no discriminación.
- Por otro lado, los demandantes indican que, con la aprobación del artículo 3 de la Ley 30190, se transgrede el artículo 55 de la Constitución y la garantía de la cosa juzgada, por cuanto se desconoce lo resuelto en el proceso 05-AI-2008 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Así, argumentan que, en virtud del artículo 55 de la Constitución, el Acuerdo de Cartagena como el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son tratados en vigor celebrados y ratificados por el Estado peruano y, en ese sentido, forman parte del derecho nacional.
- De esta manera, las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) son vinculantes para los Estados Miembros como el Perú, y lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como aquellos recaídos en el proceso 05-AI-2008, tiene fuerza obligatoria y adquiere calidad de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su notificación, y es aplicable en el territorio de los países miembros sin necesidad de homologación o *exequatur*, según lo previsto en el artículo 91 del Estatuto de dicho tribunal.
- Sin embargo, los demandantes aducen que, al tiempo de la expedición de la Ley 30190, se encontraba suspendida la vigencia de la Decisión 436, “Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola”; sin embargo, dicha suspensión se hizo al amparo de la Decisión 795, que facultó a los países miembros de la CAN a suspender la vigencia de la primera decisión y del “Manual técnico andino para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola” (Resolución 630) en sus respectivos territorios, de forma temporal, hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que fue ampliado luego hasta el 30 de abril de 2015. De esta manera, la expedición de una ley, con vocación de permanencia, como es el caso de la Ley 30190, no sería compatible, a criterio de los demandantes, con el carácter temporal de la suspensión de la Decisión 436.

- Asimismo, el artículo 3 de la referida ley tampoco estaría conforme con la Decisión 795, que establece que, durante la suspensión de las normas comunitarias referidas, regiría la normativa interna en materia de registro y control de PQUA, la que debería asegurar la protección de la salud humana y el ambiente, así como la calidad y eficacia biológica del producto.
- De esta manera, según los demandantes, tales condiciones no se estarían cumpliendo con la entrada en vigencia del artículo 3 antes mencionado, toda vez que dicha disposición insiste en mantener un sistema de importación de PQUA, conocido como la figura del AIU, que ha tenido diversas versiones normativas en el Perú y que, a criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 05-AI-2008, pone en riesgo la salud y el medio ambiente al permitir la importación de PQUA que no han sido previamente evaluados por las autoridades competentes. En consecuencia, para los demandantes, el Estado estaría incumpliendo los compromisos asumidos en el marco de la CAN.
- Finalmente, los demandantes alegan que con la expedición de la disposición cuestionada se ha incurrido en un avocamiento respecto de lo resuelto en la Acción Popular 119-2012 (275-2012), pese a que ello se encuentra prohibido por artículo 139 de la Constitución Política de 1993.

B.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y OTRA INTERVENCIÓN PROCESAL

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

- Respecto a la inconstitucionalidad formal del artículo impugnado, el Congreso refiere que se respetó el procedimiento de aprobación de las leyes. Detallan además que, en el caso de la Ley 30190, esta fue exonerada del dictamen de la Comisión de Salud y que el correspondiente dictamen de la Comisión Agraria fue dispensado de publicación, todo ello en aplicación del artículo 78 del Reglamento del Congreso.
- El Congreso alega, en suma, que todos los actos que han sido cuestionados en el citado extremo de la demanda se desarrollaron de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso, por lo que no es posible sostener que se ha incurrido en una infracción constitucional por la forma en el procedimiento legislativo que se siguió para la aprobación del artículo 3 de la Ley 30190.
- En cuanto a los presuntos vicios de inconstitucionalidad por el fondo, el demandado argumenta que la disposición impugnada contempla el deber de prevención que se deriva del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, dado que se faculta a Senasa para adoptar medidas de protección antes de que se produzca el deterioro al medio ambiente. Tal es así que, según los Informes Técnicos 276-2012-MINAM-VMGA.DGCA y 242-2014-MINAM/VMGA/DGCA, de fecha 5 de junio de 2012 y 30 de abril de 2014, respectivamente, suscritos en ambas oportunidades por la Ing. Vilma Morales Quillana, entonces coordinadora de Gestión de Riesgos Ambientales y Sustancias Químicas del Viceministerio de Gestión Ambiental

del Ministerio del Ambiente, utilizados por la parte demandante para sustentar sus argumentos al respecto, es el “uso” de tales productos lo que realmente puede producir el deterioro del medio ambiente.

- En similar sentido, el demandado indica que lo que realmente atenta contra la salud es el “uso” de los plaguicidas químicos, como se desprende de los diversos informes presentados en la demanda.
- De manera complementaria a lo anterior, para el demandado no es posible sostener que el artículo 3 de la Ley 30190 atente contra el derecho a la protección de la salud, puesto que en el tercer párrafo de la disposición impugnada se establece que Senasa está facultado para aprobar procedimientos que permitan efectuar actividades de vigilancia y control sobre los PQUA que sean importados, antes de que realmente se pueda producir el deterioro a la salud humana, tratándose así de una vigilancia anterior y posterior, y no solamente posterior, como sostienen los demandantes.
- Respecto de la supuesta vulneración al principio-derecho a la igualdad, el demandado sostiene que el artículo cuestionado no ha realizado una diferenciación jurídicamente relevante, puesto que la importación de plaguicidas químicos para ser usados directamente en la actividad agraria y la importación de tales productos para ser comercializados no son situaciones esencialmente iguales.
- Asimismo, sostiene que solo se vulnera el principio-derecho a la igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros cuando se establece un trato diferenciado basado en la nacionalidad del inversionista, lo que no se advierte en la regulación establecida por el artículo 3 de la Ley 30190.
- Además, afirma el demandado que el artículo 88 de la Constitución establece el deber de apoyar preferentemente al sector agrario; asimismo refiere que este Tribunal tiene resuelto en la Sentencia 0027-2006-PI/TC que el Estado considera al agro como sector prioritario y que debe ser destinatario de sus políticas de desarrollo preferente.
- Adicionalmente, el demandado sostiene que, antes de la aprobación de la Ley 30190 en la IV Reunión del Consejo Andino de Ministros de Agricultura, celebrada el 26 de junio de 2013, se acordó solicitar no solo la suspensión temporal de la Decisión 436, sino también la modificación de dicha decisión para mejorar el acceso a la importación directa de PQUA. Tal es así que, el 28 de abril de 2014, antes de la promulgación de la aludida ley, la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 795, en la cual se permitía la suspensión temporal de la aplicación de la Decisión 436, modificada por las Decisiones 684, 767 y 785, así como también la suspensión de la Resolución 630, que adoptó el Manual Técnico Andino, hasta el 31 de diciembre de 2014.
- En tal sentido, alega el demandado que no es posible sostener que el incumplimiento de la sentencia recaída en el Proceso 05-AI-2008 –y, por lo tanto, de la Decisión 436– se haya concretado a través de la disposición impugnada. Al respecto, según

el demandado, el Estado peruano comunicó que iba a suspender la aplicación de la Decisión 436 y de la Resolución 630 a partir del 9 de mayo del 2014, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 30190. Asimismo, según el demandado, el plazo de suspensión de la Decisión 436 fue extendido por la Decisión 802 hasta el 30 de abril de 2015. Pero, además, el 24 de abril de 2015, la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 804, por la que se modificó la Decisión 436 en lo que se refiere a los requisitos para la importación de PQUA, por lo que estos últimos ya no resultan aplicables a la importación de PQUA para consumo propio, como fue exigido en el Proceso 05-AI-2008 a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De esta manera, tampoco se advierte una vulneración del artículo 55 de la Constitución.

- Según el demandado, tampoco puede sostenerse que mediante la disposición impugnada se haya concretado un avocamiento al proceso de acción popular que se inició contra los Decretos Supremos 002-2011-AG y 011-2012-AG, por cuanto el Congreso solo ha ejercido la atribución constitucional de dar leyes, según el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución.

B.3. Intervención de Senasa

- Mediante auto de fecha 5 de marzo de 2019, este Tribunal admitió la solicitud presentada por el Ministerio de Agricultura y Riego (Minagri), a fin de incorporar a Senasa en el presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de *amicus curiae*.
- De esta manera, en el Informe 0044-2018-MINAGRI-SENASA-DIAIA-GBLAIR, de fecha 17 de diciembre de 2018, se concluyó que las importaciones de los PQUA para consumo propio están amparadas por el artículo 3 de la Ley 30190 y el procedimiento aprobado por el Senasa (Resolución Directoral 001-2016-MINAGRI-SENASA-DIAIA), en armonía con el artículo 39 de la Decisión 804, modificatoria de la Decisión 436.
- Asimismo, Senasa detalló las resoluciones directorales emitidas por la entidad que desarrollan las medidas orientadas a la vigilancia y control de los PQUA para consumo propio, desde su importación hasta su uso en el campo, a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, como sucede con la Resolución Directoral 001-2016-MINAGRI-SENASA-DIAIA, donde se dispone la publicación del “Procedimiento: Importación, Vigilancia y Control de Plaguicidas de uso agrícola para consumo propio”.
- Así, de acuerdo con el Senasa, resulta importante precisar que dichas resoluciones establecían disposiciones sobre el etiquetado del plaguicida con la leyenda de “Prohibida su venta según Ley 30190”, la asistencia de un asesor técnico, la documentación que acredita la composición del producto y la existencia de un almacén autorizado por Senasa.
- Finalmente, a criterio de la entidad, tales disposiciones permiten limitar su comercialización y asegurar su traslado y almacenamiento, así como su uso en el campo de forma segura.

II. FUNDAMENTOS

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

1. En el presente caso, corresponde analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad alegados por los demandantes, esto es, la eventual vulneración del procedimiento de aprobación de las leyes estipulado en el artículo 105 de la Constitución, de los derechos fundamentales a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la protección de la salud, a la igualdad ante la ley ya la igualdad de trato entre la inversión nacional y extranjera, así como la supuesta afectación del artículo 55 y del inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, en los que habría incurrido el Congreso de la República al incluir el artículo 3 en la Ley 30190, “Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria”, publicada el 9 de mayo de 2014 en el diario oficial *El Peruano*. Dicha disposición establece lo siguiente:

Artículo 3. Régimen de promoción a la productividad agraria

Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase; dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro y podrán tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración y/o formulación distinta al producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa.

Las importaciones de los productos químicos de uso agrícola pertenecientes a las categorías Ia y Ib¹, quedan restringidas a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.

Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias e imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición.

¹ De acuerdo a la OMS, la clasificación de plaguicidas, según su nivel de toxicidad, realizada en el año 2009, según su banda de toxicidad, se clasifican en los niveles Ia, Ib, II y III. Los dos primeros, Ia y Ib, son considerados como extremadamente peligrosos y altamente peligrosos, respectivamente.

2. Por consiguiente, corresponde enfatizar que lo realmente cuestionado en la demanda a través de las distintas alegaciones de los demandantes en torno a presuntas vulneraciones a lo dispuesto en la Constitución no es el texto íntegro de la Ley 30190, “Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria”, sino únicamente el artículo 3 antes detallado, que se refiere al “Régimen de promoción a la productividad agraria”, por cuanto es precisamente dicho artículo el que permite la importación directa, sujeta a determinados requisitos, de los PQUA, por parte de personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y por organizaciones de productores agrarios, para el consumo propio y el de sus asociados.
3. Indicado lo anterior, este Tribunal evaluará a continuación si el Congreso de la República incurrió o no en presuntos vicios de inconstitucionalidad formal y material con la inclusión del artículo 3 antes detallado en la ley objeto de control constitucional.

§2. SOBRE EL ALEGADO VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL

4. Los ciudadanos sostienen que el artículo 3 de la Ley 30190 es inconstitucional por la forma, ya que contraviene el procedimiento de formación de las leyes estipulado en el artículo 105 de la Constitución, según el cual ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la comisión dictaminadora.
5. Al respecto, los demandantes afirman que, en el caso del artículo 3 de la Ley 30190, el 10 de abril de 2014, dos días después de la aprobación del correspondiente dictamen en la Comisión Agraria, la Junta de Portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno. De tal suerte que, en esta misma fecha, 10 de abril de 2014, la Ley 30190, con la inclusión del artículo 3, fue aprobada por el Pleno del Congreso.
6. Además, a criterio de los demandantes, al aprobarse la disposición cuestionada, se ha simulado el cumplimiento de lo previsto en el artículo 105 de la Constitución, toda vez que el artículo 3 de la referida Ley 30190 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria y que fue incorporado en el texto de la ley el mismo día de su aprobación en dicha Comisión.
7. Por consiguiente, según los demandantes, con dicho accionar se evitó de manera fraudulenta que el aludido artículo 3 de la Ley 30190 siguiera el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como cualquier otro proyecto de ley, con el respectivo estudio y debate en la Comisión Agraria, en la Comisión de Salud e, incluso, en la Comisión de Medio Ambiente.
8. Ahora bien, este Tribunal ha señalado, en el fundamento 22 de la Sentencia 0020-2005-PI/TC y 0021-2015-P1/TC (acumulados), que una norma incurre en una infracción constitucional de forma en tres supuestos:

- a. cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación;
 - b. cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho; y
 - c. cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo.
9. Siendo ello así, este Tribunal considera que la presunta infracción constitucional por la forma en la que habría incurrido el Congreso de la República es la que se advierte en el primer supuesto antes enunciado, esto es, cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para la aprobación de la norma cuestionada.
10. Si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad, esto no implica que se puedan dejar de observar las pautas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).
11. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra política, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tal y como lo ha expresado este Tribunal en la Sentencia 0006-2018-PI/TC (fundamento 4).
12. Al respecto, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.
13. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas normas con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).
14. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica” en un doble sentido. Por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras normas que tienen su mismo rango; por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar el contenido de tales normas.
15. A este parámetro de control, formado por la Constitución y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de ella y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.

16. En ese orden de ideas, este Tribunal ha señalado que “en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que ésta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).
17. Este Tribunal ha precisado, además, que se produce una afectación indirecta cuando existe una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que la propia Constitución delegó algunos de los siguientes aspectos:
 - a. la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa;
 - b. la regulación de un contenido materialmente constitucional; o
 - c. la determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.
18. Lógicamente, dichas normas deben ser, a su vez, compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y toda norma controlada que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso por infracción indirecta de la Constitución.
19. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la resolución legislativa cuestionada.
20. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 102 y 105 de la Constitución y los artículos del Reglamento del Congreso de la República que regulan el procedimiento legislativo.
21. En lo que respecta a la inconstitucionalidad por la forma de la ley impugnada, los demandantes cuestionan una serie de irregularidades en el procedimiento legislativo que llevó a su aprobación; a saber:
 - a. El artículo 3 de la Ley 30190 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria, sino que el texto fue incorporado el mismo día de su aprobación sin que tenga ninguna relación con lo que previamente se había discutido y analizado en dicha Comisión.
 - b. El mismo día de su aprobación en el Pleno la Junta de Portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno.
 - c. La aprobación del artículo 3 de la Ley 30190 no siguió el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como cualquier otro proyecto de ley, con el correspondiente estudio y debate no solo en la Comisión Agraria, sino también en la Comisión de Salud y en la Comisión de Medio Ambiente.

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

2.1. SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA FÓRMULA LEGAL EN EL MARCO DEL DEBATE EN EL PLENO DEL CONGRESO

23. En primer lugar, debe destacarse la relevancia del debate público en el sistema democrático. Y es que la importancia o trascendencia de la deliberación se advierte, especialmente, cuando se debaten cuestiones de marcado interés público.
24. En la Sentencia 0001-2018-PI/TC, este Tribunal señaló que la democracia no puede ser concebida como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder o como un espacio donde solamente se negocian distintas clases de intereses. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente aquellas que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que les permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.
25. En efecto, este proceso deliberativo requiere, en su conjunto, un adecuado y, en la medida de lo posible, completo conocimiento respecto de la problemática abordada, y demanda un previo análisis de los hechos, valores y deberes que se encuentran en juego. La labor de un funcionario público, y más aun de aquellos del más alto rango, exige que los asuntos públicos sean discutidos con un elevado nivel de responsabilidad. Es importante recordar que, en estos espacios, suelen confluir distintas concepciones respecto de lo que debe ser considerado como bien público, lo cual, irremediablemente, conduce al camino de la deliberación como principal conducta para la toma de decisiones políticas.
26. En principio, la democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales. Sin embargo, también es cierto que la deliberación debe realizarse en el marco de ciertas condiciones que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuando este se realiza en el seno del Parlamento.
27. En el presente caso, los demandantes cuestionan que el artículo 3 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley originales que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria, sino que fue incorporado en la fórmula legal aprobada en dicho dictamen sin que tenga ninguna relación con lo que previamente se había discutido y analizado en esta Comisión.
28. Los proyectos de ley aludidos son los siguientes: el Proyecto de Ley 324/2011-CR, que ingresó a la Comisión Agraria el 10 de octubre de 2011; el Proyecto de Ley

1634/2012-PE, que ingresó a la Comisión Agraria el 29 de octubre de 2012; y, finalmente, el Proyecto de Ley 1961/2012-CR, decretado a la Comisión Agraria el 11 de marzo de 2013.

29. Efectivamente, este Tribunal advierte que la fórmula legal del artículo 3 de la Ley 30190 no estuvo contemplada, en principio, en la redacción original de los aludidos proyectos de ley; sin embargo, fue incluida en el texto sustitutorio del dictamen aprobado por unanimidad de los referidos proyectos de ley, en el marco de la Décima Tercera Sesión de la Comisión Agraria, de fecha 8 de abril de 2014².
30. Ahora bien, en la medida en que el Reglamento del Congreso integra el parámetro de control en el presente caso, corresponde invocar su artículo 70, relativo a los dictámenes de los proyectos de ley. Dicho artículo establece de manera expresa que los dictámenes pueden concluir “en la recomendación de aprobación de la proposición con modificaciones. Para este efecto se acompaña el respectivo proyecto sustitutorio”.
31. Siendo ello así, este Tribunal advierte que, de acuerdo con el propio Reglamento del Congreso, cuando se discuta un proyecto de ley en una determinada comisión y se recomiende finalmente su aprobación, cabe la posibilidad de que este último sea planteado en términos que difieran del proyecto original sometido a debate.
32. En efecto, el artículo 70 del Reglamento del Congreso ha contemplado como supuesto habilitado que dicha recomendación de aprobación de los proyectos de ley se haga con modificaciones al texto original, dando lugar a la figura del texto sustitutorio.
33. Por lo tanto, el hecho de que la fórmula legal recomendada en el dictamen de los proyectos de ley tenga modificaciones, como puede ser la inclusión de una determinada disposición, no vulnera lo establecido en el artículo 70 del Reglamento del Congreso ni, por consiguiente, la Constitución. Antes bien, se trata de un escenario previsto por la norma parlamentaria aludida, con lo cual carece de fundamento la presunta vulneración indirecta de la Constitución por la forma, al menos en lo que aquí respecta.
34. En todo caso, este Tribunal no puede soslayar el valor que tiene el hecho de que la aprobación del texto sustitutorio de los proyectos de ley bajo comentario en el dictamen correspondiente de la Comisión Agraria haya sido por unanimidad, lo cual refuerza, en principio, la legitimidad del acuerdo arribado en esta instancia del procedimiento parlamentario de aprobación de una ley.
35. Por todo lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

2 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf2e305256f2e006d1cf0/b2255218466a176105257cb5006e5a2b/\\$FILE/00324DC0109042014.-.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf2e305256f2e006d1cf0/b2255218466a176105257cb5006e5a2b/$FILE/00324DC0109042014.-.pdf) Consulta realizada el 10 de junio de 2019.

2.2. SOBRE LAS EXONERACIONES REALIZADAS POR LA JUNTA DE PORTAVOCES Y LA AMPLIACIÓN DE LA AGENDA DEL PLENO

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

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

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

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

1. La elaboración del Cuadro de Comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso.
2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
3. La ampliación de la agenda de la sesión y la determinación de prioridades en el debate, todo ello con el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento.

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

Artículo 53:

Las sesiones ordinarias del Pleno del Congreso se desarrollan de acuerdo con la agenda que apruebe el Consejo Directivo; sin embargo, en el curso del debate, puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso

[...]

Artículo 73:

El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas: a) Iniciativa Legislativa; b) Estudio en comisiones; c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El

Peruano; d) Debate en el Pleno; e) Aprobación por doble votación; y, O Promulgación. Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

[...]

Artículo 77:

Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes [...].

[...]

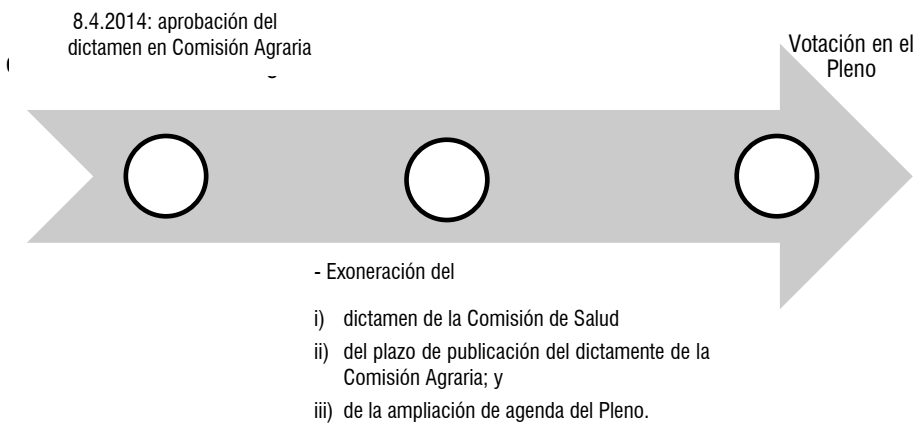
Artículo 78:

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

40. En las normas previamente citadas se admite la posibilidad de que se aprueben exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, sujetas a que se realicen en la oportunidad procedimental adecuada y con el número de votos requerido. Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que este mecanismo no debe ser aplicado de manera generalizada, ya que, de lo contrario, “se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular”, y es que, “si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario” (Sentencias 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, fundamento 34), por cuanto esta clase de prácticas podrían terminar por tergiversar la finalidad del artículo 105 de la Constitución.
41. Al respecto, este Tribunal ha indicado en la Sentencia 0006-2018-PI/TC que el mecanismo de la exoneración de dictamen debe ser empleado como excepción, no como regla (fundamento 23). De hecho, el artículo 105 de la Constitución parte de la premisa de la promoción de la deliberación al disponer que “[n]ingún proyecto de ley

puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora”.

42. Ahora bien, es importante recordar que en varias ocasiones se han validado diversos acuerdos de la Junta de Portavoces respecto de la exoneración del dictamen de la comisión respectiva en razón del importante margen de deferencia que, en un Estado constitucional, debe gozar el Congreso de la República (Sentencia 00015-2012-PI; Sentencia 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, entre otras). Sin embargo, este Tribunal puede controlar dichas exoneraciones y, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de las normas así aprobadas, como sucediera en la Sentencia 0006-2018-PI/TC.
43. En el presente caso, los demandantes cuestionan que el mismo día de la aprobación de la Ley 30190 en el Pleno del Congreso, la Junta de Portavoces haya acordado la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno, tal y como se muestra a continuación:



44. Sobre lo primero, de acuerdo con el artículo 73 del Reglamento del Congreso, la Junta de Portavoces está habilitada para exonerar expresamente de alguna de las etapas del procedimiento legislativo previsto en el referido artículo a proyectos de ley, siempre que se realice por acuerdo de dicha Junta, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.
45. Según se aprecia en el expediente virtual de la aprobación de la Ley 30190³ la Junta de Portavoces, con fecha 10 de abril de 2014, acordó la exoneración de dictamen de

3 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/42fea1263285c56305257c60051f428/\\$FILE/JP00324100414.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/42fea1263285c56305257c60051f428/$FILE/JP00324100414.pdf) Consulta realizada el 10 de junio de 2019.

la Comisión de Salud respecto del Proyecto de Ley 1961, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno, constando la firma de 6 portavoces de las bancadas existentes en ese entonces en el Congreso de la República, que representaban 113 votos, más de los tres quintos del número legal de Congresistas, que asciende a 78.

46. Siendo ello así, este Tribunal advierte que la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud se realizó de conformidad con el Reglamento del Congreso; a ello debe añadirse, como ya se indicó previamente, que la ley en cuestión contó con un dictamen aprobado por unanimidad en la Comisión Agraria, de fecha 8 de abril de 2014.
47. En relación con la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria, de acuerdo con el artículo 73 del Reglamento del Congreso antes citado, la Junta de Portavoces, si cumple con el voto mínimo de representantes exigido, está habilitada a exonerar el trámite de aprobación de un proyecto de ley de la etapa de publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, en la gaceta del Congreso o en el diario oficial *El Peruano*, votación que en el presente caso se ha cumplido de acuerdo a lo explicado *supra*.
48. En tercer lugar, con relación a la ampliación de la agenda del Pleno, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 53 del aludido reglamento, incluso en el curso del debate puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con un voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso, lo que también ha ocurrido en el presente caso.
49. Por lo expuesto, este Tribunal considera que no corresponde declarar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad por la forma, en lo que respecta a la aprobación de las exoneraciones antes detalladas y a la ampliación de la agenda del Pleno, puesto que no se advierte ningún déficit deliberativo que sea manifiesto y grave en el procedimiento de aprobación de la Ley 30190.
50. Asimismo, no resulta baladí mencionar que, en este caso, de acuerdo a la votación en el Pleno del Congreso a la que se sometió la cuestionada ley a partir de modificatorias al texto sustitutorio de los Proyectos 324/2011-CR, 1634/2012-PE y 1961/2012-CR se obtuvieron los siguientes resultados: 77 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención⁴. Asimismo, la aprobación antes aludida fue exonerada de segunda votación por 55 votos a favor y 21 en contra⁵, exoneración esta última que no ha sido cuestionada por los demandantes.

4 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/17f0c80247c2a04e05257cd7007f29f7/\\$FILE/AV0032410042014.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/17f0c80247c2a04e05257cd7007f29f7/$FILE/AV0032410042014.pdf). Consulta realizada el 11 de junio de 2019.

5 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/2891f9fd237df63905257cd7007f5c29/\\$FILE/ESV0032410042014.-.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/2891f9fd237df63905257cd7007f5c29/$FILE/ESV0032410042014.-.pdf). Consulta realizada el 11 de junio de 2019.

51. Por todo lo anterior, corresponde declarar infundada la demanda en tales extremos.

2.3. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LAS COMISIONES QUE DEBEN DICTAMINAR UN PROYECTO DE LEY

52. Finalmente, los demandantes sostienen que el procedimiento de formación del artículo 3 de la Ley 30190 no siguió el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como a cualquier otro proyecto de ley, con el correspondiente estudio y debate no solo en la Comisión Agraria, sino también en la Comisión de Salud y en la Comisión de Medio Ambiente.
53. Al respecto, corresponde mencionar que el artículo 77 del Reglamento del Congreso indica las reglas que regulan el envío a comisiones de las iniciativas legislativas para su estudio y dictamen. Según dicho artículo:

[...] De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a una o dos Comisiones, como máximo, para su estudio y dictamen, previa consulta con el Vicepresidente encargado. En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la Comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición.

La solicitud para que una Comisión adicional asuma la competencia sobre un proyecto de ley se resuelve por el Consejo Directivo, el que puede acceder a la petición en forma excepcional, además de acordar ampliar el plazo para dictaminar desde la fecha en que la segunda Comisión conoce el proyecto y por no más de treinta días útiles[...].

54. Conforme a lo señalado por este Tribunal en la Sentencia 0015-2012-PI/TC, la Constitución no determina qué comisión debe emitir el dictamen, ni señala si debe ser solo una o varias las que lo lleven a cabo, por lo que basta con que la iniciativa legislativa aprobada haya sido dictaminada de modo favorable por al menos una comisión del Congreso que estudie las materias relacionadas directamente con la temática del proyecto de ley. Efectivamente, como ha sostenido este Tribunal en dicha sentencia, esta clase de actividades se encuentra dentro del margen de actuación política que tiene el legislador; por lo que su inobservancia no genera, en principio, un vicio de inconstitucionalidad formal, lo que sí se advertiría si es que no se cumple con el envío del proyecto de ley a una comisión que tenga un mínimo nivel de especialización (fundamento 11).
55. Efectivamente, de acuerdo con lo establecido sobre el particular en el artículo 77 del Reglamento del Congreso antes citado, únicamente resultaría viable declarar la inconstitucionalidad formal de una ley si la proposición legislativa no fuera remitida a una comisión con un mínimo nivel de especialización en la materia a discutirse.

56. Evidentemente, la determinación de la especialización de la comisión respectiva es asunto que, en principio, es atribución del Parlamento, sin que ello implique un nivel de discrecionalidad absoluto. La demanda de la especialización de la comisión respectiva se realiza porque supone un importante filtro para determinar la viabilidad de la propuesta legislativa antes que sea sometida al Pleno del Congreso, el cual debería deliberar sobre proyectos en los que exista un importante nivel de consenso previo, así como de opiniones técnicas sobre las materias a debatir.
57. En el presente caso, se advierte que los Proyectos de Ley 324/2011-CR, 1634/2012-PE y 1961/2012-CR fueron derivados únicamente a la Comisión Agraria, donde fueron discutidos y, como resultado de ello, se aprobó por unanimidad un dictamen con un texto sustitutorio, el cual también fue objeto de modificaciones como resultado del debate en el Pleno del Congreso.
58. Tales proyectos de ley se referían a lo siguiente:

Número de Proyecto de Ley	Objeto
324/2011-CR	Propone establecer disposiciones especiales para el uso y comercialización de plaguicidas y químicos peligrosos, y reducción de riesgo de contaminación ambiental.
1634/2012-CR	Propone modificar el Decreto Legislativo 1059, que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.
1961/2012-CR	Prohíbe la fabricación, formulación, importación, envase, distribución, comercialización, empaque, almacenamiento y transporte de plaguicidas peligrosos de las categorías 1a y 1b.

59. Ahora bien, el envío de los proyectos de ley antes descritos únicamente a la Comisión Agraria, que es una comisión de carácter ordinario según el inciso 1 del literal “a” del artículo 35 del Reglamento del Congreso, no resulta contrario a la Constitución. En efecto, se advierte que la temática planteada por los proyectos de ley antes aludidos, referidos al uso de plaguicidas químicos y a modificatorias de la Ley de Sanidad Agraria principalmente, se encuentran directamente relacionados con los asuntos que se abordan, discuten y aprueban por la Comisión Agraria.
60. Por consiguiente, y sin lugar a dudas, este Tribunal considera que dicha comisión cumple con el nivel de especialización necesario y suficiente para la discusión parlamentaria sobre los temas planteados en los proyectos de ley antes mencionados, descartándose de esta manera una actuación arbitraria del Congreso de la República en el ejercicio de sus competencias.
61. Por lo tanto, corresponde declarar infundada la demanda en el citado extremo.
62. Más allá de ello, este Tribunal considera que lo previamente expuesto no impide que el Congreso, en el ejercicio de sus atribuciones, de conformidad con la Constitución y su

Reglamento, procure realizar el mayor debate posible respecto de los asuntos públicos que discute y aprueba, lo que podría implicar, en ciertos casos, enviar un proyecto de ley a más de una comisión en tanto ello sea pertinente de acuerdo a las materias establecidas en aquél. Asimismo, dicho esfuerzo de deliberación implica que las exoneraciones en el procedimiento de aprobación de una ley deban ser la excepción y no la regla de actuación legislativa.

63. Efectivamente, si bien lo constitucionalmente ordenado a este respecto exige, como mínimo, el envío de un proyecto de ley a una comisión que cumpla con el nivel de especialización necesario y suficiente para la discusión sobre los temas que dicho proyecto aborda o que las exoneraciones se realicen de conformidad con el Reglamento del Congreso en el marco de la Constitución, también es cierto que, al ser el Congreso de la República el poder del Estado, por antonomasia, de la deliberación, esta última debe contar con las condiciones indispensables para que pueda cumplir con los fines constitucionales que le son ínsitos, como es el caso de la transparencia en los asuntos públicos y, sobre todo, la afirmación del principio democrático, que es medular para el Estado Social y Democrático de Derecho.

64. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que:

La democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación racional y, en suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda “formar voluntad”. La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjurado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación” (artículo 44° de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él, el del propio Estado social y democrático de derecho” (STC 0030-2005- AI/TC, fundamento 9).

65. En esa línea, a fin de que el principio democrático se materialice en la realidad a través de procesos razonables y perfectibles⁶, cobra vital importancia asegurar la participación ciudadana de aquellos que serán potencialmente afectados por las decisiones públicas⁷, en este caso legislativas, lo que se lograría, entre otros mecanismos, a través

6 LARA AMAT Y LEÓN, Joan. “Las pasadas elecciones democráticas no han tenido lugar: por una democracia razonable”. En *Cuadernos de Ética y Filosofía Política*, Año 7, N° 7, noviembre de 2018, pp. 123-135.

7 VELASCO, Juan Carlos. *Habermas. El uso público de la razón*. Madrid: Alianza Editorial, 2013, p. 152.

de la convocatoria, en sede de las comisiones especializadas parlamentarias, a las instituciones representativas de la sociedad, instituciones de carácter técnico, entre otras, o mediante audiencias públicas que se pudieran hacer o a través de la pre-publicación del respectivo proyecto de ley a fin de informar a la ciudadanía sobre los posibles alcances de la regulación para que pueda conocerlas, evaluar sus implicancias y presentar sus opiniones.

66. Siendo ello así, la discusión colectiva permite la defensa pública de argumentos y contraargumentos de los ciudadanos afectados por una decisión pública⁸, en este caso legislativa; y, de esta forma, constituye la condición indispensable o *sine qua non* de su legitimidad.
67. En suma, una ley es legítima en una democracia constitucional cuando en su procedimiento de elaboración no ha primado el sacrificio y abandono arbitrario de las formas, sino cuando en dicho procedimiento han participado quienes pueden resultar afectados por sus consecuencias e implicancias y cuando se ha realizado una deliberación y justificación pública de los argumentos que la sustentan. En una democracia constitucional no se puede aprobar una ley sin que haya sido discutida y deliberada, no bajo las apariencias, sino en la realidad.

§3. SOBRE LOS ALEGADOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

68. Los demandantes sostienen que el artículo 3 de la Ley 30190 habría conculcado los derechos fundamentales a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la protección de la salud, a la igualdad ante la ley, a la igualdad de trato entre la inversión nacional y extranjera, y que también se habrían vulnerado el artículo 55 y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución.
69. Indicado lo anterior, este Tribunal considera oportuno, para poder evaluar si el procedimiento establecido en el artículo 3 de la ley cuestionada vulnera o no el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales mencionados o si se han contravenido las disposiciones constitucionales invocadas en la demanda, analizar, en primer lugar, los principales antecedentes normativos y los eventuales cambios o continuidades que el referido artículo 3 ha incluido en la regulación de PQUA por parte del agricultor-importador-usuario (AIU).
70. Asimismo, se estima pertinente dar cuenta, complementariamente, del uso y consecuencias de la aplicación de los PQUA, de acuerdo con la información oficial, de un lado, y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano sobre la materia, del otro.

8 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático del Derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 4a ed., 1998, p. 374.

3.1. PRINCIPALES ANTECEDENTES NORMATIVOS Y ACTUAL REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL AGRICULTOR-IMPORTADOR-USUARIO (AIU) EN EL PERÚ

71. En primer lugar, si bien al inicio de la década de los noventa se dispuso en nuestro país la libre comercialización interna y externa de plaguicidas agrícolas y sustancias afines a través de la expedición del Decreto Supremo 0027-91-AG, publicado el 18 de junio de 1991, también es cierto que posteriormente se fueron expidiendo normas reglamentarias que complementaron dicha regulación a fin de controlar las actividades realizadas con dichos plaguicidas químicos, especialmente, la comercialización. Posteriormente, entró en vigencia el Decreto Supremo 016-2000-AG, publicado el 8 de mayo de 2000, que aprobó el “Reglamento para el registro y control de plaguicidas de uso agrícola”, y que dejó sin efecto el Decreto Supremo 015-95-AG y la Resolución Ministerial 401-96-AG.
72. Lo relevante a efectos del análisis constitucional que nos ocupa se halla en los artículos 9, 10, 14, 25, 34, 37, 54 y Segunda Disposición Transitoria del referido reglamento aprobado por el Decreto Supremo 016-2000-AG. En dichos artículos se contemplaba un procedimiento de importación de plaguicidas para los AIU que requería, para la autorización de dicha importación por parte de tales agricultores, de su inscripción previa en un registro, ya sea en forma individual o agrupada, registro que, para tal efecto, era obligatorio. En todo caso, lo determinante respecto a ello es que la autorización de la importación de plaguicidas para los AIU, previamente registrados, solamente se otorgaría por Senasa, de acuerdo con el citado reglamento, si se cumplían los siguientes requisitos:
 - a. que los plaguicidas a importar hayan sido previamente registrados en Senasa;
 - b. que la importación de plaguicidas sea para uso propio; y
 - c. que los plaguicidas sean estrictamente necesarios.
73. De lo anterior se desprende que estaba completamente prohibido realizar este procedimiento con fines de comercialización. Antes bien, para quienes se hubieran dedicado a la comercialización, se dispuso que era obligatorio obtener el registro del producto o contar con autorización de su titular. Ello se desprende tanto del artículo 11 como del artículo 23 del aludido Reglamento.
74. De esta manera, se advierte la existencia de procedimientos distintos, según se trate del registro de PQUA con fines de comercialización o del registro de AIU con fines de uso propio.
75. En lo que aquí interesa, la autorización de importación de PQUA para los AIU solo podía referirse a productos previamente registrados ante Senasa.
76. Con posterioridad se expidió la Resolución Ministerial 1216-2001-AG, publicada el 18 de noviembre de 2001, cuyo artículo 1 modificó, entre otros, los artículos 9, 14

y la Segunda Disposición Transitoria del citado reglamento aprobado por el Decreto Supremo 016-2000-AG. En concreto, la modificación del artículo 14 del reglamento antes aludido se produjo en los siguientes términos:

Artículo 14.- Los agricultores - importadores - usuarios podrán registrarse en forma individual o agrupada, debiendo para este fin solicitar su registro los agricultores que importen estos insumos. Este registro autoriza la importación de plaguicidas únicamente para uso propio, y que sean estrictamente necesarios [...].

El SENASA mediante Resolución Jefatural establecerá el procedimiento y los requisitos de importación de plaguicidas para los agricultores - importadores - usuario. Asimismo, podrá dictar las directivas que estime necesarias para el mejor cumplimiento del presente artículo.

77. Como puede apreciarse, con esta modificatoria del artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG se eliminó la referencia a la importación de plaguicidas, **registrados en el Senasa**, por parte de los AIU registrados como tales previamente; y se modificó, además, el segundo párrafo respecto a los alcances de las competencias de Senasa en esta modalidad de importación.
78. Al respecto, en el cuadro siguiente se compara la versión original del artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG con la modificatoria introducida por la Resolución Ministerial 1216-2001-AG:

Artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG (versión original)	Artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG (modificado por el artículo 1 de la Resolución Ministerial 1216-2001-AG)
“Los agricultores-importadores-usuarios podrán registrarse en forma individual o agrupada, debiendo para este fin solicitar su registro los agricultores que importen estos insumos. Este registro autoriza la importación de plaguicidas registrados en el SENASA únicamente para uso propio, y que sean estrictamente necesarios [...]. El SENASA podrá dictar las directivas que estime necesarias para el mejor cumplimiento de este artículo”.	“Los agricultores-importadores-usuarios podrán registrarse en forma individual o agrupada, debiendo para este fin solicitar su registro los agricultores que importen estos insumos. Este registro autoriza la importación de plaguicidas únicamente para uso propio, y que sean estrictamente necesarios [...]. El SENASA mediante Resolución Jefatural establecerá el procedimiento y los requisitos de importación de plaguicidas para los agricultores-importadores-usuarios. Asimismo, podrá dictar las directivas que estime necesarias para el mejor cumplimiento del presente artículo”.

79. Posteriormente, diversos artículos del “Reglamento para el registro y control de plaguicidas de uso agrícola”, aprobado por el Decreto Supremo 016-2000-AG, fueron modificados y derogados por el Decreto Supremo 02-2011-AG, publicado el 19 de febrero de 2011. Entre los artículos derogados se encontraba el artículo 14 antes citado, referido a la figura de la importación de PQUA por parte de los AIU que contenía la exigencia de previo registro del producto en Senasa.

80. Luego, el Decreto Supremo 001-2012-AG, publicado el 21 de enero de 2012, que aprobaba las normas complementarias para el desarrollo de la asociatividad agraria, permitió, además de la importación de PQUA cuyos ingredientes activos y formulación son idénticos a un producto terminado evaluado por Senasa, la importación PQUA cuyos ingredientes activos ya fueron evaluados por el Senasa para el registro de un producto terminado pero que tienen diferente nombre comercial, país de origen, concentración o formulación, todo ello, en ambos supuestos, sin fines de comercialización.
81. Es en este contexto que se expidió la Ley 30190, “Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Sanidad Agraria”, publicada el 9 de mayo de 2014, cuyo artículo 3 es objeto del presente control de constitucionalidad.
82. En la actualidad, se encuentra vigente el Decreto Supremo 001-2015-MINAGRI, que aprobó el “Reglamento del Sistema Nacional de Plaguicidas de Uso Agrícola”, publicado el 29 de enero de 2015, cuyo artículo 2 derogó, entre otros:
 - a. el Decreto Supremo 016-2000-AG, que aprobó el Reglamento para el Registro y Control de PQUA y sus modificatorias, entre ellas, el Decreto Supremo 02-2011-AG; y
 - b. las Normas Complementarias para el Desarrollo de la Asociatividad Agraria, aprobadas por el Decreto Supremo 001-2012-AG.
83. Por último, a través de la Resolución Directoral 0001-2016-MINAGRI-SENASA-DIAIA, se aprobó el “Procedimiento: importación, vigilancia y control de plaguicidas de uso agrícola para consumo propio (v.02)”, en cuyo artículo 6 se describe el procedimiento para la importación de plaguicidas para consumo propio, distinguiéndose entre lo siguiente:
 - a. acciones previas a la importación (verificación realizada por el importador de los plaguicidas a importar);
 - b. acciones en la importación (presentación del expediente, inspección física y toma de muestras en almacén autorizado); y,
 - c. acciones posteriores a la importación (vigilancia y control, medidas sanitarias, así como las sanciones por infracciones).
84. Sobre la base de la revisión anterior, se advierte que la regulación de la figura del AIU ha atravesado distintas etapas, y es un denominador común desde el año 2001, a partir de la expedición de la Resolución Ministerial 1216-2001-AG, la eliminación en el Perú, para la importación de PQUA por parte de los AIU, del requisito relativo al registro de tales productos ante Senasa, lo que en la práctica conllevó a autorizar, en nuestro país, la importación de PQUA cuyos ingredientes activos fueron evaluados por el Senasa para el registro de un producto terminado pero que tienen diferente nombre comercial, país de origen, concentración o formulación distinta al producto evaluado.

85. Además, entre los requisitos obligatorios de esta modalidad de importación de PQUA se estableció el registro previo de los AIU ante Senasa y la prohibición de la comercialización de los plaguicidas importados bajo esta figura. Asimismo, no hubo mención expresa en su regulación de condiciones de restricción aplicables a la importación de los productos clasificados en las categorías Ia y Ib de la OMS, en razón de su alta peligrosidad.
86. En todo caso, para comprender esto último conviene recordar que, de acuerdo con la clasificación realizada por la OMS⁹, en el 2009, los plaguicidas pueden llegar a ser extremadamente y altamente peligrosos, tal y como se muestra a continuación:

Clasificación de la OMS según peligrosidad de los plaguicidas

Clasificación OMS	LD ₅₀ para ratas (mg/kg por peso)			
	Oral		Dérmica	
	Sólido	Líquido	Sólido	Líquido
Ia Extremadamente peligroso	5 o menos	20 o menos	10 o menos	40 o menos
Ib Altamente peligroso	5-50	20-200	10-100	100-400
II Moderadamente peligroso	50-500	200-2000	100-1000	400-4000
III Levemente peligroso	Más de 500	Más de 2000	Más de 1000	Más de 4000

Traducción elaborada por el Tribunal Constitucional

Fuente: OMS 2009

87. Indicado lo anterior, y teniendo en cuenta esta última clasificación, a continuación se hará mención del uso y consecuencias de la aplicación de los PQUA en el Perú, a partir de información proveniente del propio Estado peruano: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Senasa y Ministerio de Salud.

3.2. USO Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LOS PQUA EN EL PERÚ

88. Como es sabido, los PQUA vienen siendo utilizados por los agricultores de nuestro país hace ya varios años y ello ha quedado expresado en los diversos intentos desde el Estado de regular dicha práctica.
89. Ahora bien, desde el Estado peruano se cuenta con información relacionada con la importación de PQUA por parte de los agricultores peruanos, la cual puede resultar ilustrativa de las características principales del manejo de los plaguicidas por estos últimos, así como del nivel de control ejercido por las autoridades competentes.
90. En primer lugar, de la Encuesta Nacional Agraria del año 2014, realizada por el INEI, se obtiene la siguiente información:

⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *The Who Recommended Classification of Pesticides by Hazard and Guidelines to Classification*, 2009.

- a. El 47,5 % de productores(as) agropecuarios(as) usa plaguicidas;
 - b. El 14,5 % de productores(as) agropecuarios(as) aplicaban buenas prácticas de producción e higiene;
 - c. El 33,7 % de productores(as) agropecuarios(as) han sido capacitados en el uso de insumos agrícolas en los últimos tres años;
 - d. Solo el 11 % de productores(as) agropecuarios(as) recibieron capacitación en el uso de plaguicidas en los últimos tres años; y
 - e. El 11,2 % de productores(as) agropecuarios(as) que usan plaguicidas realizan prácticas adecuadas en el uso de este insumo agrícola¹⁰.
91. De la información anterior, aquella relacionada exclusivamente con el uso de plaguicidas se encuentra detallada en los cuadros que se muestran a continuación:

Indicador N° 9

PORCENTAJE DE PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE USAN PLAGUICIDAS, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2014						
Región natural departamento	Porcentaje %	Error estándar	Intervalo de confianza al 95 %		Coeficiente de variación	N° de casos sin ponderar
			Inferior	Superior		
Total	47,5	1,1	45,4	49,6	2,2	24 329

Fuente: Encuesta Nacional Agropecuaria 2014 del INEI¹¹

Indicador N° 10

PORCENTAJE DE PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE RECIBIERON CAPACITACIÓN EN EL USO DE PLAGUICIDAS, EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2014						
Región natural departamento	Porcentaje %	Error estándar	Intervalo de confianza al 95 %		Coeficiente de variación	N° de casos sin ponderar
			Inferior	Superior		
Total	11,0	1,6	7,7	14,2	15,0	3 998

Fuente: Encuesta Nacional Agropecuaria 2014 del INEI¹²

10 Cfr. INEI. Encuesta Nacional Agraria 2014.

11 En dicho cuadro se añadió la siguiente nota: “Se consideran productores agropecuarios que usan plaguicidas a aquellos que emplean tales insumos agrícolas en alguno de los cultivos de al menos una de las parcelas bajo su conducción. a/ Tiene únicamente valor referencial por presentar un coeficiente de variación mayor al 15 %”.

12 En dicho cuadro se añadió la siguiente nota: “Se consideran productores agropecuarios que han sido capacitados en el uso de plaguicidas en los últimos 3 años a aquellos que han sido informados acerca del buen uso de este insumo. Esta capacitación tiene una duración mínima de 4 horas. a/ Tiene únicamente un valor referencial por presentar un coeficiente de variación mayor al 15 %”.

Indicador N° 5

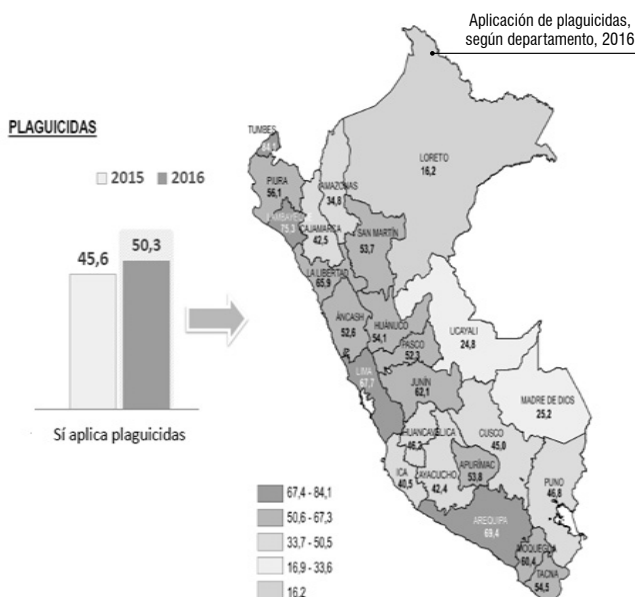
PORCENTAJE DE PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE USAN LAGUICIDAS, Y REALIZAN PRÁCTICAS ADECUADAS EN EL USO DE ESTE INSUMO AGRÍCOLA. SEGÚN DEPARTAMENTO. 2014

Región natural departamento	Porcentaje %	Error estándar	Intervalo de confianza al 95 %		Coeficiente de variación	N° de casos sin ponderar
			Inferior	Superior		
Total	11,2	0,7	9,9	12,5	6,1	11 346

Fuente: Encuesta Nacional Agropecuaria 2014 del INEI¹³

92. Asimismo, según la Encuesta Nacional Agropecuaria 2015-2016, se advierte que el uso de plaguicidas aumentó en 4,7% entre el 2015 (45,6%) y 2016 (50,3%) y que los departamentos de mayor uso son Tumbes, Lambayeque, Lima y Arequipa, tal y como se muestra a continuación:

PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE UTILIZAN PLAGUICIDAS, 2015-2016
(porcentaje)



Fuente: Exposición de principales resultados de la Encuesta Nacional Agropecuaria 2015-2016 del INEI¹⁴

- 13 En dicho cuadro se añadió la siguiente nota: “Se consideran prácticas adecuadas en el uso de plaguicidas, cuando su utilización es recomendada por un especialista y se registran datos de su aplicación. En el caso de los plaguicidas químicos se debe leer la información de la etiqueta del envase antes de usar su contenido y respetar la dosis y el tiempo entre la última aplicación y el período de cosecha y/o almacenar estos insumos en un lugar alejado de las personas y alimentos. a/ Tiene únicamente valor referencia por presentar un coeficiente de variación mayor al 15%”.
- 14 En dicha presentación se agrega la siguiente nota: “Los plaguicidas comprenden insecticidas, fungicidas, herbicidas, acaricidas, bactericidas, nematocidas, rodenticidas, molusquicidas, etc. [...]”.

93. Así también, según la Encuesta Nacional Agropecuaria 2016-2017, se advierte que el uso de plaguicidas por pequeños(as) y medianos(as) productores(as) aumentó en 0,7 % entre el 2016 (50,3 %) y 2017 (51,0 %), tal y como se muestra a continuación:

Productores que aplican plaguicidas 2016-2017
(En porcentaje)



Fuente: Principales resultados de la Encuesta Nacional Agraria 2016-2017 del INEI

94. En resumen, puede concluirse que el porcentaje de agricultores que utiliza plaguicidas en el Perú viene aumentando, tal y como se muestra a continuación para el periodo 2015-2017:

Año	2015	2016	2017
Porcentaje de agricultores que utiliza plaguicidas	45,6 %	50,3 %	51,0 %

Elaboración: Tribunal Constitucional

95. Mención especial merece el “Informe del monitoreo de contaminantes en alimentos agropecuarios primarios, año 2017”, elaborado por Senasa en julio del 2018, donde se da cuenta de resultados obtenidos del monitoreo de residuos químicos, entre ellos, de plaguicidas, realizado en alimentos agropecuarios primarios, según el Plan Anual de Monitoreo de Contaminantes Químicos en Alimentos Agropecuarios Primarios y Piensos de producción nacional o extranjera, aprobado para el periodo 2017 para las ciudades de Piura, La Libertad, Lambayeque, Cajamarca, San Martín, Lima, Ica, Arequipa, Tacna y Puno¹⁵. En dicho informe, se refirió lo siguiente:

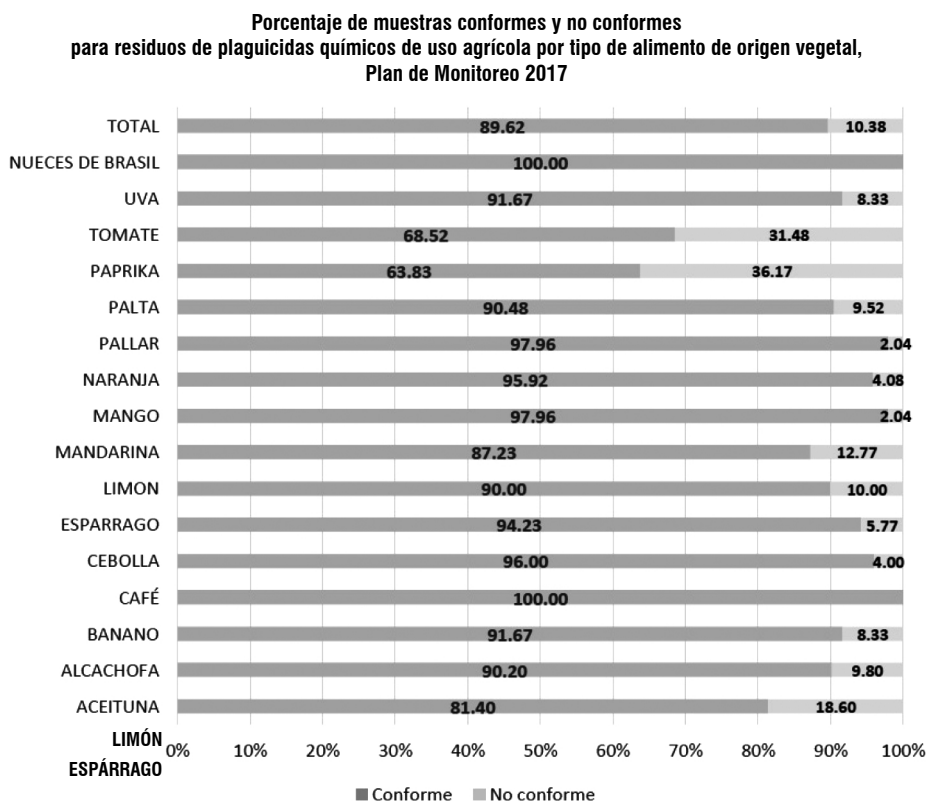
- Se analizaron un total de 1,181 muestras de alimentos de origen animal y vegetal; de las cuales 1062 muestras (89.92 %) fueron conformes y 119 (10.08 %) *no conformes*; es decir; reportaron residuos químicos (*plaguicidas químicos de uso agrícola* o medicamentos de uso veterinario), metales pesados y micotoxinas que superaron o no tienen fijado el Límite Máximo para Residuos de Plaguicidas (en adelante LMR) o no están autorizados para su uso en el alimento evaluado.

15 SENASA. Informe del Monitoreo de Contaminantes en Alimentos Agropecuarios Primarios, 2017.

- De las 761 muestras de alimentos de origen vegetal analizadas, 79 muestras fueron no conformes (10.38%); dentro de las cuales se reportaron residuos de 119 plaguicidas que superan o no tienen fijado el LMR. Asimismo, se reportaron 06 muestras no conformes con presencia de micotoxinas.

- Para p  prika, de un total de 47 muestras analizadas se registró 63.83 % (30) de muestras conformes y 36.17 % (17) de muestras no conformes con presencia de residuos de plaguicidas químicos de uso agrícola; asimismo, en la matriz de tomate se reportó 68.52 % (37) de muestras conformes y un 31.48 % (17) de muestras no conformes, seguido de la matriz de aceituna, que reportó un 81.40 % (35) de muestras conformes y un 18.60 % (8) de muestras no conformes con la presencia de residuos de plaguicidas químicos de uso agrícola, de un total de 43 muestras analizadas en esta matriz¹⁶.

96. En concreto, en el aludido informe se indicó lo siguiente:

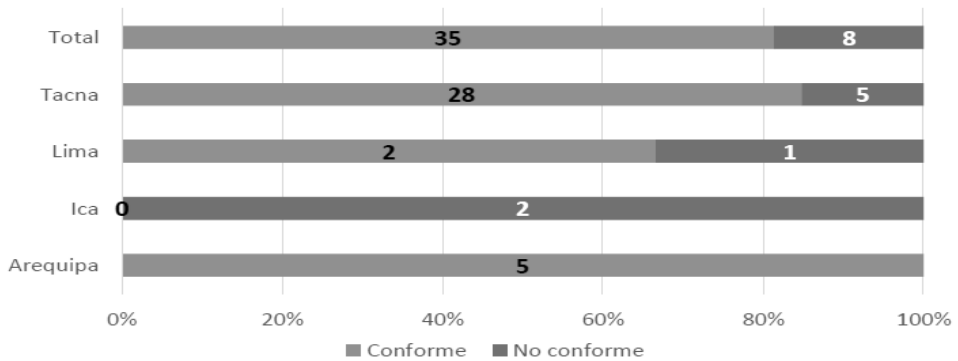


Fuente: Senasa 2017

16   d., pp. 3-4.

97. A manera ilustrativa, se muestra la información correspondiente a los siguientes alimentos de origen vegetal:

a. Aceituna: número de frutos conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones, Plan de Monitoreo 2017



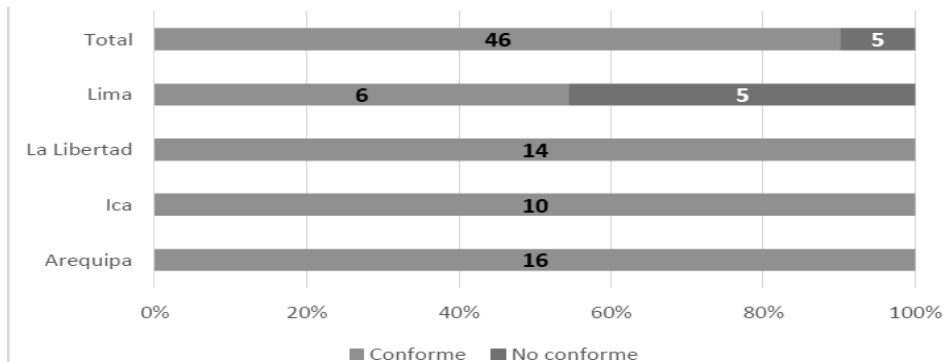
Fuente: Senasa 2017

**a.1. Clasificación de los plaguicidas
cuyos residuos fueron hallados en las muestras no conformes de frutos de aceituna**

	Regiones con residuos de plaguicidas sin LMR establecidos por el Codex	Plaguicidas registrados	Clasificación de la OMS de 2009
1	Ica, Tacna	Chlorpyrifos	Moderadamente peligroso (II)
2	Lima, Tacna	Cipermetrina	Moderadamente peligroso (II)
3	Lima	Dichlorvos	Altamente peligroso (Ib)
4	Lima	Imazalil	Moderadamente peligroso (II)
5	Lima	Thiabendazol	Levemente peligroso (III)
6	Tacna	Carbendazim	Improbable que presente peligro agudo en uso normal

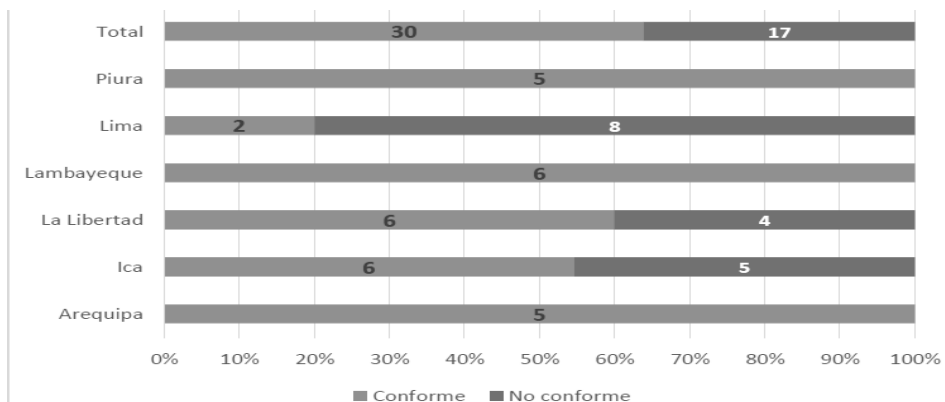
Elaboración: Tribunal Constitucional

b. Alcachofa: número de muestras de alcachofa conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones - Plan de Monitoreo 2017



Fuente: Senasa 2017

c. Paprika: número de muestras de paprika conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones - Plan de Monitoreo 2017



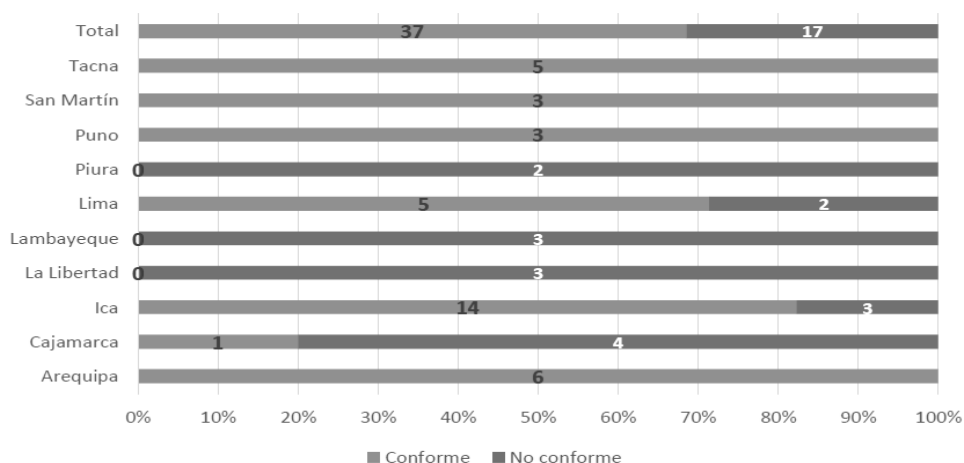
Fuente: Senasa 2017

c.1. Clasificación de los plaguicidas cuyos residuos fueron hallados en las muestras no conformes de paprika

	Regiones con residuos de plaguicidas sin LMR establecidos por el Codex	Plaguicidas registrados	Clasificación de la OMS de 2009
1	Ica	AzinphosEthyl	Altamente peligroso (Ib)
2	Ica, La Libertad	Propiconazole	Moderadamente peligroso (II)
3	Ica	Cadusafos	Altamente peligroso (Ib)
4	Ica, Lima	Fipronil	Moderadamente peligroso (II)
5	Lima	Carbofuran	Altamente peligroso (Ib)
6	Lima	Methamidophos	Altamente peligroso (Ib)

Elaboración: Tribunal Constitucional

d. Tomate: número de muestras de frutos conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones - Plan de Monitoreo 2017



Fuente: Senasa 2017

d.1. Clasificación de los plaguicidas cuyos residuos fueron hallados en las muestras no conformes de tomate

	Regiones con residuos de plaguicidas sin LMR establecidos por el Codex	Plaguicidas registrados	Clasificación e la OMS de 2009
1	Cajamarca, Lambayeque	Cipermetrina	Moderadamente peligroso (II)
2	Cajamarca, Ica, La Libertad, Lambayeque, Lima, Piura	Methamidophos	Altamente peligroso (Ib)
3	Ica, La Libertad, Lima	Fipronil	Moderadamente peligroso (II)
4	Ica, La Libertad	Carbofuran	Altamente peligroso (Ib)

Elaboración: Tribunal Constitucional

98. La información antes detallada muestra lo siguiente:

- En el caso de la aceituna, todas las muestras del departamento de Ica fueron “no conformes”, y contenían residuos de plaguicidas químicos moderadamente peligrosos (II).
- En el caso de la alcachofa, más del 45 % de las muestras del departamento de Lima fueron “no conformes”.
- En el caso de la paprika, más del 36 % de las muestras totales fueron “no conformes”; en tanto que el 80 % de las muestras del departamento de Lima fueron “no conformes”, más del 45 % de muestras del departamento de La Libertad fueron “no conformes” y el 40 % de muestras del departamento de Lima fueron “no conformes”, y contenían residuos de plaguicidas químicos altamente peligrosos (Ib) y moderadamente peligrosos (II).

- d. En el caso del tomate, más del 31 % de las muestras totales fueron “no conformes”; en tanto que el 100 % de las muestras de los departamentos de La Libertad, Lambayeque y Piura fueron “no conformes”, el 80 % de las muestras del departamento de Cajamarca fueron “no conformes” y el 28,5 % de las muestras del departamento de Lima fueron “no conformes”, y contenían residuos de plaguicidas químicos altamente peligrosos (Ib) y moderadamente peligrosos (II).

99. En concreto, en el aludido informe se recomendó principalmente lo siguiente:

Órgano competente	Recomendación
Para la Dirección de Insumos Agropecuarios e Inocuidad Agroalimentaria	Con base en la diversidad de alimentos consumidos por la población peruana y la posibilidad de encontrar los plaguicidas en estos alimentos básicos, los planes nacionales deberían ampliarse a los productos alimenticios que se consideran más relevantes en el país para garantizar la seguridad de los consumidores.
Para las Direcciones Ejecutivas	Ejecutar la rastreabilidad, en los lugares donde se ha detectado el exceso de plaguicidas de uso agrícola, medicamentos de uso veterinario y toxinas, de tal forma que se pueda llegar al origen del problema. Asimismo, deben aplicarse medidas sanitarias en lugares donde se haya determinado incumplimiento de la reglamentación nacional, con relación a mejorar la inocuidad de los alimentos. Esta deberá estar acompañada de capacitación a los actores involucrados.
Para las Oficinas de Administración y Planificación y Desarrollo Institucional	Propiciar la caracterización de nuevos alimentos agropecuarios primarios y piensos como la papa, quinua, arroz, entre otros alimentos de consumo masivo en la canasta familiar; así como de piensos como maíz y soya ¹⁷ .

100. Como puede apreciarse, es el propio Senasa el que reconoce a través del citado informe el hecho alarmante de que en determinados alimentos de origen vegetal producidos en el Perú es posible encontrar residuos de plaguicidas químicos, los que, de acuerdo con la clasificación recomendada por la OMS en el año 2009, pueden pertenecer incluso a la categoría de altamente peligrosos.
101. No hay duda de que situaciones como las previamente descritas pueden conllevar potencialmente a un menoscabo directo de la salud de las personas, sea que se trate de los agricultores usuarios, de quienes viven en los alrededores de las zonas de cultivo o de los consumidores de los alimentos en cuya producción se utilizaron dichos plaguicidas químicos.
102. Así, de acuerdo con el informe del Ministerio de Salud “Vigilancia Epidemiológica del riesgo de exposición e intoxicación por plaguicidas”, correspondiente a la Semana Epidemiológica (SE) 25-2019 (al 22 de junio de 2019), elaborada por el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades, se advierte lo siguiente:

17 Íd., pp. 100-102.

- A nivel nacional se han notificado hasta la SE 25 de 2019 en total 1120 casos de intoxicación aguda por plaguicidas (en adelante IAP), con un incremento de 7,1 % comparado al mismo período del año 2018, en que se notificó 1040 casos en el país;
- El 83 % se concentran en 6 departamentos: Lima, Arequipa, Junín, Áncash, Tacna y Ayacucho y los departamentos con mayor tasa de incidencia acumulada son Amazonas y Arequipa;
- El 69,5 % de las intoxicaciones agudas se presentaron a las personas que tienen entre 18 a 59 años de edad (jóvenes y adultos) y la mayor tasa de incidencia acumulada corresponde a las edades de 18 a 29 años (joven) y de sexo masculino;
- Hasta la semana epidemiológica (SE) 25 del año 2019 se han notificado en mayor proporción intoxicaciones agudas por plaguicidas de tipo ocupacional, seguido de las intoxicaciones voluntarias por intento de suicidio (33,8 %) y en menor proporción, de tipo accidental no laboral (18,6 %); y,
- En el departamento de Lima se notificó el mayor número de fallecidos como consecuencia de intoxicación producida por plaguicidas químicos¹⁸.

103. Además, del documento anterior cabe destacar la siguiente información:

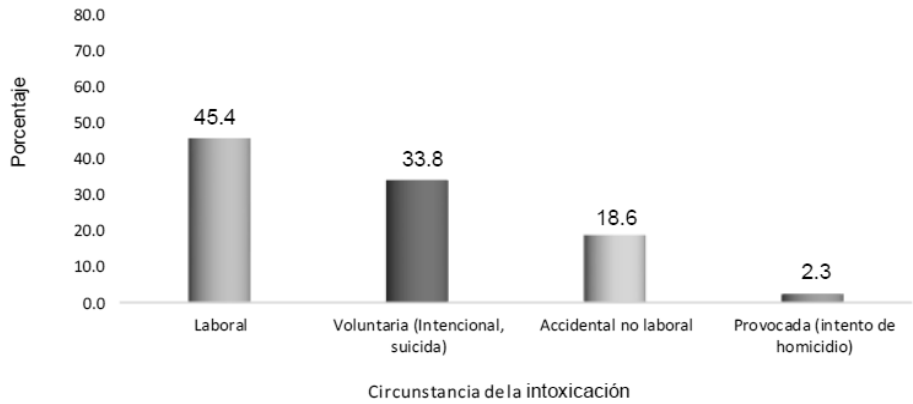
a. Intoxicación aguda por plaguicidas (IAP) y tasa de incidencia por departamentos, Perú 2018-2019

Departamentos	2018*			2019*		
	Casos	%	TIA x 100,000 Hab.	Casos	%	TIA x 100,000 Hab.
Lima	502	48.3	7.8	521	46.5	7.0
Arequipa	144	13.8	14.0	200	17.9	19.1
Junín	76	7.3	9.2	69	6.2	9.3
Ancash	49	4.7	7.9	52	4.6	8.9
Tacna	2	0.2	0.9	45	4.0	14.3
Ayacucho	45	4.3	16.2	39	3.5	12.6
Piura	25	2.4	4.1	36	3.2	4.2
Amazonas	28	2.7	12.7	35	3.1	20.3
Cajamarca	28	2.7	11.4	28	2.5	5.7
Huancavelica	22	2.1	13.8	19	1.7	9.2
Pasco	30	2.9	16.9	19	1.7	13.7
Huánuco	5	0.5	3.6	16	1.4	8.8
Apurímac	13	1.3	12.8	10	0.9	10.5
San Martín	27	2.6	8.8	9	0.8	6.1
Callao	5	0.5	0.6	9	0.8	1.1
Ica	10	1.0	12.2	5	0.4	6.8
La Libertad	4	0.4	1.1	5	0.4	15.5
Loreto	0	0.0	0.0	1	0.1	0.6
Lambayeque	-	-	-	1	0.1	3.8
Moquegua	-	-	-	1	0.1	85.3
Cusco	14	1.3	4.3	-	-	-
Puno	11	1.1	6.7	-	-	-
Total	1040	100.0	7.9	1120	100.0	8.1

Fuente: MINSA 2019

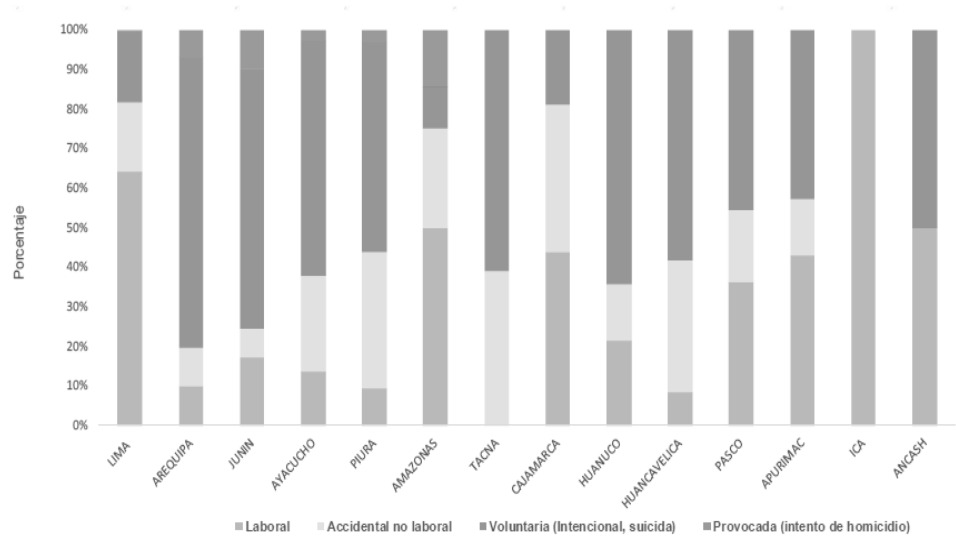
18 Cfr. MINISTERIO DE SALUD. "Vigilancia Epidemiológica del riesgo de exposición e intoxicación por plaguicidas", Semana Epidemiológica (SE) 25-2019 (al 22 de junio de 2019) del Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades.

b. Riesgo de exposición a plaguicidas según circunstancia de intoxicación, Perú 2019



Fuente: Minsa 2019

c. Riesgo de exposición a plaguicidas según circunstancia de intoxicación por departamentos, Perú 2019



Circunstancia de la intoxicación por departamentos

Fuente: Minsa 2019

**d. Número de fallecidos y tasa de letalidad por intoxicación aguda por plaguicidas (IAP)
por distritos y departamentos, Perú 2019**

Departamentos	2019*		
	Casos	Fallecidos	Letalidad (%)
Lima	521	6	1.2
Junín	69	1	1.4
Amazonas	35	1	2.9
Ayacucho	39	2	5.1
Apurímac	10	2	20.0
Otros departamentos	446	-	-
Total	1120	12	1.1

Fuente: Minsa 2019

104. De la información anterior, puede apreciarse que, pese al aumento en el uso de los plaguicidas químicos que se ha experimentado en los últimos años –según el INEI, alrededor del 51 % en el 2017–, no hay evidencias que muestren que los productores agropecuarios reciban en la actualidad la suficiente capacitación con miras a dicha utilización, o que, en todo caso, realicen efectivamente prácticas adecuadas cuando usen los plaguicidas químicos.
105. Esto último ha conllevado a la generación de un grave peligro para la salud de los agricultores, como lo muestra la información antes detallada sobre intoxicación aguda de tipo ocupacional a causa de plaguicidas difundida por el Ministerio de Salud; peligro que puede razonablemente advertirse también para la salud de quienes viven en las inmediaciones de las zonas de cultivo, para los consumidores de los alimentos obtenidos en virtud de la utilización de dichos plaguicidas químicos y, en general, para el medio ambiente.
106. Precisamente, sobre esto último, de acuerdo con lo indicado en el año 2018 por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), respecto a nuestro país:

En diversas zonas del Perú se usan plaguicidas para la actividad agrícola sin la debida protección y cuidado. Esta situación significa un grave riesgo de exposición ocupacional y consecuente intoxicación, así como de contaminación ambiental por el inadecuado manejo de estos productos peligrosos y sus residuos¹⁹.

19 Cfr. FAO en Perú. Noticia titulada: “Proteger la salud humana y el medio ambiente es una responsabilidad compartida”, del 28 de junio de 2018. Disponible en el sitio web: <http://www.fao.org/peru/noticias/detail-events/en/c/1143786/> Consulta realizaba el 25 de julio de 2019.

107. Y es que, en la actualidad, se encuentra demostrado que los plaguicidas químicos son una fuente de contaminación alimentaria y ambiental, que puede perjudicar directamente la salud de las personas, los suelos, la flora, la fauna, la atmósfera y, especialmente, el agua, lo que exige un profundo estudio por parte de las autoridades competentes.
108. En relación con lo anterior, se advierte que, según el informe “Más gente, más alimentos, ¿peor agua? Un examen mundial de la contaminación del agua de la agricultura”, presentado por la FAO y el Instituto Internacional para el Manejo del Agua (IWMI por sus siglas en inglés), en 2018:
- [...] la mayoría de los pesticidas también envenenan a los peces y la vida silvestre, contaminan las fuentes de alimentos, destruyen los hábitats animales, y además, son tóxicos para los humanos, lo que representa una amenaza significativa para la salud humana cuando están presentes en el suministro del agua (traducción elaborada por la Comisión de Procesos Inconstitucionalidad y Conflictos Competenciales del Tribunal Constitucional del Perú)²⁰.
109. Asimismo, hace pocos años la Agencia Internacional de Investigación sobre Cáncer (IARC por sus siglas en inglés) de la OMS, con fecha 20 de marzo de 2015, luego de la evaluación de cinco insecticidas y herbicidas organofosforados, sostuvo ante el mundo que el herbicida Glifosato y los insecticidas Malathion y Diazinon son clasificados como probables cancerígenos para humanos (Grupo 2A), y que los insecticidas Tetrachlorvinphos y Parathion son clasificados como posibles cancerígenos para humanos (Grupo 2B²¹).
110. De esta manera, no solamente está en juego la sustentabilidad del desarrollo agrario y la preservación del medio ambiente, sino también la salud de las personas. Precisamente, en el caso de la incidencia en la salud humana, deben tenerse en cuenta, como ya se ha indicado previamente, los posibles efectos perjudiciales del uso PQUA para los agricultores, para sus familias y, en general, para las personas que viven en las inmediaciones de las zonas de estos cultivos y para los consumidores de los alimentos producidos por tales agricultores.
111. En este contexto, corresponde a continuación que este Tribunal evalúe cuáles son los compromisos internacionales que, en concreto, debe respetar el Estado peruano con relación a los PQUA.

20 Cfr. FAO e IWMI. *More people, more food. Worse water? A global review of water pollution from agriculture*. Roma/Colombo 2018, p. 86. Ver también: FAO. Noticia titulada: “Los contaminantes agrícolas: una grave amenaza para el agua del planeta”, del 2018. Disponible en el sitio web: <http://www.fao.org/news/story/es/item/1141818/icode/> Consulta realizada el 25 de julio de 2019

21 OMS. Agencia Internacional de Investigación sobre el Cáncer. 20 de marzo de 2015. Información sobre el particular se encuentra disponible en el sitio web: <https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/MonographVolume112-1.pdf> Consulta: 8 de agosto de 2019.

3.3. COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR EL ESTADO PERUANO EN MATERIA DE PQUA

112. El Estado peruano ha asumido diversos compromisos internacionales relacionados con los PQUA. Al respecto, a nivel mundial, cabe destacar, entre otros, el *Codex Alimentarius*, el Convenio de Basilea, el Convenio de Rotterdam y el Convenio de Estocolmo.
113. Con relación a lo primero, el *Codex Alimentarius* está constituido por un conjunto de recomendaciones, directrices y códigos en relación con la inocuidad de los alimentos a ser garantizada por los Estados a nivel mundial. El Perú es un Estado miembro desde 1963.
114. Precisamente, en la Resolución A/RES/39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 9 de abril de 1985, sobre protección al consumidor, se estableció, entre las “medidas relativas a esferas concretas”, que los “gobiernos deben tener en cuenta la necesidad de seguridad alimentaria que tienen todos los consumidores y apoyar y, en la medida de lo posible, adoptar las normas del *Codex Alimentarius* de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Organización Mundial de la Salud [...]”.
115. El Códex cuenta con diversos comités, entre los que destaca a efectos del análisis que ocupa a este Tribunal, un comité de asuntos generales denominado Comité del Códex sobre Residuos de Plaguicidas, que establece los límites máximos de residuos (LMR) fijados por el Códex para residuos de plaguicidas en determinados elementos o grupos de alimentos o piensos circulantes en el comercio internacional²².
116. De ello se desprende la aspiración de que las normas y directrices del Códex sirvan de base a la normativa interna de cada país. En el caso peruano, se ha establecido el Comité Nacional del Códex, cuya función consiste en la revisión permanente de la normativa interna en materia de inocuidad alimentaria a fin de ser armonizada con las normas y directrices del aludido Códex.
117. En segundo lugar, “El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación”, adoptado en Basilea el 22 de marzo de 1989, fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático a través de la Resolución Legislativa 26234, publicada el 21 de octubre de 1993. En la Lista A, de su Anexo VIII, se incluyó a los desechos de los plaguicidas y herbicidas que no respondan a las especificaciones como desechos peligrosos.
118. Mención especial merece el “Convenio de Rotterdam, sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos

22 Información tomada del sitio web <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/committees/committee-detail/es/?committee=CCPR> Consulta realizada el 20 de julio de 2019.

químicos peligrosos objeto de comercio internacional”, adoptado el 10 de setiembre de 1998, aprobado por Resolución Legislativa 28417, publicada el 11 de diciembre de 2004, ratificado por Decreto Supremo 058-2005-RE, publicado el 12 de agosto de 2005, vigente para el Perú desde el 13 de diciembre de 2005.

119. Dicho Convenio, según su artículo 3, es aplicable para los productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos y para las formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas y tiene como objetivo expreso:

promover la responsabilidad compartida y los esfuerzos conjuntos de las Partes en la esfera del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y contribuir a su utilización ambientalmente racional, facilitando el intercambio de información acerca de sus características, estableciendo un proceso nacional de adopción de decisiones sobre su importación y exportación y difundiendo esas decisiones a las Partes.

120. Asimismo, el “Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”, (COP), adoptado el 22 de mayo de 2001, ratificado por Decreto Supremo 067-2005-RE, vigente en el Perú desde el 13 de diciembre de 2005, estableció en su artículo primero que el objetivo de dicho Convenio era “proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes”, teniendo presente el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, según el cual:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente²³.

121. Cabe destacar que el artículo 3 de dicho Convenio establece que cada Parte que dispusiera de uno o más sistemas de reglamentación y evaluación de nuevos plaguicidas adoptaría “medidas para reglamentar, con el fin de prevenirlas, la producción y utilización de nuevos plaguicidas o nuevos productos químicos industriales que [...] posean las características de contaminantes orgánicos persistentes”.
122. Ahora bien, en la normatividad de la Comunidad Andina se hallan disposiciones que han regulado el registro y control de PQUA. Así, en el año 1998 se expidió la Decisión 436, “Norma andina para el registro y control de Plaguicidas Químicos

23 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. Adoptada en Río de Janeiro, del 3 al 14 de junio de 1992.

de Uso Agrícola”, en tanto que en el año 2002 se expidió la Resolución 630, “Manual técnico andino para el registro y control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola”.

123. Al respecto, la incorporación de la figura del AIU por el Estado peruano fue condenada en el proceso 05-AI-2008, por el Tribunal de Justicia de la CAN, sobre la base de la Decisión 436 y de la Resolución 630.
124. Con posterioridad, desde el 1 de mayo de 2015, se encuentra vigente la Decisión 804 “Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícolas”, en cuyo artículo 1 se estableció que “la Decisión 436 se modifica en todos sus Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos, por los Títulos, Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos de la presente Decisión”. Esta decisión dejó sin efecto además las Decisiones 684, 767, 785, 795 y 802, que modificaron e incluso suspendieron temporalmente la aplicación de la Decisión 436.
125. Asimismo, se hizo mención en los artículos 7 (Título III “Del Registro o autorización de la actividad”) y 15 (Título V “Del Registro de Plaguicidas de Uso Agrícola”) de dicha Decisión de lo siguiente:

Artículo 7.-Los fabricantes, formuladores, importadores, importadores para consumo propio, exportadores, envasadores, comercializadores y distribuidores de PQUA, sean éstos personas naturales o jurídicas, deben estar obligatoriamente registrados o autorizados ante la ANC [Autoridad Nacional Competente] para la realización de sus actividades. Dicho registro o autorización debe ser previo al inicio de sus actividades.

Los importadores para consumo propio estarán sujetos al registro y condiciones indicadas en Título VI de la presente Decisión.

[...]

Artículo 15.-La información requerida para registrar un PQUA debe estar científicamente fundamentada y desarrollada bajo métodos y protocolos internacionalmente reconocidos y aceptados por el respectivo País Miembro. Como base para revisar la información presentada para registrar un PQUA, las autoridades de cada País Miembro verificarán que se cumpla con los criterios y métodos establecidos y estandarizados por los organismos internacionales de referencia reconocidos y aceptados por estos; entre otros:

Tema	Referencia
Salud	FAO, OMS, IARC
Ambiente	FAO, EPA, OPPT, FIFRA, EFSA
Eficacia agronómica	FAO, CIPAC/AOAC

126. En lo correspondiente a la figura del AIU, en el artículo 39 del Título VI “De la importación para consumo propio” de la Decisión 804, se refirió lo siguiente:

Artículo 39.- Los Países Miembros podrán utilizar facultativamente el mecanismo de importación para consumo propio y sin fines de comercialización de PQUA con registro vigente y/o moléculas formuladas con antecedentes de registro en el País Miembro, *según lo determine y de acuerdo a las necesidades de cada País Miembro*. Para hacer uso de este mecanismo, el interesado debe solicitar el correspondiente registro de esta actividad ante la ANC (Autoridad Nacional Competente)[cursiva agregada].

Cada País Miembro podrá regular las condiciones, requisitos y demás acciones complementarias necesarias para este procedimiento. La ANC [Autoridad Nacional Competente] de cada País Miembro regulará, de requerirse, en coordinación con las autoridades competentes de salud y de ambiente, los requisitos, condiciones o acciones complementarias, de acuerdo con lo establecido en esta Decisión y lo que establezca el Manual Técnico Andino. El producto importado bajo este mecanismo sólo se utilizará para el consumo propio del usuario para las actividades agrícolas que desarrolle.

127. Por último, en agosto de 2019 se ha promulgado la Resolución 2075 “Manual Técnico Andino para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola”, la cual ha derogado la Resolución 630 y debe aplicarse según lo establecido en la Decisión 804.
128. En todo caso, corresponde enfatizar que, de acuerdo con la vigente normatividad andina, cada País miembro podrá determinar, según sus propias necesidades, la utilización facultativa del mecanismo de importación para consumo propio y sin fines de comercialización de PQUA con registro vigente y moléculas formuladas con antecedentes de registro en el País Miembro. Esto significa que la determinación del contenido y alcance de los procedimientos correspondientes se sujeta a lo establecido por cada Estado, y se complementa a nivel interno por la autoridad nacional competente; en el caso del Perú, el Senasa, en coordinación con las autoridades en materia de salud y ambiente, de acuerdo con lo establecido en la Decisión 804 y la Resolución 2075 antes citada.
129. Ahora bien, indicado todo lo anterior, a continuación este Tribunal evaluará si, efectivamente, el artículo 3 de la Ley 30190 ha vulnerado los derechos fundamentales y disposiciones constitucionales invocadas por los demandantes.

3.4. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO AL DESARROLLO DE LA VIDA Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

130. Los demandantes sostienen que, cuando el artículo 3 de la Ley 30190 permite a determinadas personas la importación de productos peligrosos como los PQUA sin que previamente se haya realizado una evaluación de riesgo-beneficio de estos productos,

se genera una violación del deber de prevención que se deriva del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

131. Los ciudadanos recurrentes alegan también que el artículo 3 de la Ley 30190, al permitir la importación de PQUA con declaración jurada, sin lugar para una evaluación toxicológica a cargo del Ministerio de Salud, vulnera el derecho constitucional a la protección de la salud.
132. En suma, según los demandantes, la norma cuestionada regula un procedimiento simplificado para importar PQUA, que prescinde de la evaluación agronómica, ecotoxicológica, toxicológica y ambiental, sustituyéndolas por una simple declaración jurada, lo que solo beneficia a determinados agricultores (agroexportadores) y a sus respectivos gremios para la importación de productos destinados a su propio consumo y al de sus asociados.
133. Respecto al segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 30190, los demandantes alegan que dicha disposición permite que, en el marco del proceso de importación de PQUA en ella establecido, ingresen al Perú productos de alta peligrosidad, como los plaguicidas químicos de las categorías Ia y Ib.
134. Asimismo, sostienen que en el tercer párrafo se concede al Senasa facultades de vigilancia y control de importaciones de plaguicidas, pero que solamente se trataría de una vigilancia *ex post*, que no garantiza el deber de protección del medio ambiente que le corresponde al Estado.
135. Al respecto, la disposición cuestionada tiene los siguientes destinatarios:
 - a. las personas naturales que desarrollan cultivos,
 - b. las personas jurídicas que desarrollan cultivos, y
 - c. las organizaciones de productores agrarios.
136. Adicionalmente, a dichos destinatarios se les permite lo siguiente:
 - a. importar directamente plaguicidas de uso agrícola para consumo propio, e
 - b. importar directamente plaguicidas de uso agrícola para el consumo de sus asociados.
137. Además, en este párrafo se estableció que dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Senasa con fines de registro y que podrán tener las siguientes características diferentes a las del producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa:
 - a. nombre comercial,
 - b. país de origen,
 - c. concentración y formulación.

138. Con relación a lo anterior, corresponde determinar si, efectivamente, el procedimiento establecido en el artículo 3 de la Ley 30190 vulnera los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y a la protección de la salud, reconocidos en el inciso 22 del artículo 2 y en el artículo 7 de la Constitución, respectivamente.
139. Con relación al primer derecho, en la Sentencia 3610-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional indicó que podría hablarse de una auténtica “Constitución Ecológica”, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (fundamento 33).
140. En ese sentido, siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-760/07), se explicitó que dicho ámbito de la Constitución tiene una tripe dimensión:
- a. Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación;
 - b. Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales; y
 - c. Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares en su calidad de contribuyentes sociales (Sentencia 3610-2008-PA/TC, Fundamento 34).
141. En cuanto al medio ambiente, el Tribunal ha tenido oportunidad de precisar su definición en la Sentencia 0048-2004-AI/TC, a partir de la delimitación del contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, reconocido en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú de 1993.
142. En dicha oportunidad, el Tribunal sostuvo lo siguiente:
- Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado -espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros [fundamento 17].
143. Asimismo, lo anterior se encuentra directamente relacionado con el derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental equilibrado y adecuado para el desarrollo de su existencia, mencionado *supra*.
144. Cabe precisar que la Constitución peruana ha dotado de *ratio fundamentalis* a este derecho. Así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia y prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

145. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está compuesto por los siguientes elementos:
- a. el derecho a gozar de ese medio ambiente; y
 - b. el derecho a que ese medio ambiente se preserve.
146. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino especialmente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.
147. Con respecto a la segunda manifestación, esta consiste en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A criterio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden o pueden incidir, directa o indirectamente, en el medio ambiente.
148. Así, este derecho, en su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el medio ambiente sano y equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Como es sabido, esta dimensión no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna.
149. De esta manera, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).
150. Asimismo, este Tribunal ha sostenido en diversas oportunidades que el Estado debe velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación.

151. Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sustentable y la calidad de vida de las personas en condiciones dignas.
152. Por otro lado, con relación al segundo derecho invocado, la Constitución reconoce, en su artículo 7, que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de esta. En este sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico; y, por consiguiente, guarda una especial conexión con los derechos a la vida, a la dignidad de la persona humana, a la integridad (Sentencia 0091-2015-HC/TC, fundamento 2), y con el derecho a la alimentación, entre otros.
153. En ese sentido, existe un deber del Estado de no exponer a las personas a situaciones que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud, como ocurriría si es que no se asegura efectivamente el derecho a la alimentación adecuada, lo que necesariamente requiere, de conformidad con el Comentario General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la disponibilidad de alimentos en cantidad, calidad y variedad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, **sin sustancias nocivas**, y aceptables para una cultura determinada (Sentencia 01470-2016-HC, fundamento 38).
154. Precisamente, con relación a los efectos gravemente perniciosos para la salud de las personas que los plaguicidas químicos pueden llegar a generar, de acuerdo con el Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación de la ONU, de fecha 24 de enero de 2017:

Preocupan gravemente los efectos de la exposición crónica a los plaguicidas peligrosos. La exposición a plaguicidas se ha vinculado al cáncer, a la enfermedad de Alzheimer y a la enfermedad de Parkinson, a trastornos hormonales, a problemas de desarrollo y a esterilidad. Los plaguicidas también pueden tener numerosos efectos neurológicos, como pérdida de memoria o de coordinación o reducción de la capacidad visual o motriz. Otros posibles efectos son, por ejemplo, el asma, las alergias y la hipersensibilidad. Con frecuencia estos síntomas son muy sutiles y la comunidad médica puede no reconocerlos como un efecto clínico de los plaguicidas. Además, los efectos crónicos de los plaguicidas pueden tardar meses o años en manifestarse tras la exposición, lo cual plantea un desafío importante a la hora de tratar de exigir cuentas y acceder a un recurso efectivo, incluidas intervenciones preventivas²⁴.

24 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación*. 24 de enero de 2017, párr. 12.

155. De esta manera, el derecho fundamental a la salud, en conexión con el derecho fundamental a una alimentación adecuada, desarrollado por este Tribunal en la Sentencia 01470-2016-HC, como se ha indicado previamente, exigen que el Estado garantice que los alimentos estén disponibles en cantidad, calidad y variedad suficientes. Esto último solo se logra en la realidad cuando el Estado desarrolla políticas institucionales concretas y controlables con la finalidad de asegurar que los alimentos carezcan de sustancias nocivas, como residuos de los plaguicidas químicos; o, en general, cuando el Estado cumple con garantizar a las personas que la inocuidad de los alimentos está escurpulosamente verificada por las autoridades competentes, como debe ocurrir, por ejemplo, en el caso de los alimentos transgénicos; todo ello a fin de satisfacer las necesidades alimentarias de las personas con arreglo a la Norma Fundamental.
156. Más allá de lo previamente indicado, este Tribunal estima que su labor como guardián de la supremacía constitucional y de la tutela de los derechos fundamentales sería incompleta con relación al examen de constitucionalidad aquí desarrollado si es que no se toman medidas en el ámbito de sus competencias frente a la verificada repercusión directa en la salud de la población de nuestro país por la exposición a los plaguicidas químicos, conforme se ha precisado en esta sentencia, lo que se debe, entre otras razones de primer orden, a la falta de capacitación, vigilancia y monitoreo por parte de las autoridades correspondientes respecto del uso de este tipo de plaguicidas.
157. Así, con especial relación a esto último, este Tribunal no puede dejar de advertir que nos encontramos ante una situación alarmante que no es reciente, sino que es de larga data en nuestro país. Tal es así que, en el aludido informe del relator especial sobre el derecho a la alimentación de la ONU de fecha 24 de enero de 2017, se da cuenta de lo siguiente:
- La intoxicación por plaguicidas sigue siendo un motivo grave de preocupación, sobre todo en los países en desarrollo, a pesar de que solo el 25 % de la utilización de plaguicidas se produce en esas naciones. En algunos países, la intoxicación por plaguicidas supera incluso las muertes por enfermedades infecciosas. Entre los accidentes trágicos con intoxicaciones cabe mencionar un incidente que tuvo lugar en el Perú en 1999, en el que 24 alumnos de una escuela murieron tras consumir paratión, un plaguicida altamente tóxico, que se había empaquetado de manera que se confundía con la leche en polvo²⁵.
158. Al respecto, no debe olvidarse como se menciona en el citado informe que existen ciertos grupos que corren un riesgo sustancialmente mayor de verse expuestos a plaguicidas; por ejemplo, los agricultores y trabajadores agrícolas, las comunidades que viven cerca de terrenos agrícolas, las comunidades indígenas, las mujeres embarazadas

25 *Ibíd.*, párr. 10.

y los niños²⁶. Y, precisamente, es con estos grupos, entre otros, con los que el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar niveles de protección reforzados de sus derechos, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, entre otras disposiciones del bloque de constitucionalidad.

159. Asimismo, corresponde enfatizar que el potencial riesgo para la salud de las personas en el Perú puede tener un alcance mayor si se evalúa el problema desde la perspectiva de los consumidores, otro grupo afectado especialmente por la contaminación de los alimentos con sustancias nocivas provenientes de los plaguicidas químicos, como se sostiene también en el aludido informe de Naciones Unidas²⁷. No debe olvidarse, pues que, según el artículo 65 de la Constitución, “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.
160. Con relación a esto último, conviene recordar, como se ha indicado previamente en esta sentencia, lo que sigue:
- a. En los alimentos analizados en el año 2017 por Senasa se encontraron varios muestras con resultados “no conformes” y, en algunos casos, las muestras “no conformes” se obtuvieron en la totalidad del material analizado en un departamento, como ocurrió con las muestras “no conformes” de aceituna de Ica, o las de tomate en Lambayeque, La Libertad y Piura, donde se hallaron residuos de plaguicidas químicos que superaban el límite máximo establecido y que incluso eran altamente tóxicos (Ib), según la clasificación de la OMS; y,
 - b. Según el Ministerio de Salud, hasta junio del año 2019, se han reportado 1120 casos de intoxicación aguda por exposición plaguicidas químicos.
161. Con base en todo lo anterior, este Tribunal advierte que, de la fórmula legal del artículo 3 de la Ley 30190 no se desprende ni explícita ni implícitamente un mandato relacionado directamente con el deber de preservación del medio ambiente, ni con la protección del derecho a la salud en conexión con el derecho a la alimentación adecuada. Dicho mandato, según nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, debe cumplirse, desde un inicio, con el registro correspondiente de los plaguicidas químicos ante Senasa, registro que debe incluir, por lo tanto, la evaluación de la autoridad competente en materia ambiental del sector agrario (Dirección General de Asuntos Agrarios o DGAA del Ministerio de Agricultura y Riego) y de las autoridades competentes en materia de salud.
162. Sin embargo, este Tribunal aprecia que, de acuerdo con el cuestionado artículo 3 de la Ley 30190, bastaría una declaración jurada con la información consignada en dicho

²⁶ *Ibíd.*, párr. 6-10.

²⁷ *Íd.*

artículo para que los destinatarios de tal disposición puedan importar directamente, para consumo propio y el de sus asociados, PQUA no registrados previamente por Senasa.

163. Así, la única exigencia de previa evaluación por Senasa con fines de registro se refiere al ingrediente activo, el cual incluso podría tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración o formulación que los del producto registrado con ingrediente activo evaluado por Senasa.
164. Es decir, de lo anterior se desprende que el legislador ha asumido, sin mayor evidencia científica, que sería suficiente la evaluación del ingrediente activo de un plaguicida químico con fines de registro, por parte del Senasa, para garantizar que el producto a importar que cuente con el mismo ingrediente activo es eficaz, pero sobre todo seguro en materia agronómica, eco-toxicológica, toxicológica, medioambiental y sanitaria.
165. Incluso, más allá de dicha suposición, el propio legislador ha flexibilizado las exigencias del ingrediente activo en el artículo 3 de la ley cuestionada en detrimento de la seguridad sanitaria y medioambiental que debe procurar en la mayor medida posible para todos los ciudadanos. Ello es así por cuanto en este artículo se admite que el ingrediente activo tenga distinta concentración o formulación, esto es, se admite que se importen plaguicidas químicos sin antecedentes de registro, lo cual, razonablemente, no constituye suficiente garantía en el marco de potenciales riesgos para la propia agricultura, el medioambiente y la salud de las personas.
166. A ello debe añadirse que este artículo supedita, sin más, la restricción de las importaciones de productos químicos de uso agrícola (plaguicidas químicos) bajo esta modalidad, clasificados como pertenecientes a los grupos Ia (extremadamente peligrosos) y Ib (altamente peligrosos) según la OMS, a una norma reglamentaria, esto es, a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, aprobado por Decreto Supremo 018-2008-AG, publicado el 31 de agosto de 2008, que no regula el supuesto de restricciones a la importación de PQUA de la clasificación Ia y Ib por parte de los AIU.
167. En todo caso, una disposición relacionada con lo mencionado es el artículo 15 del Decreto Legislativo 1059 antes referido, que dispuso que la Autoridad Nacional en Sanidad Agraria (Senasa) tendría que priorizar las medidas tendientes a restringir o prohibir, entre otros, la utilización de los PQUA clasificados en las categorías Ia (extremadamente peligrosos) y Ib (altamente peligrosos) según la Tabla de Clasificación por Peligrosidad de la OMS, “siempre que [se] cuente con alternativas técnicas y económicas y, sobre todo, de menor riesgo para la salud y el ambiente”. Pero, como puede apreciarse, ello propiamente no está relacionado directamente con la figura de la importación de PQUA por parte de los AIU. Esa falta de relación directa también se advierte en relación a la regulación establecida en el Decreto Supremo 001-2015-MI-NAGRI, en cuyo artículo 56 se dispuso la exclusión de los plaguicidas y de “los beneficios de reducción arancelaria que adopte el país, en fomento del uso de otros métodos alternativos de control de plagas”.

168. Por lo expuesto, pese a la voluntad normativa expresada en nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de que las autoridades competentes tiendan a restringir o prohibir la utilización de los PQUA clasificados en las categorías Ia y Ib por la OMS, en la actualidad el reglamento del Decreto Legislativo 1059, al que alude el artículo 3 de la Ley 30190, no regula las eventuales condiciones de restricción de la importación de PQUA de tipo Ia y Ib, por parte de los AIU, lo que tampoco se advierte de manera expresa en el Decreto Supremo 001-2015-MINAGRI, que aprobó el Reglamento del Sistema Nacional de Plaguicidas de Uso Agrícola, vigente desde el año 2015.
169. De esta manera, cuando el artículo 3 de la ley cuestionada supedita al reglamento del Decreto Legislativo 1059, Ley de Sanidad Agraria, las condiciones en las que se restringe la eventual importación de plaguicidas químicos, en lo que respecta a la modalidad allí regulada, correspondientes a las categorías de la clasificación sugerida por la OMS –a saber, Ia (extremadamente peligrosas) y Ib (altamente peligrosas)–, lo que hace en realidad es remitirse a un supuesto no regulado, toda vez que actualmente no se halla una referencia explícita a tales condiciones de restricción en dicho reglamento.
170. Por otra parte, en el párrafo final del artículo 3 de la Ley 30190, se ha dispuesto la facultad de Senasa para la aprobación de procedimientos que permitan realizar la vigilancia y control de los plaguicidas importados en la modalidad regulada en dicho artículo, desde su importación hasta su uso en el campo, para lo cual se adoptarían las medidas sanitarias correspondientes, así como se impondrían sanciones a quienes infrinjan esto último. Sin embargo, en este artículo no se advierte ninguna mención a la evaluación del impacto agronómico, eco-toxicológico, toxicológico y medioambiental, incluyendo el manejo de residuos y desechos de plaguicidas químicos que también debieran ser incluidos en la vigilancia y control de estos productos importados, conducidos por el Senasa, en coordinación con las autoridades competentes en materia ambiental del sector agrario y sanitaria.
171. Antes bien, frente a todo lo previamente indicado, este Tribunal considera que la importación de plaguicidas químicos en la modalidad regulada en el artículo 3 de la Ley 30190 no garantiza la evaluación agronómica, eco-toxicológica, toxicológica y medioambiental, desde la importación hasta el uso en el campo de tales productos.
172. De esta manera, en lo que corresponde al derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado, este Tribunal considera que la modalidad de importación regulada en el artículo 3 antes aludido no satisface las exigencias del deber de prevención, dimanante de este derecho fundamental, por cuanto la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo involucra la reparación frente a daños a este último, sino y, por sobre todo, la prevención de estos, ante riesgos conocidos, como ocurre con los plaguicidas químicos.
173. Efectivamente, este Tribunal ha hecho explícita en varias oportunidades la relevancia del deber de prevención, por cuanto:

Si bien el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir que el Estado adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan [Sentencia 03347-2007-PA/TC, fundamento 5].

174. De igual forma, a cerca del derecho fundamental a la salud en conexión con el derecho a la alimentación adecuada, este Tribunal considera que el artículo 3 de la Ley 30190, al permitir la importación de PQUA en la modalidad ahí regulada, exigiendo únicamente que el ingrediente activo de los productos a importar haya sido evaluado con fines de registro ante el Senasa, admitiendo que pueda tener distinta formulación o concentración, prescindiendo, por tanto, de una evaluación toxicológica y sanitaria de dichos plaguicidas, constituye un incumplimiento del deber del Estado de no exponer a las personas que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud, esto es, de la dimensión objetiva del derecho fundamental protegido por el artículo 7 de la Constitución en conexión con el derecho a la alimentación adecuada.

175. Por lo tanto, por las razones antes esgrimidas, debe declararse inconstitucional el siguiente párrafo del artículo 3 de la Ley 30190:

[...] dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro y podrán tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración y/o formulación distinta al producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa.

176. Por otro lado, este Tribunal ha detectado, en la disposición cuestionada, las siguientes omisiones inconstitucionales:

- a. No se ha exigido que la importación de PQUA por parte de AIU se realice respecto de plaguicidas químicos previamente registrados ante Senasa.
- b. No se han regulado expresamente las condiciones de restricción respecto de los PQUA clasificados en los niveles de toxicidad Ia y Ib, según la OMS en el año 2009.
- c. No se ha exigido la evaluación agronómica, eco-toxicológica, toxicológica y medioambiental, incluyendo el manejo de residuos y desechos de plaguicidas químicos, como parte de las labores de verificación y control *ex ante* y *ex post* conducidas por Senasa, en coordinación con las autoridades competentes en materia ambiental y sanitaria.

177. Al respecto, debe recordárselo siguiente con relación a la figura de la omisión inconstitucional:

Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*) [Sentencia 05427-2009-AC/TC, fundamento 12].

178. Ello es así por cuanto solo de esta manera puede la garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental (Sentencia 05427-2009-AC/TC, fundamento 12).
179. Por ello, en atención a las inconstitucionalidades previamente detectadas, este Tribunal estima indispensable recurrir a la figura de una sentencia interpretativa aditiva.
180. En principio, a la modalidad de la sentencia interpretativa propiamente dicha se recurre cuando el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley, por lo que se recurre de manera alternativa y acumulativa a la tarea reductora y reconstructiva (Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3).
181. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 004-2004-CC/TC que las sentencias aditivas son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, contexto en el cual “se procede a ‘añadir’ algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional” y que se expiden “para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo ‘menor’ respecto al exigible constitucionalmente” (fundamento 3.3.).
182. Así, “se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar” y que, en concreto se caracteriza por lo siguiente:
 - La sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo.
 - El órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.
 - La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

- El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica [Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3].

183. Y es que, en todo caso, debe recordarse que la existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico (Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3). Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente; a saber, el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución:

[...]

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

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

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

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos [Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3].

184. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el principio de presunción de constitucionalidad de las normas, que establece que una ley no será declarada inconstitucional a menos que exista plena convicción respecto de su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que, si no se demuestra la abierta inconstitucionalidad de la norma, el juez constitucional estará en la obligación de adoptar una interpretación que la concuerde con el texto constitucional (Sentencia 0020-2003-AI/TC, fundamento 33).

185. Por ello, a efectos de evitar que la declaración de inconstitucionalidad de todo el texto del artículo 3 genere una inconstitucionalidad mayor ante la ausencia de una disposición que regule expresamente esta modalidad de importación de PQUA para consumo propio y sin fines de comercialización, en el entendido de que según el artículo 88 de la Constitución Política de 1993, el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario, este Tribunal considera:

- a. Con relación a la primera omisión inconstitucional detectada, debe interpretarse aditivamente la frase **“registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)”** en el primer párrafo del referido artículo 3 de la Ley 30190. De esta forma, la disposición aludida debe interpretarse en el siguiente sentido: “Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola, **registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)**, presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase”.
 - b. Asimismo, en la medida en que constituye también una omisión inconstitucional el hecho de que no se haya incluido como parte de la vigilancia y control que deberá realizar el Senasa, desde la importación hasta el uso en el campo de los PQUA, la evaluación de su impacto toxicológico, eco-toxicológico, medioambiental y agronómico, incluyendo el manejo de residuos y desechos de plaguicidas, en coordinación con las autoridades competentes en materia ambiental y sanitaria, debe interpretarse aditivamente la frase **“toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas”** en el tercer párrafo del aludido artículo 3. De esta manera, la disposición aludida debe interpretarse en el siguiente sentido: “Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias, **toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas**, e imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición”.
186. Al respecto, se precisa que la inclusión de la frases **“registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)”** así como **“toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas”** en el texto del artículo 3 de la Ley 30190 constituye únicamente el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, efectivizando así la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes, que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarlo compatible con la Norma Fundamental. Así, dichas frases solo cumplen con el propósito de esclarecer la manera cómo debe ser interpretado el texto a partir de la expedición de la presente sentencia.
187. Finalmente en relación con la segunda omisión inconstitucional detectada, en atención a la potencial contaminación del medio ambiente y el peligro para la salud por la excesiva toxicidad de los plaguicidas correspondientes a las categorías Ia y Ib de la clasificación sugerida por la OMS, este Tribunal considera que es contrario a la Constitución que el legislador no haya regulado expresamente las restricciones a la importación en la modalidad regulada en el artículo 3 de la Ley 30190, de los PQUA correspondientes a tales categorías.

188. El incumplimiento antes aludido se aprecia también en el hecho de que se supeditan las condiciones de la restricción de las PQUA correspondientes a la clasificación Ia y Ib, en la figura del AIU, a lo establecido en el reglamento del Decreto Legislativo 1059, aprobado por Decreto Supremo 018-2008-AG, algo que, en la actualidad, carece de efectos prácticos, por cuanto en este referido reglamento no se encuentra una mención expresa a tales restricciones, como se indicó previamente.

189. Por esta razón, este Tribunal declara inconstitucional el siguiente párrafo:

Las importaciones de los productos químicos de uso agrícola pertenecientes a las categorías Ia y Ib, quedan restringidas a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.

190. Indicado todo lo anterior, la fórmula legal del artículo 3, a partir de la presente sentencia, debe ser interpretada en el siguiente sentido:

“Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola, **registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)**”, presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase.

Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias, **toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas**, e imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición”.

191. Por todo lo expuesto, este Tribunal declara fundado en parte este extremo de la demanda; razón por la cual el artículo 3 de la Ley 30190 debe ser interpretado como se ha indicado en el fundamento previo.

3.5. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA PROSCRIPCIÓN DE LEYES ESPECIALES POR RAZÓN DE LA DIFERENCIA DE PERSONAS

192. Por otra parte, los demandantes reiteran que, con la entrada en vigencia del artículo 3 de la Ley 30190, se contraviene el principio de igualdad ante la ley y lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, según el cual “no pueden expedirse leyes especiales por razón de la diferencia de las personas” por cuanto existen dos procedimientos legales distintos para las personas que pretenden importar PQUA. Al respecto, según los demandantes, esta diferenciación no se sustenta en ningún criterio técnico, sino única y exclusivamente en la persona que realiza la importación del PQUA o, en todo caso, en la finalidad de dicha importación.

193. Ahora bien, respecto al principio-derecho de igualdad, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución establece lo siguiente:
- [...] toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
194. Este Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que el principio-derecho de igualdad encuentra su fundamento en la dignidad humana (ver, entre otras, la Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 42) y que no se puede abordar “unidimensionalmente, como una mera exigencia de trato paritario” (Sentencia 0033-2010-PI/TC, fundamento 12).
195. Así, el contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica comprende en estricto dos facetas: una como principio del ordenamiento jurídico en su conjunto, esto es, como un contenido material objetivo, y otra como un derecho fundamental (Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 20).
196. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal de la norma establecida en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, el derecho fundamental a la igualdad no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en la exigencia de que dicho trato sea de igual modo al que reciben quienes se encuentran en una misma condición (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59). No supone, en consecuencia, el tratamiento idéntico de todos los casos.
197. De ahí que la jurisprudencia de este Tribunal haya desarrollado el discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales como diferenciación y discriminación.
198. La diferenciación está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas razonables y objetivas. Por el contrario, si dicha diferenciación no resulta razonable ni proporcional, se estará ante una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62). En tal sentido, en la Sentencia 0045-2004-PI/TC, el Tribunal concluyó que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando esta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad (fundamento 31, *in fine*).
199. Asimismo, este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que la discriminación es aquel trato diferente y arbitrario que le impide a la persona acceder a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, tienen acceso, y que es causada por motivos proscritos por la propia Norma Fundamental o de similar índole (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).
200. Explicado lo anterior, cabe resaltar una vez más que la igualdad constitucionalmente garantizada no impone el trato idéntico de todos los sujetos, sino un trato igualitario

de los que se encuentran en la misma condición, lo que implica que quien invoca la afectación de dicho principio-derecho debe demostrar dos cosas:

- a. el trato diferente; y
 - b. que se encuentra en la misma condición respecto de la persona que recibe un tratamiento diferenciado.
201. En tal sentido, este Tribunal afirmó que, para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante, debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales, o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación, lo que vendría a constituir una violación del principio de igualdad por indiferenciación (Sentencia 02437-2013-PA/TC, fundamentos 25 y siguientes).
202. En otras palabras, la identificación del tratamiento diferenciado debe realizarse mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable, desde el punto de vista fáctico o jurídico, pero al que se le asigna diferente consecuencia, lo que constituye el “término de comparación” (*tertium comparationis*) (Sentencia 0026-2014-PI/TC, fundamento 22).
203. Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia y tiene como características las siguientes:
- a. Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste, por derivación, ampliaría el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.
 - b. La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se traten de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación análoga *prima facie* relevante. A contrario sensu, no resultará válido el término de comparación en el que *ab initio* pueda apreciarse con claridad la ausencia (o presencia) de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee (o no posee) la situación jurídica cuestionada [Sentencia 0015-2010-PI/TC, fundamento 9].
204. Es en esta línea que el Tribunal Constitucional ha planteado que, desde la posición de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad en la ley por una diferenciación legal, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario

incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no es suficiente invocar un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino sustentar la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma (Sentencia 00015-2010-PI/TC, fundamento 10).

205. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa propuesta para ser comparada con aquel, invalida el *tertium comparationis* y, en ese sentido, se presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad (Sentencia 0019-2010-PI, fundamento 15).
206. De esta manera, si el término de comparación propuesto no cumple con las referidas condiciones, no existirá mérito siquiera para ingresar en el análisis del test de igualdad, cuyos subprincipios fueron desarrollados en la Sentencia 0045-2004-PI/TC (fundamentos 33 y siguientes).
207. La primera de ellas es su validez. El empleo del *tertium comparationis* presupone su conformidad con el ordenamiento jurídico. No ha de tratarse de un término de comparación que por las razones que fueran se encuentre prohibido, por ejemplo, por la Ley Fundamental (Sentencia 00019-2010-PI/TC, fundamento 16).
208. La segunda es la idoneidad. El requisito de idoneidad al que aquí se alude no se relaciona con las cargas argumentativas que exige el subprincipio del mismo nombre que conforma el principio de proporcionalidad, sino a la necesidad de que el *tertium comparationis* represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia (Sentencia 0014-2007-PI/TC, fundamento 12).
209. Tal identidad no alude a la equivalencia de rasgos entre las dos situaciones que se comparan, sino al hecho de que se trate de situaciones que puedan ser jurídicamente equiparables. Entre lo que se compara y aquello con lo cual este es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes (Sentencia 0035-2010-PI/TC, fundamentos 32 y 30).
210. Por otro lado, debe resaltarse que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación* de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, encontrándose este vedado de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.
211. Precisamente, con la *igualdad en la ley* se encuentra estrechamente relacionado el mandato establecido en el artículo 103 de la Constitución, según el cual “no pueden expedirse leyes especiales por razón de la diferencia entre personas”. Al respecto,

como este Tribunal sostuvo en la Sentencia 0021-2011-PI/TC, el artículo 103 de la Constitución establece un principio general del derecho que afirma implícitamente que las normas jurídicas protegen y obligan por igual a todos los habitantes de la República (fundamento 6).

212. Así, las normas se caracterizan por tener un mandato impersonal, por lo que no tienen en cuenta la singularidad de las personas obligadas a su cumplimiento. Por ello, la ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultantes de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, *erga omnes* (Sentencia 018-2003-AI/TC).
213. Dentro de ese contexto, solo por excepción es viable la creación de una regla especial, que no puede ampararse en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica (Sentencia 018-2003-AI/TC).
214. Por lo expuesto, una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad y hace referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia (Sentencia 018-2003-AI/TC). De esta forma, una ley especial se justifica por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas (Sentencia 018-2003-AI/TC).
215. Asimismo, corresponde reiterar que, en la Sentencia 0001-2003-PI/TC, este Tribunal sostuvo lo siguiente en sus fundamentos 11 y 12:

11. El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos” [...].

12. Así las cosas, cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2°, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos.

216. Por su parte, la segunda manifestación del derecho a la igualdad, esto es, la igualdad *en la aplicación* de la ley, se configura como límite del actuar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que estos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (ver Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123 y 124).

217. En suma, la inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad (Sentencia 0019-2010-PI/TC, fundamento 15; Sentencia 0017-2010-PI/TC, fundamentos 4 y 5; y Sentencia 0022-2010-PI/TC, fundamentos 15 y 18).
218. Por ello, es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho identificar el trato desigual, así como aportar las razones y argumentos por los que este debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo (Sentencia 00031-2004-PI/TC, fundamento 16; Sentencia 0008-2004-PI/TC, fundamentos 131 y 132; Resolución 03931-2010-PA/TC, fundamento 6; Resolución 00640-2011-PA/TC, fundamento 5, y Sentencia 0035-2010-PI/TC, fundamento 32), lo que es indispensable para evaluar si efectivamente se ha vulnerado el principio-derecho de igualdad.
219. Y es que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato de prohibición de discriminación; por consiguiente, su análisis se presenta como un *prius* la determinación de su lesividad (Sentencia 0035-2010-PI/TC, fundamentos 31 y 32).
220. Ahora bien, con relación a lo alegado por los demandantes en el presente extremo de la demanda, este Tribunal advierte que estos han presentado como *tertium comparationis*, con respecto al grupo destinatario de la disposición objeto de control constitucional, al resto de importadores que no realizan dicha actividad solo para el consumo propio, sino que, por el contrario, importan PQUA con fines de comercialización.
221. Así, se advierte que los demandantes pretenden equiparar el supuesto importación de PQUA con fines comercialización con la importación de PQUA en la modalidad de los AIU, esto es, sin fines de comercialización.
222. No obstante, este Tribunal aprecia que, si bien el *tertium comparationis* aludido cumple con el requisito de validez, toda vez que no se trata de un supuesto prohibido por la Norma Fundamental, no resulta, en cambio, idóneo, por cuanto, entre la importación de plaguicidas químicos para consumo propio exclusivamente y la importación de dichos productos con fines de comercialización no existe una esencial identidad, en sus propiedades relevantes.
223. Y es que no resultan asimilables la importación de PQUA con miras únicamente a su utilización en los campos de cultivo y su importación con la finalidad de comercializarlos en el mercado. El elemento de la comercialización como fin de la importación determina que se trate de situaciones fácticas que ameritan un tratamiento legislativo diferenciado en atención justamente a la naturaleza de las cosas. Por consiguiente, no existe mérito siquiera para ingresar en el análisis del test de igualdad.
224. Explicado todo lo anterior, este Tribunal advierte que el artículo 3 de la Ley 30190 no vulnera el principio de igualdad ante la ley en un sentido formal como tampoco

lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, como alegan los demandantes, por cuanto el *tertium comparationis* ofrecido no es idóneo.

225. Siendo ello así, corresponde declarar infundada la demanda en el presente extremo.

3.6. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE LA INVERSIÓN NACIONAL Y LA EXTRANJERA

226. Por otro lado, los demandantes alegan que el artículo 3 de la Ley 30190 establece un trato discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales, por cuanto, para comercializar un PQUA a nivel local, el comerciante deberá previamente haber cumplido con registrar el producto ante Senasa, así como someterlo a evaluación de las autoridades competentes; sin embargo, esta exigencia se suprime si la compra del PQUA se realiza en el extranjero. Así, para los demandantes, en relación con esto último, se habría vulnerado también el artículo 63 de la Constitución según el cual “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”.

227. En suma, los demandantes sostienen que la disposición cuestionada ha incurrido en un trato discriminatorio por razón de la nacionalidad pese a lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, y 63 de la Norma Fundamental.

228. Al respecto, este Tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones que el contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica como *derecho fundamental*:

[...] constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”, como por ejemplo, la nacionalidad) que, jurídicamente, resulten relevantes” [Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 20].

229. Ahora bien, el artículo 63 de la Constitución establece lo siguiente:

La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas [...].

230. En la Sentencia 0018-2003-AI/TC, este Tribunal señaló que la inversión a la que alude dicho artículo es “aquella acción mediante la cual los agentes económicos -personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos- realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros” (fundamento 2).

231. Dichos beneficios son, básicamente, “el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.”, de forma tal que “la inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o,

en otras palabras, la acumulación de capital”; pudiendo ser esta, “según la realice el poder público o la iniciativa particular (...) pública o privada; y, según el domicilio del inversor que aporte capital (...), nacional o extranjera”. Al respecto, la condición de inversión extranjera se tiene incluso “cuando la acción económica se efectúa dentro del territorio de un Estado por agentes económicos con domicilio en otros países” (Sentencia 0020-2011-PI/TC, fundamento 11).

232. Explicado lo anterior, este Tribunal advierte que el objeto del artículo 3 de la Ley 30190 no tiene como objeto regular un tema en materia de inversiones ni menos aún establece como mecanismo de regulación algún trato discriminatorio por motivo de la nacionalidad. Lo que hace en realidad dicho artículo es intentar favorecer la importación de plaguicidas químicos siempre que sea para consumo directo y sin fines de comercialización, lo que no implica ninguna restricción directa a los comercializadores nacionales de plaguicidas químicos por razón precisamente de su nacionalidad.
233. Siendo ello así, en la medida en que el objeto regulado no está relacionado directamente con las inversiones o la colocación de los capitales en el mercado, ni se advierte ningún trato discriminatorio basado únicamente en la nacionalidad, este Tribunal no advierte ninguna incidencia negativa en el mandato constitucional de proscripción de la discriminación (artículo 2, inciso 2) ni en lo establecido en el artículo 63 de la Constitución.
234. Por consiguiente, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

3.7. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y DE LA GARANTÍA DE LA COSA JUZGADA

235. Por otro lado, los demandantes indican que, con la aprobación del artículo 3 de la Ley 30190, se transgrede el artículo 55 de la Constitución y la garantía de la cosa juzgada, por cuanto se desconoce lo resuelto en el proceso 05-AI-2008 del Tribunal de Justicia de la CAN.
236. Sostienen que, en virtud del artículo 55 de la Constitución, el Acuerdo de Cartagena como el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de CAN son tratados en vigor celebrados y ratificados por el Estado peruano y que forman parte del derecho nacional. Por consiguiente, las Decisiones de la CAN son vinculantes para los Estados Miembros como el Perú, mientras que lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la CAN, como lo resuelto en el proceso 05-AI-2008, tiene fuerza obligatoria y adquiere calidad de cosa juzgada a partir del día siguiente a su notificación, según lo previsto en el artículo 91 del Estatuto de dicho tribunal.
237. Ahora bien, los demandantes sostienen que, si bien al tiempo de la expedición de la Ley 30190 se encontraba suspendida la vigencia de la Decisión 436, “Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola”, también lo es que dicha suspensión se hizo al amparo de la Decisión 795, que facultó a los países

miembros de la Comunidad Andina a suspender la vigencia de la primera decisión, y del “Manual Técnico Andino para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola” (Resolución 630) en sus respectivos territorios, de forma temporal, hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que fue ampliado hasta el 30 de abril de 2015. De esta manera, la expedición de una ley, con vocación de permanencia, como es el caso de la Ley 30190, no sería compatible, a criterio de los demandantes, con el carácter temporal de la suspensión de la Decisión 436.

238. Además, el artículo 3 de la referida ley tampoco sería compatible con la Decisión 795, que establece que durante la suspensión de las normas comunitarias referidas regiría la normativa interna en materia de registro y control de PQUA, la que deberá asegurar la protección de la salud humana y el ambiente, así como la calidad y eficacia biológica del producto, condiciones que no se estarían cumpliendo con la entrada en vigencia del artículo 3 antes mencionado, en la medida en que insiste en mantener un sistema de importación de PQUA, conocido como la figura del AIU, que ha tenido diversas versiones normativas en el Perú y que, a criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 05-AI-2008, pone en riesgo la salud y el medio ambiente al permitir la importación de PQUA que no han sido previamente evaluados por las autoridades competentes.
239. En suma, con la entrada en vigencia del citado artículo 3 de la Ley 30190 se habría incurrido en un conjunto de incumplimientos de los compromisos asumidos en el marco de la CAN. En todo caso, debe recordarse como ya se ha indicado previamente que desde el 1 de mayo de 2015, se encuentra vigente la Decisión 804 “Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícolas”, en cuyo artículo 1 se estableció que “la Decisión 436 se modifica en todos sus Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos, por los Títulos, Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos de la presente Decisión”. Dicha decisión dejó sin efecto además las Decisiones 684, 767, 785, 795 y 802, que modificaron e incluso suspendieron temporalmente la aplicación de la Decisión 436. Asimismo, debe tenerse presente que en agosto de 2019 se ha promulgado la Resolución 2075 “Manual Técnico Andino para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola”, la cual ha derogado la Resolución 630 y debe aplicarse según lo establecido en la Decisión 804.
240. Al respecto, lo solicitado por los demandantes implicaría que este Tribunal analice si, eventualmente, con la expedición del artículo 3 de la Ley 30190 se incumplen las obligaciones asumidas en virtud de los tratados, no en materia de derechos humanos, sino de rango legal, ratificados por el Estado en el marco de la CAN, ello en el entendido de que, según el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, que tiene como finalidad la formación gradual de un mercado común latinoamericano y, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la CAN, su finalidad radica precisamente en garantizar el estricto cumplimiento de los compromisos que se deriven directa o indirectamente del aludido Acuerdo de Cartagena, con miras a la integración económica de los países miembros.

241. Dicha evaluación, que tiene como parámetro de control el ordenamiento jurídico comunitario, excede, por lo tanto, el ámbito de competencias de este Tribunal, en su calidad de guardián de la supremacía constitucional y de la tutela de derechos fundamentales, lo que bajo ninguna circunstancia debe interpretarse en el sentido de desconocer el deber del Estado promover la integración, particularmente latinoamericana, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.
242. Y es que, en puridad, este Tribunal Constitucional solo puede pronunciarse respecto de aquellas materias y controversias jurídicas que se encuentran dentro del ámbito sus competencias, como es el caso del escrutinio, de acuerdo con las particularidades de un caso concreto, de los actos realizados por los poderes públicos y privados que incidan negativamente en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, como también, en lo que respecta al control de constitucionalidad de normas con rango de ley y de las omisiones inconstitucionales que contravengan el bloque de constitucionalidad, por la forma o por el fondo, directa o indirectamente, de forma parcial o total.
243. De esta manera, debe quedar claramente establecido que este Tribunal no tiene competencias para pronunciarse en torno a un eventual incumplimiento por parte del Estado peruano de los compromisos asumidos en materia del ordenamiento de la CAN.
244. Por ello, corresponde declarar infundado el presente extremo de la demanda.

3.8. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE AVOCAMIENTO A CAUSAS PENDIENTES

245. Por último, los demandantes alegan que con la expedición de la disposición cuestionada se ha incurrido en un avocamiento en el proceso recaído la Acción Popular 119-2012 (275-2012), pese a que ello se encuentra prohibido por artículo 139 de la Constitución Política de 1993.
246. Al respecto, el artículo 139 de la Constitución Política del Perú reconoce los principios y derechos que informan la función jurisdiccional estableciendo lo siguiente: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”, (inciso 2) y “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (inciso 3).
247. Como ya fue indicado por este Tribunal en la Sentencia 0003-2005-PI/TC, dicha disposición constitucional contiene dos normas prohibitivas: “Por un lado, la proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial” (fundamento 49). Así, en su significado constitucionalmente prohibido:

[...] consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental,

o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquél [Sentencia 00023-2005-AI/TC, fundamento 9].

248. Propiamente, este Tribunal advierte que, del contenido el artículo 3 de la Ley 30190, no se desprende propiamente, ni directa ni indirectamente, un mandato en el sentido de desplazar el juzgamiento del proceso recaído en la Acción Popular 119-2012 (275-2012) hacia otra autoridad gubernamental o jurisdiccional. Asimismo, el Colegiado tampoco aprecia que de dicha disposición se desprenda, en algún sentido, una interferencia en el ejercicio de las competencias del órgano jurisdiccional que conoció desde un inicio aquella causa.
249. En todo caso, dicho proceso resultó ser parcialmente favorable para la parte demandante. En efecto, en dicho caso se declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra el Ministerio de Agricultura y, por consiguiente, se declaró también la ilegalidad y nulidad con efecto retroactivo de la Segunda Disposición Transitoria del Reglamento para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola, modificada mediante los artículos 3 y 6 del Decreto Supremo 002-2011-AG; así como de los artículos 7, 8, 9 y 10 de las Normas Complementarias para el desarrollo de la Asociatividad Agraria, aprobadas mediante el Decreto Supremo 001-2012-AG, y, finalmente, nulos los actos administrativos que hubiera ejecutado o expedido en aplicación de tales normas.
250. En la actualidad, se ha dispuesto el archivo de los actuados, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 46, de fecha 2 de mayo de 2019.
251. Por consiguiente, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

III. EFECTOS DE LA SENTENCIA

252. En el presente caso se ha estimado en parte la demanda y se han declarado inconstitucionales determinados extremos del artículo 3 de la Ley 30190 por vulnerar el derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y, también, el derecho a la protección de salud.
253. Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al artículo 204 de la Constitución:
- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.
254. Ahora bien, este Tribunal en su jurisprudencia (Cfr. STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 174) ha explicitado que, al igual que otros Tribunales o Cortes Constitucionales, tiene la potestad de diferir los efectos en el tiempo de sus sentencias según las particularidades de cada caso que dirime. Así, de acuerdo a dicha sentencia, el

ejercicio de esta potestad es muy relevante en el Estado Constitucional, por cuanto el hecho de diferir tales efectos se hace con la finalidad de evitar las consecuencias perjudiciales que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la totalidad o de parte de una ley (fundamento 174). Es justamente en razón a lo anterior que debe aplazarse o suspenderse sus efectos, lo que no supone necesariamente una plena discrecionalidad o actuación arbitraria por parte del Tribunal (fundamento 174-175).

255. Precisamente, en la aludida sentencia, siguiendo a Zagrebelsky, se indicó que la potestad de diferir los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional debe ser empleada de forma prudente, responsable, y sobre todo, con consciencia de las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad, más aún si la gradualidad en la transformación del derecho es una exigencia de relevancia, como explica dicho autor (Cfr. STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 175). De esta forma, el *horror vacui*, o el temor a la laguna, a menudo se justifica por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius* (Cfr. STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 176).
256. Con base en todo lo anterior, este Tribunal considera que la expulsión inmediata del ordenamiento de los extremos del artículo 3 de la Ley 30190 generaría efectos perjudiciales en los destinatarios de la norma, si se tiene en consideración que la importación de PQUA realizada directamente por los agricultores es una modalidad a la que recurren en la actualidad para desarrollar sus cultivos y, de esta manera, obtener posteriormente beneficios económicos con la venta de los mismos.
257. Así, si este Tribunal, en atención a su labor de pacificación, debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso (STC 0054-2004-PI/TC, fundamento 16), entonces se concluye que la presente sentencia, en atención a lo expresado previamente, no debe surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.
258. En todo caso, no puede obviarse, como ya se ha explicitado en otros casos en los que se dispuso la aplicación de la *vacatio sententiae*, que la potestad de diferir los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional no implica en modo alguno suplantarse la labor del Poder Legislativo, sino que, en realidad, manifiesta y da cuenta del reconocimiento de que es éste el órgano constitucional competente para establecer la regulación respectiva (STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 178).
259. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional debe disponer una *vacatio sententiae* por el plazo de un año, contado a partir de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial "*El Peruano*", plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones antes aludidas surta todos sus efectos y sean expulsadas del ordenamiento jurídico. Dicho lapso permitirá que el legislador regule dichas materias de conformidad con la Constitución.

260. Por último, corresponde precisar que la mencionada *vacatio sententiae* (1 año) no implica que se deba esperar a que transcurra este lapso de tiempo en su totalidad para legislar; antes bien, ello supone que el legislador, en el marco de sus atribuciones constitucionales, pueda expedir la respectiva regulación, incluso, de ser posible, durante los primeros meses de tal período.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda por la vulneración del derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y el derecho a la protección de salud; y, por consiguiente, declarar inconstitucionales los siguientes párrafos del artículo 3 de la Ley 30190:

[...]

dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro y podrán tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración y/o formulación distinta al producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa.

Las importaciones de los productos químicos de uso agrícola pertenecientes a las categorías Ia y Ib, quedan restringidas a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.

2. Según lo indicado *supra* y de conformidad con la Constitución, deben incluirse las frases “**registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)**” y “**ecotoxicológicas, toxicológicas, medioambientales y agronómicas**” al artículo 3 de la Ley 30190, e interpretarse en el siguiente sentido:

Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola, **registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)**, presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase.

Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias, **toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas**, e

imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición.

3. Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales en la presente sentencia, una *vacatio sententiae* por un lapso de 1 año contado a partir de su publicación en el diario oficial “*El Peruano*”, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar **FUNDADA** en parte la demanda por la vulneración del derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y del derecho a la protección de la salud; así como con los demás puntos resolutivos de la sentencia, considero pertinente realizar algunas precisiones sobre el proceso de inconstitucionalidad, la constitucionalidad, la conceptualización de la figura del análisis de constitucionalidad, así como sobre el ángulo de observación y el eje de preocupación que debe observarse en estos procesos, en orden a dejar establecida mi posición en estos temas.

Mi fundamentación la efectúo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El proceso de inconstitucionalidad.
2. La constitucionalidad.
3. Conceptualización de la figura del análisis de constitucionalidad.
4. El eje de preocupación y el ángulo de observación en los procesos de inconstitucionalidad.

A continuación, desarrollo dicho esquema siguiendo la misma numeración temática:

1. El proceso de inconstitucionalidad

A manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso:

- 1.1 El Proceso Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incurso 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 concepción.

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. El eje de preocupación y el ángulo de observación en los procesos de inconstitucionalidad.

Teniendo en cuenta lo explicitado, debo formular las siguientes precisiones en cuanto a lo que considero debe ser el eje de preocupación y el ángulo de observación en los procesos de inconstitucionalidad:

- 4.1 En estos procesos, al igual que en los que se cautelan los derechos fundamentales, se pueden presentar dos situaciones que, a mi parecer, no se condicen con la impartición de una Justicia Constitucional garantista y finalista, que es la que debe llevar a cabo nuestro Tribunal Constitucional.

Tales situaciones, que percibo distorsionantes de la más alta judicatura constitucional nacional, las describo así:

- Primera distorsión: variación del eje de preocupación que corresponde asumir al Juez Constitucional cuando resuelve una controversia constitucional; y
- Segunda distorsión: variación del ángulo de observación desde el que el Juez Constitucional debe analizar la problemática materia de examen en el proceso constitucional en que intervenga.

- 4.2 La primera situación de distorsión consiste en que el eje de preocupación no sea el de garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por infracciones

normativas infraconstitucionales; sino que sean otros ejes los que priman, tales como, por ejemplo, el equilibrio presupuestal, el ordenamiento en la contratación pública, la lucha anticorrupción, los alcances mediáticos de la decisión o los efectos producidos en el terreno fáctico, entre otros, los cuales si bien son importantes, no deben constituirse en la preocupación primordial del Juez Constitucional y, menos aún, determinante para orientar su veredicto, ya que en puridad escapan a sus competencias y distraen, obstaculizan y distorsionan el enfoque que le corresponde asumir en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales regulados en los artículos 200º y 202º de la Carta Fundamental de la República; fines que, con claridad y contundencia, desarrolla el artículo 2º del Código Procesal Constitucional en los términos siguientes: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.”

- 4.3 La segunda situación de distorsión consiste en que el ángulo de observación no sea dado a partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra –es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente–, lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el *telos* constitucional –la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente– debe realizar el análisis de la materia controvertida, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales, a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional, que detenta el colegiado que integra; sino que, por el contrario, el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de la ley –es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido–.
- 4.4 Esta segunda distorsión conlleva, lamentablemente, que el Poder Constituido termine primando sobre el Poder Constituyente y que el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, termine defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.
- 4.5 Por ello, como Jueces Constitucionales debemos operar con suma cautela al momento de impartir Justicia Constitucional, sin descuidar en ningún momento el eje de preocupación y el ángulo de observación que informa a cada uno de los procesos constitucionales. En este caso, al proceso de inconstitucionalidad.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso si bien me encuentro de acuerdo con el fallo, considero necesario realizar algunas precisiones:

1. La exoneración del dictamen de la Comisión del Congreso es una potestad excepcional, como lo establece el artículo 105 de la Constitución. Así también, este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0006-2008-PI/TC ha señalado lo siguiente:

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

2. Por ello, considero que el hecho que la ponencia avale la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, así como el plazo del dictamen de la Comisión Agraria constituye un supuesto extremo, que responde no solo por la alta votación obtenida para la exoneración, sino también por la urgencia en emitir la disposición normativa cuestionada, dada la importancia del tema que es objeto de regulación (tratamiento de plaguicidas).
3. Por otro lado, desde mi punto de vista, los fundamentos 87 a 111, si bien permiten ilustrar el tema, no son relevantes directamente para analizar la constitucionalidad de la disposición cuestionada, por lo que considero que deben ser suprimidos.
4. Considero también que la ponencia no analiza adecuadamente la pretensión referida al incumplimiento del artículo 55 de la Constitución, referida a que se habría obviado la Decisión 759 así como el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Y es que, el artículo 55 de la Constitución señala que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. No se cuestiona que el tratado de la CAN tenga rango constitucional o no, sino su incumplimiento, lo que sí tiene contenido constitucional.

5. En ese sentido, considero que no se ha producido el incumplimiento de la sentencia recaída en el Proceso 05-AI-2008 –y, por lo tanto, de la Decisión 436–. Ello, en razón a lo alegado por el demandado, en el sentido de que el Estado peruano comunicó que iba a suspender la aplicación de la Decisión 436 y de la Resolución 630 a partir del 9 de mayo del 2014, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 30190. Asimismo, el plazo de suspensión de la Decisión 436 fue extendido por la Decisión 802 hasta el 30 de abril de 2015. Pero, además, el 24 de abril de 2015, la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 804, por la que se modificó la Decisión 436 en lo que se refiere a los requisitos para la importación de PQUA, por lo que estos últimos ya no resultan aplicables a la importación de PQUA para consumo propio, como fue exigido en el Proceso 05-AI-2008 a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De esta manera, tampoco se advierte una vulneración del artículo 55 de la Constitución.

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo señalado por mis colegas magistrados, pero debo agregar a lo expuesto, lo siguiente:

Sobre el déficit de deliberación

1. A efectos de expresar con mayor claridad mi parecer en torno a los vicios de deliberación, resulta necesario realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza de lo que se ha mencionado en este punto.
2. Sobre el particular, se hace necesario precisar que las alegaciones realizadas en torno a la exoneración de los trámites, o del íter legislativo habitual que debía seguir la aprobación de norma cuestionada, aluden en realidad a déficits de deliberación y reflexión, los cuales, más aun si partimos de un sistema de Congreso unicameral como el vigente en el caso peruano, no deberían ser considerados tan solo como vicios “de forma” o, dicho con otras palabras, como un mero incumplimiento de previsiones procedimentales o del tramitaciones formales.
3. Por el contrario, estos déficits constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución, lo cual va bastante más allá de muy respetables alegaciones formales. Es por ello, y no solo por cuestiones de tramitación, que la contravención de tales parámetros debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.
4. La existencia o no de un déficit de este tipo no solo encierra una consideración democrática, sino que se proyecta metodológicamente a una forma distinta de abordar el análisis del caso. Y es que el déficit de deliberación no siempre podrá apreciarse a partir del análisis punto por punto de cada lesión de los principios invocados, sino que se hará necesaria una valoración en conjunto de los hechos para apreciar si existe o no un déficit de deliberación.
5. En ese sentido, es importante recordar que, entre sus contenidos o subprincipios se encuentran, entre otros, el principio mayoritario (o de respeto a la decisión o al gobierno de las mayorías); el principio pluralista (que se alude, entre otras posibilidades, a la representación proporcional, a la desconcentración del poder o a la prohibición de regímenes de partido único, etc.); el principio de respeto a las minorías (o de “respeto a los derechos de las minorías”, el cual representa un límite de innegable relevancia para el principio mayoritario y es lo que suele llamarse como “democracia sustantiva”); el principio de alternancia (referido al aseguramiento de elecciones periódicas o

de régimen competitivo de elecciones, por ejemplo); y el principio deliberativo (que implica que la democracia va más allá del “momento del voto”, sino que es una “cultura” o “forma de vida”, lo cual involucra la discusión abierta e inclusiva de los asuntos públicos, la necesidad de ofrecer razones y espacios de deliberación o reflexión para la toma de decisiones, la existencia de mecanismos de fiscalización y control del poder, etc.). En cuanto al análisis de inconstitucionalidad por la forma, debo precisar que si de un análisis de déficits de deliberación se trata, es necesario afrontar el mismo de forma conjunta de modo que todas aquellas lesiones de menor relevancia en el procedimiento parlamentario se observen en su debido contexto.

6. Volviendo entonces al sustento y alcances de a los vicios deliberativos que aquí estoy reseñando, conviene anotar que estos se relacionan directamente con, valga la redundancia, el componente deliberativo del principio democrático. Tales vicios, entonces, solo podrían ser considerados como meramente “formales” desde concepciones ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, tal vez siguiendo las formalidades previstas al respecto, pero sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide (en este sentido, se tratarían de concepciones que solo atienden al “principio de mayoría”).
7. Efectivamente, y para las concepciones mayoritaristas de democracia, únicamente bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Sin embargo, y por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, hoy la legitimidad de las decisiones públicas se entiende basada en las razones que se ofrecen a favor de estas y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede y hasta corresponde hablar ahora de un “giro argumentativo” o “deliberativo” en la concepción de la democracia.
8. Este giro se encuentra directamente relacionado por cierto, y entre otros factores, al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, el cual ha sido ampliamente desarrollado y aplicado en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional peruano (SSTC 00090-2004-AA, f. j. 12; 03864-2014-PA, f. j. 32; 4101-2017-PA, f. j. 20; 5811-2015-HC, f. j. 42; STC 06167-2005-HC, f. j. 30; 01803-2004-AA, f. j. 12-14), y también con las previsiones constitucionales que señalan que la persona humana es el fundamento y el límite último para el poder político (artículo 1 de la Constitución); o con las prescripciones constitucionales que resaltan la naturaleza limitada del poder político (artículo 45 de la Constitución). En efecto, y de lo anterior, se desprende con claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político no puede actuar de manera arbitraria, sino que tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones, y no puede simplemente imponerlas.
9. En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, asimismo, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de

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

10. En este sentido, además, en un pronunciamiento reciente, este Tribunal ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de 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° 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada “Ley Antitransfuguismo”), se sostuvo que:

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

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

5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información

que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general”.

11. De este modo, es claro pues que la legitimidad, e incluso si cabe hablar de ello, la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.
12. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una deliberación robusta hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de aquellos que se encuentren directamente en situación de violación o amenaza de violación, así como las de los sujetos y colectivos que se encuentren en situación de debilidad, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no deben tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publicación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

Sobre el control de políticas públicas por parte del Tribunal Constitucional

13. Las políticas públicas, en tanto que conjunto de medidas o acciones organizadas, dirigidas a alcanzar un fin valioso, involucran el ejercicio de competencias por parte de los poderes públicos, y pueden estar referidas, por ejemplo, a su diseño, ejecución, evaluación y control. Cuando dichas políticas públicas se refieren a la protección y promoción de derechos fundamentales, de ellas además puede predicarse que tienen un doble carácter: por una parte, un alcance subjetivo, referido al respeto u optimización de los derechos fundamentales de cada persona, y a la vez uno objetivo, vinculado con el deber estatal de organizar todas las estructuras públicas asegurándose las condiciones para el libre y pleno ejercicio de los derechos promovidos.
14. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene resuelto precisamente que “las políticas públicas que debe llevar a cabo un Estado exigen, desde promover la existencia de medios organizacionales [...] pasando por medios procedimentales e incluso legales, orientados a prevenir, investigar y reparar actos violatorios” de derechos fundamentales (STC Exp. n.º 01776-2004-AA, f. j. 40). En similar sentido, la Corte Interamericana en el caso “Campo algodonero” (caso González y otras contra México, párr. 282)

sostuvo que, para el caso concreto, “la ausencia de una política general” constituyó “una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”.

15. Ahora bien, pese a ser claro que en nombre de la tutela adecuada de los derechos deben formularse políticas institucionales, también es cierto que su elaboración y cumplimiento plantean diversos retos. Por ejemplo, que todas las políticas estatales no puedan cumplirse al mismo tiempo, debido a la limitada disponibilidad de recursos y a la creciente cantidad de necesidades y exigencias sociales, por lo cual se plantea la progresiva adopción de medidas apropiadas, con el objeto es alcanzar de manera paulatina la plena efectividad de los derechos que cuentan con una dimensión prestacional, como son por excelencia los derechos sociales.
16. Al respecto, suele entenderse que la forma en que estos derechos son realizados, o en otras palabras, la manera en la que deben ser implementadas las políticas públicas en materia de este tipo de derechos, es un asunto propio de los poderes públicos, quienes no solo son las entidades constitucionalmente competentes para tomar esas decisiones, sino quienes se encuentran asimismo en una mejor posición para decidir sobre la oportunidad, la conveniencia, la legitimidad social y política, así como corrección técnica de las medidas o acciones que deben llevarse a cabo.
17. Ahora bien, de lo anterior no se desprende que los jueces constitucionales no deban asumir ningún rol en la concreción de los derechos prestacionales o sociales, de cara a lograr su vigencia efectiva.
18. Como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de esclarecer en diversas ocasiones (por todas: STC Exp. n.º 0014-2014-Pl y otros (acumulados), y STC Exp. n.º 03228-2012-AA) que, en su condición de órgano llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, se encuentra habilitado para controlar las políticas públicas adoptadas por los órganos competentes, de manera más clara cuando estás responden (o debieran responder) a la satisfacción de derechos sociales.
19. Ahora bien, es claro que al órgano de control de la constitucionalidad, en principio, no le corresponde participar en el diseño de las políticas públicas, ni decidir cuál opción es más adecuada que otra, no le corresponde priorizar metas ni fijar cuestiones de conveniencia u oportunidad.
20. Como es obvio, a la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad administrativa en la definición de las políticas públicas, pues ello significaría afectar las competencias deliberativas y técnicas de los mencionados órganos en la formulación e implementación de dichas políticas.
21. Ahora bien, siendo claro que es una exigencia constitucional controlar las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los derechos sociales y prestacionales, queda aún pendiente precisar cuáles son los alcances de dicho control, de tal forma que los tribunales no excedan sus competencias y la legitimidad de la que están especialmente investidos.

22. En este orden de ideas, la intervención de la judicatura constitucional se justifica en un marco respetuoso del principio democrático, el cual no puede estar orientado a exigir por ejemplo que, con independencia de las circunstancias, se encuentren satisfechos de una vez por todas todos los componentes del derecho prestacional, ni a exigir perentoriamente específicas y exclusivas formas de satisfacción o promoción. No le corresponde, en este sentido, fijar directivamente el desarrollo y contenido de las políticas públicas.
23. En sentido contrario, lo que le corresponde es verificar si, por ejemplo, se viene dando una dinámica de progresividad, examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud, o tal vez fijar algunos estándares mínimos de adecuación o aceptabilidad.
24. En este sentido, el Tribunal Constitucional previamente ha afirmado que “[...] ante cuestionamientos de que una norma con rango de ley –que diseña e implementa determinadas políticas públicas– haya violentado una ‘norma directriz’ de la Constitución, este Tribunal se siente en la necesidad de advertir que la declaración de invalidez de esta solo será admisible en aquellos casos en los que las acciones implementadas contraven-gan manifiestamente la promoción del objetivo colectivo señalado por la Constitución, o cuando las acciones adoptadas constituyan medios absolutamente inidóneos para procurar en algún grado el objetivo identificado por la Constitución y se encuentren, a su vez, prohibidos por otras “normas directrices” que anida la misma Ley Fundamental. Puesto que en el ámbito de la justicia constitucional no está en cuestión la corrección o eficacia de la medida empleada, bastará que la norma enjuiciada no incurra en cualesquiera de los supuestos a los que acabamos de hacer referencia, para declarar su validez” (STC 00021-2010-AUTC, FJ 71).
25. Igualmente, en la STC Exp. n.º 00033-2010-PI/TC, el máximo órgano de interpretación constitucional estableció enfáticamente que, debido a que el *deber de progresividad* en la satisfacción de los derechos sociales requiere la formulación de políticas públicas adecuadas por parte del Estado, si bien no puede controlarse constitucionalmente el contenido de dichas políticas, cuando menos sí pueden evaluarse jurídicamente la *forma* que adquieren dichas políticas o los *requisitos* que se deben cumplir para ser consideradas como constitucionalmente adecuadas. Efectivamente, en dicha oportunidad este Tribunal señaló que:
26. “[E]l Tribunal recuerda que aun cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: i) en primer lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los

afiliados independientes de EsSalud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un enfoque de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas.

27. Por tanto, aún cuando las autoridades políticas gocen de un amplio margen de acción en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar.
28. En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal impulsar, corregir o encaminar el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar graves estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución”.
29. Recientemente, y ya de modo más sistemático, este Tribunal ha planteado las pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas, si bien para un caso referido a la tutela del derecho a la salud (STC Exp. n.º 03228-2012-PA/TC, f. j. 39).
30. Sobre esa base, y a partir de lo que podemos denominar como test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas, precisamos que la judicatura constitucional es competente para evaluar, lo siguiente:
 - a. Déficit de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud.
 - b. Déficit de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.
 - c. Déficit de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

- d. Déficit de respeto suficiente: que, a diferencia de los déficits de consideración, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho a la salud. Los déficits de respeto suficiente, a su vez, pueden ser déficits de violación manifiesta, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud; déficits de razonabilidad, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y déficits de protección básica o elemental, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud.
 - e. Déficit 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 de supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; déficits de evaluación de impacto, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud.
31. Este, como puede apreciarse, es un test mínimo o formal, en la medida que restringe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que quepa a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Ahora bien, es claro que las situaciones de omisión y renuencia deberán evaluarse caso a caso, correspondiendo seguramente adoptar en algún contexto fórmulas que contengan plazos y metas, así como efectos en caso de incumplimiento.
32. Asimismo, podemos señalar que estarnos ante un test de déficits, en la medida que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares arriba planteados, mas no los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen.
33. Se trata, por último, de un test deferente con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, que tiende a ser respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y sin claudicar en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los derechos sociales o prestacionales.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

Comparto la ponencia cuando estima la demanda por considerar que determinados extremos del artículo 3 de la Ley 30190 vulneran “el derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y, también, el derecho a la protección de salud” (fundamento 252).

Sin embargo, me aparto de la ponencia cuando también señala el agravio al “derecho a la alimentación” (cfr. fundamentos 115, 161, 174, entre otros), ya que no lo encuentro pertinente al caso. Y respecto al mencionado derecho, me remito a lo que dije en el voto singular conjunto con el magistrado Sardón de Taboada en el Exp. 01470-2016-HC/TC.

S. FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con la sentencia de mayoría, que declara inconstitucional la parte final del primer párrafo y todo el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 30190. Este dispositivo permite la importación directa de plaguicidas químicos de uso agrícola por parte de los productores agrarios, individual o colectivamente, siempre que sea para consumo propio.

Dicha importación no es libérrima. Requiere la presentación de una declaración jurada que contenga, entre otros datos, el nombre comercial del producto a importar y su *ingrediente activo*. Este debe haber sido evaluado previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro.

Los plaguicidas están compuestos por *ingredientes activos* –que ejercen su acción directamente– y por ingredientes auxiliares. Estos son conocidos como ingredientes inertes o aditivos –solventes, odorizantes, colorantes, entre otros. Cumplen funciones como dispersar el producto, atraer la plaga, etcétera.

Conforme a la normativa hasta ahora vigente, los productos a importar pueden tener formulaciones distintas a los registrados anteriormente; es decir, los ingredientes inertes pueden variar de producto a producto y no requieren ser registrados ante Senasa. Solo se exige que los *ingredientes activos* hayan sido sometidos a evaluación siempre.

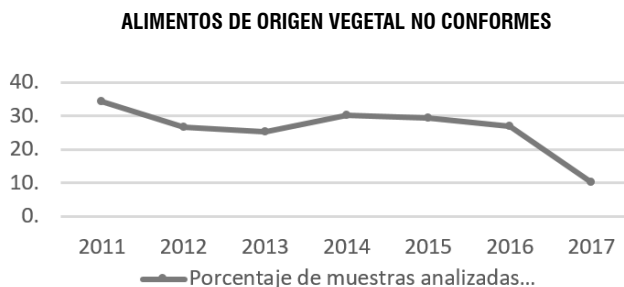
La sentencia de mayoría considera que esto es inconstitucional, pues no basta con la evaluación y registro previos que realiza Senasa de los *ingredientes activos*. Según la sentencia, es necesario registrar el producto final, es decir, evaluar también los ingredientes inertes. No hacerlo, añade, vulnera los derechos fundamentales al ambiente equilibrado y a la salud.

Para llegar a semejante conclusión, recurre a diversos informes técnicos que acreditarían el impacto de los *ingredientes inertes* en el ambiente y la salud. Así, en sus fundamentos 95 al 101, la sentencia hace referencia al Informe del monitoreo de contaminantes químicos en alimentos agropecuarios primarios 2017, elaborado por Senasa.

Las muestras de alimentos calificadas en este Informe como *no conformes* hacen referencia a reportes de residuos químicos, metales pesados y micotoxinas que superaron o no tienen fijado el Límite Máximo para Residuos de Plaguicidas o no están autorizados para su uso en el alimento evaluado.

Entre las conclusiones del Informe citadas por la sentencia se encuentran datos que, *a priori*, pueden generar alarma: de las 761 muestras de alimentos de origen vegetal analizadas, el 10.38 % fueron *no conformes*. Esta información, empero, es incompleta. Senasa ha elaborado siete (7) informes de este tipo desde el 2011.

Sus resultados sobre alimentos de origen vegetal con reportes de contaminantes químicos se aprecian en el siguiente gráfico:



Fuente: Informes de los monitoreos de contaminantes químicos en alimentos agropecuarios primarios 2011-2017. **Elaboración:** Propia.

Se evidencia, pues, que la presencia de contaminantes en este tipo de alimentos es cada vez menor, siendo el porcentaje citado por la sentencia (10.38%) el más bajo reportado hasta la fecha. Incluso, luego de la aprobación de la cuestionada ley en el año 2014, la tendencia a la baja ha sido consistente.

La sentencia también soslaya que los contaminantes químicos encontrados corresponden a *ingredientes activos*, conforme se aprecia en el acápite *Residuos Químicos Analizados*, del Capítulo VIII Desarrollo del Plan. Por tanto, no puede afirmarse que, por culpa de la ley, habría una situación de riesgo.

Son los *ingredientes activos*—y no los *inertes*—los encontrados en los alimentos en cantidades que superan el máximo para residuos de plaguicidas. Así, la contaminación no deriva de la importación directa de plaguicidas sino de su *uso incorrecto*. Las recomendaciones del Informe señalan:

Para la Dirección de Insumos Agropecuarios e Inocuidad Agroalimentaria:

- Actualizar, oficializar y publicar la lista de sustancias/ingredientes activos de plaguicidas de uso agrícola (...), por su probada toxicidad a la salud pública.
- Promover la realización de eventos de capacitación (...) en relación con la aplicación de las Buenas Prácticas de Producción e Higiene; en las que se incluya el *buen uso de insumos agropecuarios*.

Para las Direcciones Ejecutivas:

- Ejecutar la rastreabilidad, en los lugares donde se ha detectado *exceso de plaguicidas de uso agrícola*, (...), de tal forma que se pueda llegar al origen del problema [*énfasis agregado*].

El *uso incorrecto* de los pesticidas como principal causa contaminante es sostenido por la propia sentencia, al citar informes del Ministerio de Salud como el de Vigilancia

Epidemiológica del Riesgo de Exposición e Intoxicación por Plaguicidas, correspondiente a la Semana Epidemiológica 25-2019, que consigna como circunstancias de intoxicación las siguientes:

- Laboral : 45.4 %.
- Voluntaria (intencional suicida) : 33.8 %.
- Accidental (no laboral) : 18.6 %.
- Provocada (intento de homicidio) : 2.3 %.

En tal sentido, la sentencia afirma en su fundamento 104 que:

pese al aumento en el uso de plaguicidas químicos (...), no hay evidencias que muestren que los productores agropecuarios reciban en la actualidad la suficiente capacitación con miras a dicha *utilización*, o que, en todo caso, realicen efectivamente prácticas adecuadas cuando *usen* plaguicidas químicos [*énfasis agregado*].

Cita también una noticia de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), que indica:

En diversas zonas del Perú se *usan* plaguicidas para la actividad agrícola sin la debida protección y cuidado. Esta situación significa un grave riesgo de exposición ocupacional y consecuente intoxicación, así como de contaminación ambiental por el *inadecuado manejo* de estos productos peligrosos y sus residuos [*énfasis agregado*].

Realizando un salto lógico audaz, la sentencia sostiene que la modalidad de importación permitida por el cuestionado artículo 3 de la ley no satisface las exigencias del deber de prevención derivado del derecho fundamental al ambiente equilibrado y constituye un incumplimiento del deber del Estado de:

no exponer a las personas que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud (sic).

El deber de prevención hace referencia a las medidas que puedan tomarse frente a riesgos comprobados, en tanto que el deber de precaución corresponde a los inciertos. La sentencia asume que nos encontramos frente a un deber de prevención del Estado, pues los riesgos que traen consigo los plaguicidas químicos son conocidos, con base en los informes consignados.

Empero, como he señalado, los informes de Senasa sobre alimentos de origen vegetal *no conformes* obedecen a la concentración de *ingredientes activos* de los pesticidas, no a los inertes. Así, nos encontraríamos frente a una amenaza incierta, para lo cual corresponde realizar un análisis del deber de precaución.

La aplicación del principio precautorio, como ha expresado este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, requiere de “indicios razonables y suficientes” del riesgo en cuestión, siendo necesario, además, que se “justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables” (*Cfr.* sentencia emitida en el Expediente 4223-2006-PA/TC).

Así, por ejemplo, las demandas de amparo presentadas contra la instalación de antenas han sido consistentemente declaradas infundadas por este Tribunal (Expedientes 2268-2007-PA/TC, 4223-2006-PA/TC y, en este Pleno, 5503-2014-PA/TC), ya que los indicios existentes sobre posibles daños ambientales no satisfacen el umbral exigido por el principio precautorio.

Los estudios citados por la sentencia son no solo fragmentarios sino impertinentes. Así, contienen data de 2017 sobre residuos de *ingredientes activos* de los pesticidas contenidos en los alimentos, no de los *inertes*. Esto dista mucho de los “indicios razonables y suficientes” que este Tribunal exige para la aplicación del principio precautorio.

A similar conclusión se arriba con relación al derecho a la salud. La sentencia da cuenta del informe sobre intoxicaciones producidas por plaguicidas en los años 2018 y 2019; empero, de un análisis detenido del mismo, se advierte que estas obedecen a su *uso incorrecto*, no a su importación.

Por tanto, no hay ningún indicio del impacto negativo de los *ingredientes inertes* de los pesticidas en la salud de los consumidores de alimentos de origen vegetal, así como tampoco se ha establecido que dicho impacto obedezca a un factor ajeno a su uso negligente. Estas relaciones causales no han sido, ni por asomo, planteadas en la sentencia. *Non sequitur*.

De otro lado, la sentencia pretende justificar la declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 3 porque supedita la restricción de las importaciones de pesticidas pertenecientes a los grupos IA (extremadamente peligrosos) y IB (altamente peligrosos) a una norma reglamentaria (Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Ley General de Sanidad Agraria).

Empero, la propia ley general establece en su artículo 15 que Senasa priorizará las medidas tendientes a *restringir o prohibir* el uso de estas dos categorías peligrosas, “siempre que cuenten con alternativas técnicas y económicas y, sobre todo, de menor riesgo para la salud y el ambiente”, por lo que el ejercicio de la facultad reglamentaria no podrá contravenir tales límites.

Por demás, discrepo de las siguientes menciones realizadas en la sentencia:

- En el fundamento 42 se hace referencia al control constitucional realizado en el Expediente 0006-2018-PI/TC, sobre la exoneración del dictamen de comisión para la aprobación de una resolución legislativa. Empero, como señalé en el fundamento de voto correspondiente, la inconstitucionalidad por la forma radicaba en no haber sido objeto de una segunda votación, no en el supuesto déficit de deliberación generado por la decisión de la Junta de Portavoces al aprobar la aludida exoneración.
- En los fundamentos 152 a 155, 161 y 174 se reconoce el derecho fundamental a una alimentación adecuada. Al respecto, como señalé en el voto singular que suscribí a propósito del Expediente 01470-2016-HC/TC, la Constitución no reconoce ni explícita ni tácitamente el mencionado derecho.

- En el fundamento 240 se efectúa una distinción entre tratados sobre derechos humanos y otros. Empero, como he sostenido repetidamente, una interpretación conjunta de los artículos 56, 57 y 200, así como de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, permite señalar que los tratados suscritos por el Perú –incluyendo los que versan sobre derechos humanos– no tienen rango constitucional sino solo legal.

Por tanto, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA** en todos sus extremos.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 229/2020

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12 de mayo de 2020

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

GOBIERNO REGIONAL DE SAN MARTÍN Y CIUDADANOS

c.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

- A.** Argumentos de las demandas
 - A.1.** Expediente 0003-2015-PI/TC
 - A.2.** Expediente 0012-2015-PI/TC
- B.** Contestaciones de demandas
 - B.1.** Expediente 0012-2015-PI/TC
- C.** Intervenciones
 - C.1.** Intervención de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AI-DESEP) como tercero
 - C.2.** Intervención de la Presidencia de Consejo de Ministros (PCM) como partícipe
 - C.3.** EarthRights International, la Fundación para el Debido Proceso y la Clínica de Derechos Humanos–Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa
 - C.4.** Plataforma para el Ordenamiento Territorial

II. FUNDAMENTOS

- §1.** Pretensión de las demandas
- §2.** Artículo 19 de la Ley 30230 y temporalidad de la norma
- §3.** Artículo 20 de la Ley 30230 y la creación de Zonas Reservadas
- §4.** Artículo 21 de la Ley 30230 y plazo para emitir opiniones requeridas por entidades encargadas de la aprobación de EIA
- §5.** Artículo 22 de la Ley 30230, Ordenamiento Territorial y derecho a un ambiente equilibrado y adecuado
- §6.** Ordenamiento Territorial y Descentralización
- §7.** Artículo 23 de la Ley 30230 y la aprobación de los Límites Máximos Permisibles y los Estándares de Calidad Ambiental
- §8.** Cuestionamientos contra los artículos 36 al 51 y el artículo 57 de la Ley 30230 y sentencias interpretativa aditiva
- §9.** Artículo 36 de la Ley cuestionada y propiedad territorial indígena
- §10.** Interpretación conforme a la Constitución y artículo 37 de la Ley cuestionada

- §11.** Implementación de la interpretación conforme a la constitución a los artículos 38 al 51 de la Ley 30230
- §12.** El artículo 57 que modifica la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 29151
- §13.** Sobre la supuesta vulneración del principio de igualdad de los artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230
- §14.** Exhortación respecto de la titulación y demarcación de tierras comunales

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez; Sardón de Taboada; Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa (vicepresidente), aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agrega le voto singular del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior y que el magistrado Ramos Núñez entregará su voto singular con fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Argumentos de las demandas

A.1. Expediente 0003-2015-PI/TC

Con fecha 30 de diciembre de 2014, el Gobierno Regional de San Martín presenta demanda de inconstitucionalidad que impugna los artículos 19 a 23 de la Ley 30230, en virtud de los siguientes argumentos:

- En el artículo 19 de la ley se establece que, durante un plazo de tres años, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante OEFA) solo podrá sancionar conductas infractoras en materia ambiental de manera excepcional. Así, si se detecta una infracción, se ordena la realización de medidas correctivas, suspendiéndose el procedimiento sancionador. Solo si el infractor incumple con las medidas correctivas, se podrá reanudar tal procedimiento, y se podrá imponer tan solo el 50 % de la multa que le correspondería aplicar.
- Al haberse establecido que el OEFA solo podrá aplicar multas por montos completos fijados en la ley en ciertas situaciones, se dejan de lado otras que también revisten considerable peligro y gravedad para los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente. En tal sentido, con esta ley se debilita la función sancionadora de la autoridad ambiental, favoreciendo la impunidad y los comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, al contemplar la posibilidad de que ciertas infracciones queden desprovistas de consecuencias jurídicas relevantes.
- También se afecta la función preventiva de la sanción, ya que los montos por concepto de sanciones no desincentivan conductas dañosas y tampoco guardan correspondencia con el daño causado. Así, solo se podrá aplicar el monto total de la multa en casos muy graves, dejando fuera la posibilidad de sancionar daños graves al ambiente, como, por ejemplo, el vertimiento de aguas por encima de los límites máximos permitidos (LMP).

- Se contempla solamente un número muy reducido de infractores, más aún si es que se toma en cuenta que el artículo impugnado establece que solo se considerará reincidencia si es que se cometen las mismas faltas dentro de los próximos 6 meses, dejando de lado el plazo de 4 años establecido por la Resolución 020-2013-OEFA-PCD.
- Finalmente, se debe tomar en cuenta que, antes de la aprobación de dicho artículo, de cada 100 casos supervisados por el OEFA, menos de dos terminaban en multas. Es decir, el proceso sancionador ya era excepcional. Por lo que en realidad con esta norma lo que se estaría buscando es que no haya ningún caso al que se aplique sanciones, promoviéndose con ello inversiones irresponsables que ocasionarán pérdidas a la sociedad y al Estado.
- Respecto al artículo 20, se sostiene que debilita la institucionalidad ambiental al establecer que el reconocimiento de las zonas reservadas se realice mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros. Con ello se ha modificado el artículo 7 de la Ley 26834, Ley de Áreas Protegidas Naturales, que indicaba que su reconocimiento se hacía mediante resolución ministerial. Así, serán los criterios políticos y no los criterios técnicos y ambientales los que definan el reconocimiento de las zonas reservadas. Se deja abierta la posibilidad de presiones de grupos económicos relacionados con las actividades extractivas.
- El artículo 21 de la ley ordena que las opiniones solicitadas por la entidad encargada de la aprobación del estudio de impacto ambiental (EIA) deberán emitirse bajo responsabilidad en un plazo de 45 días hábiles. Si la opinión vinculante no es emitida dentro del referido plazo, se sancionará con falta grave al responsable de emitirla. En caso la opinión no sea vinculante, vencido el plazo el procedimiento continúa.
- Esto contrasta con la Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental y su reglamento, que no establecía plazos. Con este artículo se busca facilitar la inversión y no asegurar el carácter preventivo de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).
- Se debe tomar en cuenta la carga laboral de las entidades que emiten opinión. Por ejemplo, la Autoridad Nacional de Agua contaba, hasta junio 2013, con 13 personas y tenía una carga laboral de 50 expedientes sumamente voluminosos. Además, es un plazo muy corto, tomando en cuenta las condiciones en que dichas entidades deben cumplir sus labores y la escasa dotación de personal. En este contexto, la norma ejerce una presión inaceptable que debilita el proceso de revisión de los EIA.
- Se cuestiona que, con el artículo 22 de la ley impugnada, se estén realizando tres cambios significativos: se redefine el ordenamiento territorial, para quitarle su carácter concertador y decisorio sobre los usos del territorio, considerándolo solamente orientador; se prohíbe además que mediante el ordenamiento territorial se asignen usos y exclusiones; y se sustrae de las competencias del Ministerio de Ambiente la aprobación de la política del ordenamiento territorial.

- El Gobierno Regional de San Martín sostiene que, con ello, el artículo 22 afecta las competencias y funciones exclusivas de los gobiernos locales y regionales en materia de ordenamiento territorial establecidas en la Constitución y en las leyes orgánicas. Así, a través de una ley ordinaria se pretende modificar leyes orgánicas. También se genera que la dimensión ambiental pierda su carácter prioritario establecido en el artículo 22 de la Ley General del Ambiente al quitársele la competencia para aprobar la política nacional del ordenamiento territorial al Ministerio del Ambiente.
- Por último, el recurrente cuestiona el artículo 23, por cuanto estaría equiparando los criterios de protección de la salud y del ambiente con el análisis del impacto regulatorio y económico para fijar los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los LMP. Según el demandante, el criterio fundamental para definir dichos mecanismos es la protección de la salud y del ambiente, sin que se tenga que tomar en cuenta el impacto regulatorio y económico.
- De otro lado, se alega que con el artículo 23 se establece que la aprobación y actualización de los ECAs y LMPs se realiza mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados y ya no solo por el Ministerio del Ambiente, con lo que se ha debilitado su función.

A.2. Expediente 0012-2015-PI/TC

Con fecha 9 de abril de 2015, más de 5000 ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 19 al 23, 36 al 51, y 57, así como de la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230, sustentándose en los siguientes argumentos:

- El artículo 19 de la Ley debilita la función sancionadora del OEFA. En primer lugar, porque favorece la impunidad y los comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, al contemplar la posibilidad de que ciertas infracciones queden desprovistas de consecuencias jurídicas. En segundo lugar, porque afecta la función preventiva de la sanción, ya que los montos por concepto de sanciones no desincentivan las conductas lesivas y tampoco guardan correspondencia con el daño causado.
- Por otra parte, los ciudadanos señalan que, al haberse establecido que el OEFA solo podrá aplicar multas por montos completos fijados en la ley en ciertas situaciones, se dejan de lado otras que también revisten considerable peligro y gravedad para los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente. Finalmente, se alega que con la nueva configuración de la reincidencia que hace este artículo, se busca aplicar la multa completa a un número muy reducido de infractores.
- Alegan que el artículo 20 debilita la institucionalidad ambiental al permitir que el reconocimiento de las zonas reservadas se lleve a cabo a través de decretos supremos, para lo cual no se tomarán en cuenta criterios técnico-ambientales, sino solo políticos, los cuales son pasibles de presiones generadas por los grupos económicos relacionados con las actividades extractivas.

- Sostienen los recurrentes que el artículo 21 no ha tomado en cuenta las demoras propias en los procedimientos de revisión de EIA, y añaden que el plazo de 45 días hábiles para que las entidades emitan opinión sobre el EIA no genera las condiciones mínimas para el cumplimiento cabal de dicha función.
- Asimismo, los ciudadanos demandantes alegan que resulta desproporcionado que se haya catalogado el incumplimiento de la función antes mencionada como falta grave y que, por otro lado, se libere de sanciones a las infracciones en las que incurrir quienes contaminan el ambiente.
- Finalmente, agregan que es contraproducente que una misma entidad, dependiente del ministerio que promueve la inversión, sea la que elabore el informe consolidado y, a su vez, apruebe el EIA.
- En relación con el artículo 22, sostienen que afecta las competencias y funciones exclusivas de los gobiernos locales y regionales en materia de ordenamiento territorial, establecidas en la Constitución y en las leyes orgánicas; asimismo, alegan que obstaculiza la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana en decisiones que pueden afectar el derecho a gozar de un medio ambiente sano. Además, afirman que desconoce la relación existente entre asignación de usos en el territorio y la utilización y aprovechamiento de los recursos naturales establecida en la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales.
- Por otra parte, sostienen que el artículo 23 equipara los criterios de protección de la salud y del ambiente con el análisis del impacto regulatorio y económico para fijar los ECA y los LMP. Sin embargo, según los demandantes, el criterio fundamental para definir dichos mecanismos debería ser la protección de la salud y del ambiente, y no el impacto regulatorio y económico.
- De otro lado, se alega que se ha debilitado la función del Ministerio del Ambiente al habersele privado de sus facultades relativas a la aprobación de los ECA y los LMP, y que a su vez se ha empoderado a otros ministerios.
- Sostienen, además, que el artículo 36 trasgrede el derecho a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas, debido a que crea procedimientos especiales dirigidos a priorizar el saneamiento de predios, y su titularidad, para destinarlos a proyectos de inversión pública o privada, sin tomar en cuenta los derechos que ostentan sobre ellos los pueblos indígenas.
- En relación con el literal “a” del artículo 37 se afirma que vulnera el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, dado que limita su decisión respecto al desarrollo de su proyecto colectivo de vida. Asimismo, trasgrede el derecho a la propiedad indígena sobre las tierras ancestrales, ya que mediante esta ley se impondrán procesos de saneamiento físico legal a tierras campesinas y nativas no tituladas con la única finalidad de favorecer la adquisición de la propiedad de aquellas áreas donde están ubicadas las concesiones y proyectos no consultados.

- Alegan los ciudadanos recurrentes que el artículo 38 vulnera el derecho de propiedad indígena. En primer lugar, las concesiones y proyectos de inversión pública y privada que se aprueben sobre sus territorios y sean considerados de necesidad pública, interés nacional o gran envergadura no serán sometidos a procesos de consulta previa. En segundo lugar, dichos proyectos serán aprobados en un contexto de falta de demarcación y titulación de tierras, que pertenecen en su mayoría a los pueblos indígenas.
- Se sostiene, además, que el artículo 39 contraviene el derecho a la igualdad, dado que los únicos legitimados para iniciar los procedimientos especiales de saneamiento físico legal de predios son los titulares de los proyectos de inversión o las entidades públicas a cargo de estos proyectos, excluyendo del beneficio de estas medidas a las comunidades campesinas y nativas.
- Los recurrentes sostienen que el artículo 40 y el inciso 2 del artículo 41 vulneran el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, puesto que otorgan derechos de disposición de predios –entre los cuales pueden encontrarse territorios de pueblos indígenas– al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) y a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), sin que estas decisiones puedan ser consultadas.
- Alegan también que el artículo 42 deja en estado de indefensión a los pueblos indígenas, debido a que, tras haberse extendido la anotación preventiva de un bien, los pueblos indígenas u otras entidades no podrán inscribir ni anotar registralmente ningún acto; por lo que se vulnera también el derecho a la igualdad y no discriminación.
- En relación con el artículo 43, afirman que este no busca el bien común de todos los ciudadanos, sino beneficiar a los titulares de los proyectos de inversión. Por otro lado, los demandantes alegan que, mediante este dispositivo, el Estado esquiva la obligación internacional de proteger los territorios de las comunidades campesinas y nativas, mediante la titulación de sus tierras.
- Sostienen los ciudadanos demandantes que el artículo 44 vulnera el derecho que tienen los pueblos indígenas de delimitar, demarcar e inscribir sus territorios. Asimismo, desconoce la propiedad de estos pueblos sobre las tierras tradicionales, dado que, al habersele encargado legislativamente a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante Sunarp) la función de proporcionar la información catastral y los antecedentes registrales para hacer el procedimiento de saneamiento más expeditivo, no se toma en cuenta que el 74 % de las comunidades con título no cuentan con georreferenciación. Adicionalmente, deben considerarse que aproximadamente cuatro mil comunidades no cuentan con título de propiedad, lo cual genera que el informe de dicha entidad sea incompleto y no acorde a la realidad.
- Los demandantes cuestionan el artículo 45 por cuanto otorga facultades de modificación física de predios, así como de demarcación de tierras a los funcionarios de Cofopri y la SBN sin considerar que toda modificación de los títulos indígenas debe ser

sometida a consulta previa, según lo establecido en la jurisprudencia interamericana. Además, aducen que los actos de saneamiento llevados a cabo por Cofopri y la SBN prevalecerán sobre los títulos existentes y aquellos no saneados que las comunidades hayan inscrito en los Registros Públicos.

- Alegan, asimismo, que el artículo 46 trasgrede el derecho de demarcación y delimitación de la propiedad de las comunidades indígenas, debido a que la información de los planos levantados en el campo no toma en cuenta los procedimientos tradicionales mediante los cuales estas comunidades establecieron sus propios límites territoriales.
- Por otra parte, los demandantes señalan que el artículo 47 vulnera el derecho de propiedad por cuanto se han establecido cinco supuestos en los cuales se aplica la prevalencia del plano levantado en campo frente a lo establecido en el Registro, lo cual implica que los títulos y planos que ostentan los pueblos indígenas pierdan todo valor.
- Los ciudadanos recurrentes alegan que el artículo 48 prevé la inaplicación de otras reglas, requisitos o procedimientos establecidos en otros textos normativos que incluso tienen supremacía normativa sobre estas nuevas reglas y ello puede explicarse a partir del objetivo de esta ley que es el saneamiento de los predios para otorgarlos a los proyectos de inversión y no para favorecer a los pueblos indígenas.
- Manifiestan los demandantes que el artículo 49 vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los títulos de propiedad de los pueblos indígenas, puesto que, mediante este dispositivo legal, la independización y desmembración de los predios alteran extensiones de áreas, en las que se encuentran territorios indígenas. Por otro lado, agregan que el procedimiento de saneamiento físico legal de predios ha sido creado para favorecer los proyectos de inversión y no para beneficiar el saneamiento de los territorios indígenas, lo cual constituye una vulneración al derecho a la igualdad.
- Alegan los recurrentes que, mediante el artículo 50, se flexibilizan los requisitos técnicos para lograr la inscripción de la modificación física de predios sin que se haya tomado en cuenta la superposición con las tierras de las comunidades indígenas.
- En relación con el artículo 51, sostienen los ciudadanos demandantes que atenúa los procedimientos de saneamiento, pero solamente para áreas destinadas a proyectos de inversión, sin que ello sea también aplicable a los trámites de saneamiento territorial iniciados por los pueblos indígenas varios años atrás, con lo cual se infringe el derecho a la igualdad y no discriminación.
- De otra parte, manifiestan los recurrentes que el artículo 57 faculta a la SBN a expedir resoluciones declarando, entre otras cosas, la extinción de los contratos de cesión de uso de los suelos forestales. En la demanda se sostiene que con ello se vulnera el derecho de propiedad, debido a que, al dejar sin efecto dichos contratos, se desconoce la posesión tradicional de estos pueblos sobre sus tierras.

- Sin embargo, también alegan que la figura del contrato de cesión de uso, que es el modo mediante el cual se ha reconocido la posesión de las tierras a los pueblos indígenas, en sí mismo es inconstitucional, y ello en razón de que, en primer lugar, a través de ella no se reconoce plenamente el derecho de propiedad a estos pueblos sobre sus tierras y, en segundo lugar, porque constituyen imposiciones unilaterales del Estado que no son consultadas a los pueblos indígenas.
- Afirman los demandantes que la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230 es de alcance tan amplio que podría dejar en suspenso o derogar las garantías del derecho de posesión y de propiedad de los predios no saneados, entre los que se encuentran los de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, mediante este dispositivo, se entrevé la intencionalidad estatal de titular predios no saneados para ponerlos a disposición de contratos para la ejecución de proyectos de inversión.
- Finalmente, los recurrentes sostienen que, pese a que el artículo 14 del Reglamento de la Ley 30230, Decreto Supremo 019-2015-VIVIENDA, establece la inaplicación de la ley sobre las tierras de las comunidades campesinas, comunidades nativas y reservas indígenas, ello no es una medida idónea para proteger los derechos de estas comunidades, puesto que mediante un decreto se pretende modificar una ley, de modo que se contraviene el artículo 118 inciso 8 de la Constitución.
- Por último, se señala en la demanda que, al haberse evidenciado la inconstitucionalidad de la medida, este órgano de control de la Constitución debe emitir una sentencia interpretativa mediante la que incorpore una disposición final y transitoria en la ley impugnada, estableciendo la prohibición de reconocer derechos sobre territorios ancestrales de pueblos indígenas.

B. Contestaciones de demandas

Con fecha 11 de mayo de 2016, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda presentada por más de cinco mil ciudadanos contra los artículos 19 al 23, 36 al 51, y 57, así como de la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230, solicitando que sea declarada infundada.

Más tarde, con fecha 22 de noviembre de 2016, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda presentada por el Gobierno Regional de San Martín, en la que se impugnan los artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 30230, reproduciendo los mismos argumentos a favor de la constitucionalidad que se expusieron en la contestación de demanda del Expediente 0012-2015-PI/TC que a continuación se pasan a resumir.

B.1. Expediente 0012-2015-PI/TC

- Sobre el artículo 19 se alega en la contestación que no es posible sostener que existe un incumplimiento desprovisto de una consecuencia jurídica, ya que en el mismo artículo se precisa que si “la medida correctiva ordenada” no se cumple, el OEFA impondrá la “sanción respectiva”.

- De otro lado, el apoderado del Congreso afirma que el principio de prevención en materia ambiental se concreta en la facultad que posee el OEFA para dictar medidas cautelares y preventivas en el ejercicio de sus funciones de evaluación, supervisión y fiscalización. Finalmente, alega que de lo establecido en el artículo 19 no se deriva que el monto de las multas que se vayan a imponer no guardarán correspondencia con el daño causado.
- En la contestación de la demanda se afirma que el artículo 20 no altera los requisitos que se exigían cuando las “zonas reservadas” se establecían mediante resolución ministerial, ya que estos siguen siendo los señalados en el artículo 59.2 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales.
- Respecto de la impugnación del artículo 21, el apoderado del demandado sostiene que ya existía un plazo para la emisión de las opiniones técnicas previas de otras autoridades en el artículo 52 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Por otro lado, se sostiene que no es posible alegar que las sanciones por faltas graves a los funcionarios debilitan el proceso de revisión de los EIA, ya que, en ninguno de los supuestos en los que se aplica la sanción, el procedimiento de revisión se ve obstaculizado.
- Asimismo, en la contestación se alega que no es posible omitir opiniones vertidas por las autoridades, debido a que la propia ley precisa que el informe será remitido a los solicitantes para las subsanaciones o aclaraciones correspondientes. Finalmente, señala que, si bien las entidades están prohibidas de solicitar nuevamente los documentos que el solicitante haya presentado en el transcurso del proceso, esta prohibición no es aplicable cuando se encuentra pendiente la presentación de uno o más documentos.
- Respecto al artículo 22 se alega en la contestación que no se exponen argumentos jurídicos que sustenten su inconstitucionalidad. Sostiene el apoderado del Congreso de la República que los demandantes se han limitado a señalar que este artículo vulnera las competencias de los gobiernos regionales y de las municipalidades en materia de ordenamiento territorial, sin exponer razones jurídicas.
- En la contestación se afirma, además, que el artículo 23 no es inconstitucional, ya que, en primer lugar, la Política Nacional del Ambiente toma en cuenta un equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente del medio ambiente, por lo que, en ese sentido, es válido que los ECA y los LMP se basen en criterios como el impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas.
- Añade que, tampoco se puede admitir el argumento de que la aprobación y actualización periódica de los ECA y los LMP mediante Decreto Supremo implique más poder a otros ministerios y menos al Ministerio del Ambiente, puesto que, según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los decretos supremos son refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia corresponden.

- En cuanto al artículo 36, el demandado considera que no se han expuesto los argumentos jurídicos que sustenten su inconstitucionalidad.
- Afirma el apoderado del demandado que el artículo 37 debe ser leído conjuntamente con el Reglamento de la Ley 30230, Decreto Supremo 019-2015-VIVIENDA, en cuyo artículo 14 se precisa que los predios de comunidades campesinas y nativas no se encuentran en el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de los predios para proyectos de inversión pública y privada. De modo que no es imputable a la Ley 30230 la afectación a los pueblos indígenas a través de la aprobación de concesiones y proyectos de inversión públicos o privados, o la falta de demarcación de las tierras en las que se realizarían tales concesiones y proyectos, tal como lo hacen los demandantes.
- En la contestación de demanda se afirma que no se ha sustentado la inconstitucionalidad del artículo 38, sino que, en realidad, se han controvertido aquellas leyes que declaran que un determinado proyecto de inversión pública o privada sea de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional o de gran envergadura. Por otro lado, no se le puede imputar a la Ley 30230 la aprobación de concesiones y proyectos de inversión pública y privada sobre territorios de los pueblos indígenas, ni el hecho de que dichos proyectos hayan sido declarados de necesidad pública, interés nacional o de gran envergadura, así como tampoco la falta de demarcación de las tierras en las que se realizarían tales concesiones y proyectos.
- Añade el demandado que, frente al argumento de que este dispositivo legal vulnera el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, cabe reiterar que las tierras de las comunidades campesinas y nativas están excluidas del ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de los predios para proyectos de inversión pública y privada, de acuerdo con lo glosado anteriormente.
- En relación con el artículo 39, sostiene el apoderado del Congreso de la República que los artículos referidos a los procesos especiales para el saneamiento físico legal se ajustan a lo establecido en el artículo 103 de la Constitución, puesto que la aprobación de esta regulación de carácter especial responde a la problemática existente en el saneamiento físico legal de los predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada, de modo que no vulnera el derecho a la igualdad.
- El demandado alega que, respecto del artículo 40, cabe reiterar que las tierras de las comunidades campesinas y nativas no están dentro del ámbito de aplicación de los procedimientos especiales de saneamiento y que además, de acuerdo con el artículo 5.2 del Reglamento de la Ley 30230, Cofopri es competente para ejecutar este tipo de procedimientos, a solicitud del titular del proyecto, pero con la autorización del propietario.
- El apoderado del Congreso sostiene que el artículo 41 no es inconstitucional, puesto que en su inciso 1 se precisa que la SBN está facultada para ejecutar los

procedimientos especiales de saneamiento sobre predios estatales, los cuales según el artículo 3 de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, comprenden los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforme el Sistema Nacional de Bienes Estatales.

- Además, alega que, de acuerdo con el artículo 23 de la mencionada ley, los inmuebles no inscritos en el Registro de Predios son de dominio del Estado, solo si no constituyen propiedad de particulares o de las comunidades campesinas y nativas. Por lo que, a partir de ello, se deduce que no existe alguna vulneración al derecho de propiedad de estas comunidades.
- El artículo 42 es plenamente compatible con el artículo 103 de la Constitución, por lo que no se ha configurado algún supuesto de discriminación. Asimismo, ante el argumento de que el mecanismo de anotación preventiva puede involucrar a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, cabe reiterar que estas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 30230.
- En cuanto al artículo 43, el demandado sostiene que no se han expuesto argumentos jurídicos que sustenten la pretendida inconstitucionalidad.
- Alega el apoderado del Congreso de la República que el artículo 44 encuentra su fundamento en el artículo 103 de la Constitución, y es compatible con el artículo 2, inciso 2, del mismo cuerpo normativo, por lo que no configura una trasgresión del derecho a la igualdad.
- En la contestación de las demandas se pone de relieve que el valor referencial de la información proporcionada por la Sunarp sobre los antecedentes registrales y búsquedas catastrales de los predios que son objeto de los procedimientos especiales de saneamiento físico legal para proyectos de inversión pública y privada que regula el artículo 45 impugnado no incluyen las propiedades de las comunidades campesinas y nativas.
- El apoderado del demandado sostiene que los artículos 46 y 47 se refieren a la prevalencia de la información de los planos levantados en campo sobre la información gráfica obrante en los registros de aquellos predios que son objeto de los procedimientos especiales de saneamiento, y no de aquellos pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas, de modo que no existe ninguna afectación al derecho de propiedad.
- En la contestación de las demandas se subraya que, si bien el artículo 48 establece que no resultan aplicables otras reglas, requisitos o procedimientos establecidos en diferentes textos normativos a los procedimientos especiales de saneamiento de los predios, tal regulación no resulta aplicable a los territorios de las comunidades campesinas y nativas.
- Afirma el apoderado del Congreso de la República que el artículo 49, relativo a la independización o desmembración de los predios, no es discriminatorio, ya que forma

parte de una regulación especial que responde a una problemática específica existente; por lo que es plenamente compatible con los artículos 2, inciso 2, y 103 de la Constitución.

- En relación con el artículo 50, se sostiene en la contestación de la demanda que involucra a un conjunto de predios entre los cuales no se encuentran los de las comunidades campesinas y nativas y, por lo tanto, no se trasgrede el derecho de propiedad que éstas ejercen.
- El apoderado del demandado señala que el artículo 51 no resulta discriminatorio, ya que responde a una problemática específica existente, así que es conforme a los artículos 2, inciso 2, y 103 de la Constitución.
- En cuanto a la cesión de uso de bienes inmuebles estatales del dominio privado regulada en el artículo 57 de la ley impugnada, el demandado señala que es una de las formas de actos de administración mediante el cual el Estado ordena el uso y aprovechamiento temporal de los bienes estatales; por esta razón, la cesión de uso de este tipo de bienes no puede considerarse un contrato de naturaleza privada tal como lo hacen los demandantes.
- De otro lado, se alega que, tal como se ha precisado anteriormente, el objeto de la Ley 30230 no afecta ni involucra a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, de modo que la extinción de la cesión en uso de bienes inmuebles estatales de dominio privado regulada por el artículo 57 no trasgrede el derecho a la propiedad de estas comunidades.
- Por último, el apoderado del Congreso de la República, ante el argumento de que la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230 es de alcance tan amplio que podría dejar en suspenso o derogar las garantías de protección de los derechos preexistentes de las comunidades campesinas y nativas, alega que el ámbito de aplicación de la mencionada ley excluye los territorios de dichas comunidades.

C. Intervenciones

C.1. Intervención de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) como tercero

Mediante el Auto 5, de fecha 11 de mayo de 2016, el Tribunal Constitucional admitió la solicitud de intervención AIDSESP, incorporándola al presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de tercero.

Con fecha 20 de abril de 2015, la referida asociación presentó el escrito en el que expuso los argumentos que a continuación se detallan:

- La Ley 30230 genera que los pueblos indígenas sean despojados de sus tierras al permitir la apropiación de estas por particulares. Ello contraviene los artículos 16,

inciso 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y 10 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, puesto que establecen que el excepcional traslado y reubicación de los pueblos indígenas solo puede efectuarse con su consentimiento libre, previo e informado, lo cual no ha sido previsto por la referida ley.

- Por otro lado, señalan que debe revalorarse la antigüedad de la ocupación de las tierras por los pueblos indígenas. En tal sentido, plantean que, según el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son deberes del Estado: reconocer el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas; tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos; tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión; y, finalmente, instituir procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

C.2. Intervención de la Presidencia de Consejo de Ministros(PCM) como partícipe

Mediante el Auto-6 de fecha 11 de mayo de 2016, el Tribunal Constitucional admitió la solicitud de intervención de la Presidencia de Consejo de Ministros (en adelante, PCM) incorporándola al presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de partícipe.

Con fecha 26 de enero de 2017, la procuradora pública adjunta especializada en Materia Constitucional, en representación del referido órgano, presentó el escrito en el que expuso los argumentos que se detallan a continuación:

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), el deber de garantía de los derechos fundamentales contenidos en este instrumento se ejerce ante amenazas o vulneraciones concretas y particulares; de modo que este deber no resulta aplicable a un análisis en abstracto de una norma legal.
- Los demandantes han alegado que la Ley 30230 no justifica ni motiva su decisión de debilitar la institucionalidad estatal ambiental, por lo que se incumple con la obligación de motivación y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo, cabe precisar que no existe alguna fuente normativa que señale que la motivación es una exigencia cuando se ejerce la función legislativa.
- En cuanto a la posible transgresión de las competencias de los gobiernos regionales y locales en materia de ordenamiento territorial, el partícipe sostiene que las competencias de estos gobiernos se ejercen de conformidad con los planes nacionales referidos a esta materia.

- En tal sentido, la PCM alega que no se afectan las competencias de los gobiernos regionales y locales por parte de la SBN y del Cofopri, pues de una lectura conjunta del artículo 41, numeral 2, de la Ley 30230; de los literales “e”, “f” y “g” del artículo 8 de la Ley 29151, y del artículo 2 del Decreto Legislativo 1203, se deduce que estas instituciones se encuentran impedidas de realizar procedimientos de saneamiento físico y legal sobre terrenos que deban ser saneados por los gobiernos regionales o locales, por lo que no es posible alegar una transgresión a las competencias de los Gobiernos Regionales y Locales en materia de ordenamiento territorial.

C.3. EARTHRIGHTS INTERNATIONAL, LA FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO Y-HUMAN RIGHTSRESEARCH AND EDUCATION CENTRE DE LA UNIVERSIDAD DE OTTAWA (LA CLÍNICA DE DERECHOS HUMANOS)

Mediante auto de fecha 22 de mayo de 2018 este Tribunal incorpora a las organizaciones no gubernamentales EarthRights International, la Fundación para el Debido Proceso, así como a la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa en calidad de *amicus curiae*, las que argumentan lo siguiente:

- Sostienen que la Ley 30230 afecta sustancialmente los derechos de los pueblos indígenas, por lo que debió ser materia del proceso de consulta previa, libre e informada. Indican que el argumento principal del *amicus* es “demostrar que el derecho a la consulta es un derecho constitucional internacionalmente reconocido a favor de los pueblos indígenas”, incluyendo la exigibilidad del consentimiento en estricta relación con los proyectos de inversión.
- Sostienen que los artículos del 19 al 23 y los artículos 36 al 38 (inciso “a”) de la Ley 30230 vulneran la Constitución, así como los parámetros internacionales aplicables a los derechos de los pueblos indígenas, puesto que esta ley prevé mecanismos destinados a facilitar proyectos de gran envergadura, omitiendo regular procedimientos que garanticen el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.
- Sostienen, además, que la consulta procede respecto de medidas administrativas, pero también legislativas, aunque en el caso de la Ley 30230 no se ha realizado ninguna consulta previa, por lo que se habrían vulnerado las garantías constitucionales y obligaciones internacionales en materia de derechos humanos aplicables al Perú.
- Agregan que la falta de una oficina especializada o de un procedimiento interno del Congreso para la realización de un proceso de consulta no es una justificación válida para incumplir con tal deber.
- Por todo ello, solicita respetuosamente que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 19 al 23 por violación de la obligación de consultar de forma previa, libre e informada y de los artículos 36 y 38 (inciso “a”) por violación del deber de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas; todo ello por cuanto las medidas referidas impactan directamente en los derechos de los pueblos indígenas.

C.4. PLATAFORMA PARA EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Mediante el auto de fecha 22 de mayo de 2018, se admitió en calidad de *amicus curiae* la Plataforma para el Ordenamiento Territorial, quienes presentaron un informe sobre la inconstitucionalidad en la que habría incurrido la Ley 30230.

- Afirman que, de acuerdo con el artículo 79.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades, no es intención del legislador dejar a los gobiernos locales al margen de las decisiones sobre sus territorios.
- Añaden que, si bien la Constitución no se refiere al ordenamiento territorial, sí establece que las municipalidades provinciales están a cargo de la planificación del desarrollo urbano y rural, que incluye la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial.
- Igualmente, el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que los gobiernos provinciales están a cargo de la planificación del ordenamiento territorial. Así, se le otorga a las municipalidades competencias para la zonificación, acondicionamiento territorial, establecimiento del catastro rural y urbano y del patrimonio histórico, cultural y paisajístico.
- En virtud de una serie de referencias del derecho comparado y de doctrina, los peticionarios sostienen que el proceso de ordenamiento territorial permite tomar decisiones sobre el uso y ocupación del territorio, definiendo las orientaciones que deben seguirse en esta materia. Así, sin la capacidad para tomar decisiones que resuelvan desequilibrios territoriales, el ordenamiento territorial carecería de eficacia.
- Concluyen que la regulación específica sobre el uso del territorio debe corresponder a las municipalidades, ya que éstas conocen con mayor detalle el territorio de su jurisdicción. Por tales razones, solicitan que el artículo 22 de la Ley 30230 quede sin aplicación y efecto jurídico en cumplimiento de la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional.

II. FUNDAMENTOS

§1. PRETENSIÓN DE LAS DEMANDAS

1. Mediante Auto-1, de fecha 07 de enero de 2015, del Expediente 0003-2015-PI/TC, se admitió a trámite la demanda interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín, contra los artículos 19 al 23 de la Ley 30230, *ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país*, publicada el 12 de julio de 2014 en el diario oficial *El Peruano*.
2. Con el Auto 1, de fecha 03 de marzo de 2016, del Expediente 0012-2015-PI/TC, se admitió a trámite la demanda interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra los artículos 19 al 23, 37, 41 y 57 de la mencionada ley. Y, habiéndose subsanado las observaciones de inadmisibilidad indicadas en dicha resolución, mediante Auto 2, de

fecha 15 de marzo de 2016, se admitió la demanda también contra los artículos 36, 38 al 40, 42 al 51 y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230.

3. Teniendo en cuenta lo resuelto en las resoluciones de admisibilidad mencionadas, y en virtud del auto de fecha 22 de marzo de 2016 que resuelve acumular el Expediente 0012-2015-PI/TC al Expediente 0003-2015-PI/TC, este Tribunal se pronunciará sobre la constitucionalidad de lo siguiente:
 - los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 57, y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230.

§2. ARTÍCULO 19 DE LA LEY 30230 Y TEMPORALIDAD DE LA NORMA

4. Los demandantes han cuestionado la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 30230, que establece:

Artículo 19. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

Mientras dure el período de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

- a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
- b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.

- c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
5. Específicamente se alega que se está debilitando la función sancionadora del OEFA y con ello se favorece la impunidad y comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, que terminarían por afectar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2.22 de la Constitución).
 6. El artículo 19 de la ley impugnada establece una serie de regulaciones de naturaleza temporal. Así, tal como lo expone el propio artículo, solo sería válido por tres años desde su entrada en vigencia de la Ley 30230, (12 de julio de 2014).
 7. Este Colegiado considera que la fórmula contenida en el dispositivo materia de impugnación no encierra en sí misma un tratamiento que pueda considerarse arbitrario o inconstitucional, sino que al revés de ello apunta a estructurar un modelo de comportamiento razonable en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración.
 8. En efecto, no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador.
 9. Si las medidas correctivas fuesen eventualmente desacatadas o si las razones por las que aquellas se impusieron fuesen ignoradas por aquellos sobre quienes se aplican, es totalmente legítimo que se proceda a una sanción, pero ello no significa que el Estado tenga que promover como exclusiva y excluyente bandera el castigo inmediato.
 10. No debe ignorarse que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad de suyo pedagógica. Ello no se logra colocando sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que sólo de ser desacatadas, es que puedan legitimar una actuación radical y definitiva.
 11. Por lo demás y es pertinente mencionarlo a propósito del presente caso, la norma materia de cuestionamiento, ni siquiera ostenta una naturaleza permanente, sino que comporta un periodo de aleccionamiento que en este caso es sólo de tres años. Ello en pocas palabras significa, adentrar a los administrados a un comportamiento en pro del respeto del medio ambiente durante lo que podríamos denominar una fase estrictamente pedagógica. Transcurrida la misma ya no podrá alegarse por nadie desconocimiento de la ley y las sanciones serán utilizadas en todos sus alcances.
 12. Cabe asimismo considerar que incluso y pese a promoverse esta fase estrictamente pedagógica en pro del medio ambiente y que como se ha dicho es sólo temporal, la misma norma prevé supuestos en los que de ninguna manera serán de recibo eventuales beneficios en la sanción que haya de imponer la administración de desacatarse las

medidas correctivas, y ello procederá **a)** en caso de infracciones muy graves que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas, **b)** frente a actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o autorización de inicio de operaciones o en zonas prohibidas y **c)** cuando existe reincidencia.

13. En suma, no se aprecia por ningún lado y como lo afirman los demandantes ni debilitamiento de las potestades sancionadoras del Estado (en este caso de la OEFA), pues estas siguen existiendo, ni por otra parte se deja en desprotección al medio ambiente, pues el Estado promueve plenamente su respeto con la adopción de medidas perfectamente razonables impulsando su poder sancionador allí donde se verifica indiscutibles situaciones graves.
14. En este extremo, por consiguiente, la demanda debe ser declarada infundada.

§3. ARTÍCULO 20 DE LA LEY 30230 Y LA CREACIÓN DE ZONAS RESERVADAS

15. El artículo 20 de la Ley 30230 modifica el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, además de incorporar un tercer párrafo.
16. Para lo que ahora resulta relevante, debe indicarse que, previamente a su modificación, el artículo 7 indicaba que las zonas reservadas eran reconocidas por resolución ministerial. El artículo ahora cuestionado establece que las zonas reservadas se establecen por decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Queda claro, entonces, que ya no podrán establecerse este tipo de áreas solo con la intervención del Ministerio de Agricultura.
17. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, las zonas reservadas son aquellas áreas que, reuniendo las condiciones para ser consideradas como áreas naturales protegidas, requieren la realización de estudios complementarios para determinar la extensión y categoría.
18. Se objeta que con esta modificación primarán los criterios políticos en el ámbito de lo que debería ser una decisión técnica, con lo que se estaría debilitando la “institucionalidad ambiental”. Y que bastaría que el Ministerio de Energía y Minas o el Ministerio de Economía se opongan para que “no se aprueben las zonas reservadas”. Además, se agrega que se abre un campo fértil para las presiones de grupos económicos relacionados con las actividades extractivas (Expediente 0012-2015-PI/TC, fojas 15).
19. Al respecto, este Tribunal estima que el hecho de crear zonas reservadas mediante la aprobación del Consejo de Ministros no implica una afectación al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. Por el contrario, al tener que ser aprobadas por tal entidad se deja de lado la visión sectorial para dar paso a una visión más amplia, con la ventaja de permitir realizar las coordinaciones entre los diferentes sectores que conforman el Poder Ejecutivo. Es más, con ello se transparenta la posición del Poder Ejecutivo respecto la creación de zonas reservadas.

20. Además, tal como lo ha indicado el procurador del Congreso en la contestación de la demanda, el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 038-2001-AG, ordena la elaboración un expediente técnico justificatorio para el establecimiento de las zonas Reservadas. Es decir, el ordenamiento jurídico obliga a que la decisión administrativa que crea una zona reservada cuente con un sustento técnico.
21. De otro lado, de acuerdo con el artículo 119 de la Constitución, el Consejo de Ministros está a cargo de la dirección y gestión de los servicios públicos. Por su parte, el artículo 126 establece que todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere del “voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros” y que los ministros no pueden ser “gestores de intereses propios o de terceros”.
22. Nótese que la Constitución no indica que el voto debe ser unánime sino por mayoría. En tal sentido, el argumento ensayado por los demandantes pierde toda verosimilitud por cuanto la aprobación de las zonas reservadas pueden darse inclusive con los votos en contra de los Ministerios de Energía y Minas y de Economía, por mencionar los ministerios referidos en la demanda.
23. Por lo antes dicho, la alegación realizada contra el artículo 20 de la Ley 30230 debe ser desestimada.

§4. ARTÍCULO 21 DE LA* LEY 30230 Y PLAZO PARA EMITIR OPINIONES REQUERIDAS POR ENTIDADES ENCARGADAS DE LA APROBACIÓN DE EIA

24. El artículo 21 de la cuestionada ley establece lo siguiente:

Artículo 21. Solicitud de opiniones para la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental

21.1 En caso de que la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a un determinado proyecto de inversión requiera opiniones vinculantes y no vinculantes de otras entidades del sector público, estas deberán emitirse, bajo responsabilidad, en un plazo máximo de 45 días hábiles.

El hecho de que no se emita la opinión vinculante en el plazo antes referido, constituye un incumplimiento de las obligaciones del funcionario responsable de emitirla, quien incurrirá en falta grave aplicable al régimen laboral al que pertenece. En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable y el Titular de la entidad debe emitir la opinión vinculante, bajo responsabilidad.

En el supuesto que se solicite una opinión no vinculante y esta no fuera emitida dentro del plazo antes referido, el funcionario de la entidad que debe aprobar el Estudio de Impacto Ambiental deberá continuar el procedimiento sin dicha opinión. En caso de no continuar con el procedimiento, dicho funcionario incurrirá en falta

grave aplicable al régimen laboral al que pertenece. En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable, y el Titular de la entidad debe continuar con el procedimiento de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, bajo responsabilidad.

Una vez emitidas las opiniones vinculantes y no vinculantes, la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental deberá elaborar un informe consolidado de dichas opiniones, que será remitido al solicitante, para las subsana-ciones o aclaraciones que correspondan. En dicho informe, la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental solo considerará las opiniones emitidas por las entidades en el marco de sus competencias establecidas en la Ley.

21.2 Las entidades están prohibidas de solicitar nuevamente los documentos que el solicitante haya presentado en el transcurso del proceso, bajo responsabilidad de su Titular.

21.3 En caso de servidores bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servi-cios y solo para efectos del presente artículo, será de aplicación el régimen sancio-nador aplicable según el Decreto Legislativo 276.

25. Los demandantes consideran que, si bien no es negativo establecer un plazo máximo para recibir las opiniones vinculantes y no vinculantes solicitadas por las entidades encargadas de aprobar el EIA, su brevedad es contraproducente. Ello debido a que no se habrían sentado las condiciones mínimas para que las entidades consultadas puedan realizar la revisión minuciosa de los componentes del entorno del proyecto y las alternati-vas existentes. Es decir, para que puedan cumplir con su función satisfactoriamente.
26. Se cuestiona también que con las sanciones graves a los servidores públicos que no emi-tan los informes en dicho plazo, se está ejerciendo una presión inaceptable que debilita el proceso de revisión de los EIA, con el consiguiente riesgo para las personas y el ambiente. Se objeta, además, que es contraproducente e inadecuado que los órganos de línea de los ministerios que promueven la inversión estén encargados de aprobar los EIA, puesto que su independencia no está garantizada. Por ello, los demandantes han alegado que este artículo contravendría el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.
27. Este Tribunal ha establecido que el contenido del artículo 2.22 de la Constitución está determinado por el derecho a gozar del ambiente y a que éste se preserve. Así, compor-ta la facultad de las personas de poder disfrutar de un

ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mante-ner los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio

de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 17).

28. También se ha indicado que el Estado tiene “el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión” (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 17). Y ha indicado también que existe una “dimensión prestacional” del derecho al ambiente, que impone al Estado tareas y obligaciones de preservación del ambiente equilibrado y adecuado, que incluye expedir disposiciones legislativas para que se promueva la conservación del ambiente, incluyendo aquellas destinadas a preservar y prevenir los daños al ambiente (Sentencia 03510-2003-PA/TC, fundamento 2, c).
29. Tomando en cuenta lo referido, este Tribunal considera que el mero establecimiento de un plazo para recibir opiniones –vinculantes o no vinculantes– no implica una afectación en abstracto del derecho al ambiente equilibrado y adecuado. Y es que, regular un plazo para que se emitan opiniones a solicitud de una entidad ambiental sectorial, que es un órgano de línea del ministerio a cargo de aprobar un EIA, no implica una posible alteración sustantiva o afectación a la preservación de bienes ambientales. Más aún si es que se toma en consideración que la consulta se dirige a un órgano especializado y familiarizado con la materia a la que se refiere la opinión solicitada.
30. Este Tribunal tampoco observa que se esté contradiciendo el deber de efectivizar el derecho al ambiente equilibrado y adecuado, ya que existe considerable regulación e instituciones encargadas de hacer efectivo tal derecho. Ejemplo de ello es la Ley General del Ambiente (Ley 28611), Ley que Regula la Declaratoria de Emergencia Ambiental (Ley 28804), Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763) y Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley 27446), entre otras.
31. De igual forma, existe un significativo soporte institucional, como lo es el Ministerio del Ambiente, el OEFA, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles, por mencionar algunos, encargados de implementar la política ambiental.
32. En tal sentido, no se aprecia que mediante el artículo 21 de la Ley 30230 se esté contraviniendo en abstracto el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución.

§5. ARTÍCULO 22 DE LA LEY 30230, ORDENAMIENTO TERRITORIAL DERECHO A UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO

33. El artículo 22 de la ley impugnada establece lo siguiente:

Artículo 22. Ordenamiento territorial

El ordenamiento territorial es un proceso político y técnico administrativo destinado a orientar la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio, sobre la

base de la identificación de potencialidades y limitaciones, considerando criterios económicos, socioculturales, ambientales e institucionales.

La Política Nacional de Ordenamiento Territorial es aprobada mediante Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Ni la Zonificación Económica Ecológica, ni el Ordenamiento Territorial asignan usos ni exclusiones de uso.

34. Los demandantes alegan que con este artículo se redefine el concepto de ordenamiento territorial, quitándosele su “carácter concertador” y “decisorio”, considerándolo tan solo un concepto “orientador”, sin que pueda asignar usos ni exclusiones sobre los usos del territorio. Como consecuencia de privar de fuerza vinculante al ordenamiento territorial, alegan que se estaría violando el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. En específico, la obligación del Estado de proteger en forma efectiva el ambiente, establecida en el artículo 9 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente (Expediente 0003-2015-PI/TC, fojas 25).
35. Afirman, además, que la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, establece que la aprobación de la zonificación ecológica y económica del país coadyuva al ordenamiento territorial y a evitar conflictos emanados de la superposición de usos y títulos. De ahí que concluyan que se está reconociendo la asignación de usos que caracteriza al ordenamiento territorial. Además, observan que la ausencia de un instrumento legal que asigne usos, implica que las autoridades sectoriales estarían definiendo el uso, sin un proceso general de planificación, dejándose de lado el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado (Expediente 0012-2015-PI/TC, fojas 20 y 21).
36. Este Colegiado analizar así es que las frases del artículo cuestionado, que establecen que el ordenamiento territorial está “destinado a orientar” y que “no asigna usos ni exclusiones de uso”, contraviene el derecho al ambiente equilibrado y adecuado, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución. De otro lado, también analizará si es que se habría vulnerado el artículo 106 de la Constitución, al modificarse una ley orgánica, como lo es la Ley 26821, mediante una ley ordinaria, como lo es la Ley 30230.
37. Resulta conveniente poner de relieve que el artículo 54 de la Constitución establece que el territorio del Estado comprende el suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo que lo cubre. Es dentro de este espacio físico en el que se desenvuelve la actividad humana y también otros elementos naturales que lo integran. A fin de aprovechar el territorio y sus recursos naturales, es necesario contar con un marco normativo que organice dicho ordenamiento territorial.
38. Por ello, el ordenamiento territorial es considerado una política nacional. Se genera mediante un proceso y de manera consensuada en virtud de unos instrumentos técnicos sustentatorios a fin de organizar la ocupación del territorio, tomando en cuenta el aprovechamiento sostenible. Además, produce información brindando datos valiosos

que permiten la planificación de actividades productivas o el establecimiento de zonas de protección, de recuperación o zonas de expansión urbana.

39. El concepto jurídico del ordenamiento territorial se elabora considerando las condiciones sociales, ambientales y económicas para garantizar un desarrollo equilibrado. Es por ello un proceso político y técnico-administrativo destinado a orientar la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio. En tanto política de Estado, forma parte de la gestión del territorio, aunque debe ser distinguida de otros procesos con *enfoque territorial*, como el catastro, la titulación predial, las concesiones, la demarcación territorial, los planes de desarrollo urbano y la zonificación urbana (*Orientaciones básicas sobre el Ordenamiento Territorial en el Perú*, Lima, Ministerio del Ambiente, 2015, pp. 9 y 10).
40. Es importante también resaltar los instrumentos técnicos sustentatorios del ordenamiento territorial, ya que estos le otorgan a este concepto su carácter singular y diferenciable de otros términos que utilizan el enfoque territorial. Estos instrumentos están establecidos en la Resolución Ministerial 135-2013-MINAM, que aprueba la Guía Metodológica para la Elaboración de los Instrumentos Técnicos Sustentatorios para el Ordenamiento Territorial, y son: la Zonificación Ecológica Económica, los Estudios Especializados, los Diagnósticos Integrados del Territorio y el Plan de Ordenamiento Territorial. Estos efectivamente conceptualizan la singularidad del ordenamiento territorial.
41. Se ha dicho también lo siguiente:

A través del proceso de Ordenamiento Territorial se garantiza la incorporación transversal de los componentes económicos, sociales, políticos, culturales, entre otros, con el componente ambiental en distintos procesos de ocupación del territorio. Asimismo, garantiza el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales como base productiva del desarrollo; es decir, se garantiza que el Estado provea un ambiente equilibrado y sostenible para la calidad de vida de los ciudadanos [*Orientaciones básicas sobre el Ordenamiento territorial en el Perú*, Lima, Ministerio del Ambiente, 2015, p. 10].
42. Por su parte, *Ley General del Ambiente*, en su artículo 20, indica que el ordenamiento territorial tiene por finalidad complementar la “planificación económica, social y ambiental con la dimensión territorial”. Y uno de sus objetivos es: “Orientar la formulación, aprobación y aplicación de política nacionales, sectoriales, regionales y locales”. Como se aprecia, la propia normativa indica la característica orientadora del ordenamiento territorial.
43. Ello también se aprecia en uno de los sustentos técnicos del ordenamiento territorial, como lo es la Zonificación Ecológica y Económica (ZEE). El artículo 11 de la *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, establece en su artículo 1 que:

La Zonificación Ecológica y Económica (ZEE) del país se aprueba a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, en coordinación intersectorial, como apoyo al ordenamiento territorial a fin de evitar conflictos por superposición de títulos y usos inapropiados, y demás fines.

Dicha Zonificación se realiza en base a áreas prioritarias conciliando los intereses nacionales de la conservación del patrimonio natural con el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

44. Por su parte, el Decreto Supremo 087-2004-PCM, que aprueba el Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica, establece en su artículo 1 que se trata de un proceso “dinámico y flexible para la identificación de diferentes alternativas de uso sostenible de un territorio determinado [...]”. Y cuando es aprobado se vuelve un “instrumento técnico y orientador del uso sostenible de un territorio y sus recursos naturales”.
45. Claramente, no es factible deducir que del artículo 11 de la *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, el ordenamiento territorial es una herramienta para asignar usos. Como resulta evidente, tampoco se le encomienda a la ZEE la asignación de usos.
46. Ahora bien, respecto a la supuesta contravención del artículo 106 de la Constitución, debe expresarse que lo que distingue a las leyes orgánicas de las leyes ordinarias es que las primeras deben cumplir con los dos requisitos especiales (formal y material) previstos en el artículo 106 de la Constitución. Sin embargo, tales requisitos no hacen a la ley orgánica jerárquicamente superior a la ley ordinaria (Sentencia 0013-2009-AI/TC, fundamentos 10 y 11).
47. En tal sentido, dado que las leyes orgánicas se distinguen por el cumplimiento de requisitos especiales formales y materiales para su aprobación, una ley ordinaria (que no haya sido aprobada bajo tales requisitos) no puede regular materia reservada a aquella, o modificar o derogar una ley aprobada como orgánica, pues ello significaría la inconstitucionalidad de dicha ley ordinaria por violación del artículo 106 de la Constitución.
48. Puesto que el artículo 11 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales no expresa que el ordenamiento territorial establece la asignación de usos, ni le da un carácter decisorio, no puede considerarse que el artículo 22 de la Ley 30230 esté modificando dicha ley orgánica. Por ello, este Tribunal entiende que no se ha contravenido el artículo 106 de la Constitución.
49. Respecto a la supuesta vulneración del artículo 2.22 de la Constitución, este Tribunal considera que la naturaleza orientadora del ordenamiento territorial, en cuanto no asigna usos ni exclusiones de uso, no implica que las actividades de producción estén exentas de análisis de impacto ambiental o que se haya dado carta libre a incidir irrazonablemente en el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

50. Más aún, si en caso se decidiera luego de un proceso participativo que determinado territorio debe tener un uso de producción, nada impediría que, en virtud de una actualización de los instrumentos técnicos sustentatorios, dicho territorio se considere como de conservación ecológica. Es decir, la característica cuestionada no tiene implicancias directas con la afectación al derecho al ambiente.
51. Inclusive, ese carácter orientador tampoco disminuye la obligación del Estado de procurar la defensa del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. Y es que no implica que se dejen lado enfoques prestacionales, preventivos o sancionadores sobre la protección de tal derecho, ya sea en el ámbito administrativo o penal.
52. Así, este Colegiado concluye que el artículo 22 de la Ley 30230 no implica que, en abstracto, se esté permitiendo una alteración sustantiva del ambiente o que se impida o afecte la preservación de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Por lo que debe desestimarse este extremo de la demanda.

§6. ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y DESCENTRALIZACIÓN

53. Los demandantes también han cuestionado que el artículo 22 de la Ley 30230 sería “abiertamente inconstitucional” debido a que afecta competencias y funciones exclusivas de los gobiernos locales y regionales para establecer los usos en el territorio. Dicha atribución se encuentra establecida en los artículos 191 y 194 de la Constitución.
54. Agregan que también se contravendrían otras disposiciones legales como el artículo 6 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, el artículo 53 de la Ley 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y los artículos 73 y 79 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
55. Agregan que, al quitarle la competencia de aprobar la política nacional de ordenamiento territorial al Ministerio del Ambiente, la dimensión ambiental pierde su carácter prioritario establecido en el artículo 22 de la Ley General del Ambiente.
56. El artículo 191 de la Constitución establece que los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia y coordinan con las municipalidades sin interferir en sus competencias. Aunque no fue referido en la demanda, es importante anotar que el artículo 192 de la Constitución indica que los gobiernos regionales son competentes para formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades.
57. Por su parte, el artículo 194 de la Constitución establece que las municipalidades provinciales y distritales tienen autonomía, económica, administrativa en los asuntos de su competencia y el artículo 195 añade que los gobiernos locales promueven el desarrollo local en “armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”. En su numeral 6 se indica que son competentes para “planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”.

58. El artículo 6 de la Ley de Bases de la Descentralización establece los objetivos de la descentralización, indicando que la “descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos: [...] Objetivos a nivel ambiental, a) ordenamiento territorial y del entorno ambiental, desde los enfoques de la sostenibilidad del desarrollo”.
59. Como se aprecia, de este artículo no se desprende que se esté estableciendo una competencia de los gobiernos regionales o locales. Se limita llanamente a indicar los objetivos del proceso de descentralización. Por lo que no resulta factible que pueda deducirse en este caso una afectación a las competencias o funciones de los gobiernos regionales.
60. El artículo 53 de la Ley de Gobiernos Regionales, que está en el Capítulo II referido a las funciones específicas de los gobiernos regionales, establece que son funciones en materia ambiental y de ordenamiento territorial:
- a) formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, en concordancia con los planes de los gobiernos Locales.
61. Por su parte, el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que
- Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende: (a) Planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial.
62. El artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades, referido a las competencias y funciones específicas, establece por su lado lo siguiente:
- Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:
1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
- 1.1. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental.
- 1.2. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.
- 1.3. Pronunciarse respecto de las acciones de demarcación territorial en la provincia.
63. Como se observa de la legislación revisada, los gobiernos locales y regionales son competentes en materias relativas al ordenamiento territorial. Esta postura ha sido desarrollada también en el escrito de *amicus curiae* de los integrantes de la Plataforma para el Ordenamiento Territorial.

64. No obstante, ello, debe precisarse que el artículo 22 de la Ley 30230 simplemente indica que la política nacional del ordenamiento territorial, que antes era aprobada solamente de manera sectorial por el Ministerio del Ambiente, ahora requiere aprobación del Consejo de Ministros, lo que de ninguna manera involucra una invasión en las competencias otorgadas a los gobiernos regionales y locales sobre ordenamiento territorial.
65. En consecuencia, este Tribunal entiende que no existe interferencia alguna en la competencia de los gobiernos subnacionales respecto del ordenamiento territorial.
66. Respecto a la aprobación de la política nacional de ordenamiento territorial por el Consejo de Ministros, debe indicarse que el Ministerio del Ambiente sigue siendo, tal como lo indica el Decreto Legislativo 1013, que Aprueba la creación organización y funciones del ministerio del ambiente, la institución que establece:
- [...] la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el ordenamiento territorial nacional, en coordinación con las entidades correspondientes, y conducir su proceso.
67. Debe agregarse, en todo caso, que si bien los gobiernos locales y regionales son competentes para planificar su ordenamiento territorial, ello implica que realicen esta labor sin la cooperación del gobierno nacional o que lo puedan hacer sin seguir los estándares y normativas establecidas en la política nacional del ordenamiento territorial.
68. Una aproximación contraria implicaría que cada gobierno regional o local podría establecer los criterios que conforman el concepto legal del ordenamiento territorial, desvirtuando el carácter unitario y descentralizado establecido en el artículo 43 de la Constitución.
69. Es por ello que se requiere una coordinación entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales. Lo que ha sido recogido en el artículo 22.3 de la Ley General del Ambiente que establece:
- Los gobiernos regionales y locales coordinan sus políticas de ordenamiento territorial entre sí y con el Gobierno Nacional, considerando las propuestas que al respecto formule la sociedad civil.
70. Pero nada de ello implica una intervención en las competencias de los gobiernos regionales o locales. Esto resulta concordante con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 2958, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que establece que las políticas nacionales se aprueban por decreto supremo con el voto del Consejo de Ministros.
71. En suma, no se aprecia que el artículo 22 de la Ley 30230 contravenga los artículos 191, 192 o 194 de la Constitución, al no haberse alterado la competencia de los gobiernos regionales o locales.

§7. ARTÍCULO 23 DE LA LEY 30230 Y LA APROBACIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES Y LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL

72. El artículo 23 de la Ley 30230 establece lo siguiente:

Los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP) a los que se refieren los literales d) y e) del artículo 7 del Decreto Legislativo 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, deben basarse en criterios de protección de la salud, el ambiente, así como en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas.

La aprobación y actualización periódica de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) a que se refiere el literal d) del artículo 7 del Decreto Legislativo 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se efectuará mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados y se realizará sobre la base de los criterios y análisis mencionados en el párrafo precedente.

73. Los demandantes consideran que la nueva forma de determinar los ECA y los LMP, introducida en el artículo cuestionado, equipara criterios de protección de la salud y el ambiente con el “análisis del impacto regulatorio y económico sobre las industrias y las poblaciones involucradas”. Con ello se estaría contraviniendo el sentido que tienen los ECA y los LMP. Afirman los demandantes, que el criterio fundamental para determinar estos estándares es la protección de la salud y el ambiente, por lo que la emisión de sustancias en cantidades que pudieran poner en riesgo o dañar el ambiente y la salud no está permitido.

74. Objetan igualmente que la aprobación y actualización de los ECA y los LMP se efectúe mediante el refrendo de los sectores vinculados, es decir, los ministerios regulados. Con ello se condiciona y debilita al Ministerio del Ambiente como ente rector en materia de protección del ambiente. Estos dos argumentos apuntan a indicar que el Estado no estaría cumpliendo con proteger de forma efectiva el derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado.

75. A fin de ponderar los argumentos de la demanda, este Tribunal entiende que es necesario revisar previamente los conceptos legales del ECA y LMP. De acuerdo con el primer párrafo del artículo 31 de la Ley General del Ambiente:

[ECA es]la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

76. De otro lado, el artículo 32 de la Ley General del Ambiente, modificado por el Decreto Legislativo 1055, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de junio de 2008, establece lo siguiente sobre el LMP:

[LMP es] la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un effluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.

77. Explicadas de una manera muy general, tanto los ECA como los LMP son medidas que buscan identificar concentraciones de sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que puedan implicar un riesgo significativo o un daño al ambiente y a la salud de las personas.
78. En realidad, ello es confirmado por el artículo 23 de la Ley 30230, que establece que los criterios del ECA y del LMP se basan en criterios de protección de la salud y el ambiente. La inclusión de un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas no hace más que tomar en cuenta aspectos presentes y relevantes al momento de implementar estas medidas. Sin embargo, ello no implica que el análisis de impacto regulatorio y económico deba prevalecer sobre aspectos relativos a la protección del ambiente y la salud de la población.
79. En efecto, la norma cuestionada no establece un mandato ordenando que el análisis regulatorio, por ejemplo, deba imponerse sobre el análisis de impacto en la salud y el ambiente. No se aprecia, entonces, que en abstracto se esté incidiendo en el derecho al ambiente equilibrado y adecuado.
80. Respecto al segundo argumento presentado por los demandantes, sobre la aprobación y actualización periódica de los ECA y los LMP mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados, este Tribunal estima que el solo hecho de que se requiera su refrendo no implica que se esté contraviniendo el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.
81. En realidad, como lo ha indicado el Congreso de la República en la contestación de la demanda, la norma cuestionada es coherente con el artículo 11 de *la* Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que establece que los decretos supremos deben ser rubricados por el presidente de la República, y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.
82. En tal sentido, no se aprecia que el artículo 23 de la Ley 30230, en cuanto regula la manera en que se aprueban o actualizan los ECA y los LMP, sea en abstracto inconstitucional por afectar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

§8. CUESTIONAMIENTOS CONTRA LOS ARTÍCULOS 36 AL 51 Y EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 30230 Y SENTENCIAS INTERPRETATIVAS ADITIVAS

83. Los demandantes del Expediente 0012-2015-PI/TC sostienen que los artículos del 36 al 51, el artículo 57 y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230 pueden afectar el derecho al territorio de los pueblos indígenas y pueden privarlos de la propiedad sobre estos, a pesar de su reconocimiento por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución. Por ello, añaden que tales disposiciones debieron haber sido consultadas con los pueblos indígenas.
84. Sostiene que los artículos cuestionados no pueden ser interpretados de manera aislada, sino en conjunto, como parte de un todo que pretende subordinar los derechos humanos a la tierra y territorio de los pueblos indígenas (escrito de subsanación de la demanda del Expediente 0012-2015-PI/TC).
85. Para los demandantes, una forma de salvar la constitucionalidad de los artículos cuestionados es recurrir a las llamadas sentencias interpretativas aditivas. Con ello se salvaría la constitucionalidad de los artículos 36 al 51, así como la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230. Por ello, solicitaron que se incorpore el literal “c” en el artículo 37 de la cuestionada indicando que quedan excluidas de la aplicación de esta ley los territorios de las comunidades campesinas, nativas, y demás pueblos originarios.
86. Si bien los demandantes han indicado que los artículos 36 al 51 y 57 deben ser interpretados en conjunto, ello no es eximente para que no cumplan con la obligación de presentar argumentos en contra de cada uno de los artículos cuestionados.

§9. ARTÍCULO 36 DE LA LEY CUESTIONADA Y PROPIEDAD TERRITORIAL INDÍGENA

87. El artículo 36 de la Ley 30230 establece lo siguiente:
- Créanse procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada.
88. Se cuestiona que, mediante este artículo, se esté generando una reforma normativa profunda, estableciéndose reglas legales para sanear predios públicos o privados únicamente para proyectos de inversión. Con ello aseveran que se estarían contraviniendo derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, como el derecho al territorio.
89. El artículo 88 afirma que el Estado garantiza “el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa” (subrayado agregado). Por su parte, el artículo 89 de la Constitución establece que la propiedad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas es imprescriptible. Además, establece que estas comunidades deciden sobre el libre uso y disposición de sus tierras

90. De ahí que el Tribunal haya resuelto en su momento que los pueblos indígenas tienen el legítimo derecho de controlar intrusiones a su propiedad (Sentencia 01126-2011-HC/TC, fundamentos 21 y 25). De otro lado, este Tribunal también ha establecido la singularidad e importancia del derecho al territorio tradicional de los pueblos indígenas.
91. En la Sentencia 0024-2009-PI/TC (fundamento 18), se ha indicado lo siguiente para estas poblaciones:
- [su territorio] no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación.
92. Debe recordarse, además, que la posesión tradicional de los territorios de los pueblos indígenas, “equivale a un título de pleno dominio”, pudiendo estas poblaciones exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y registro (Sentencia 0024-2009-PI/TC, fundamento 20). Por su parte, también se ha indicado que, en virtud del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, existe el “deber de proteger los derechos de propiedad y posesión a través de la adopción de medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente” (Sentencia 0024-2009-PI/TC, fundamento 17).
93. Pero el mero anuncio de la creación de procedimientos especiales de saneamiento físico no involucra en abstracto una afectación de los derechos que corresponden a los pueblos indígenas respecto de su territorio. Y es que, tal como ya fue expresado por este Tribunal, en el contexto de la aplicación del derecho de consulta, la afectación a los pueblos indígenas debe entenderse como una “una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes” (Sentencias 0022-2009-PI/TC, fundamento 55).
94. En este caso, la simple enunciación de la creación de estos procedimientos no implica una modificación inmediata en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Por ello este extremo de la demanda debe ser desestimado.

§10. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y ARTÍCULO 37 DE LA LEY CUESTIONADA

95. El artículo 37 de la Ley 30230 establece el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales, indicando lo siguiente:
- a) El presente subcapítulo regula acciones extraordinarias de saneamiento físico legal para predios comprendidos dentro del área de influencia directa o indirecta de los proyectos de inversión referidos en el artículo siguiente, independientemente del uso actual o futuro que se les dé a los predios.

- b) Asimismo, son materia de las acciones de saneamiento, los predios ocupados por obras públicas viales en fase de operación, cuyas áreas se encuentran pendientes de saneamiento físico legal, antes o después de la vigencia de la presente Ley.
96. Se objeta que las acciones extraordinarias de saneamiento puedan darse sobre predios, independientemente del uso actual o futuro que tengan. Ello, a decir de los demandantes, va consumando una afectación inminente a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, ya que se impondrían procesos de saneamiento físico legal sobre tierras de comunidades campesinas y nativas no tituladas, con la única finalidad de favorecer la adquisición de la propiedad para proyectos de inversión.
97. Al observarse que esto puede generar un contexto de afectación directa al derecho de propiedad sobre la tierra de los pueblos indígenas, los demandantes advierten que tal artículo debió ser consultado. Al no haber ocurrido ello, se habría vulnerado el derecho de consulta de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 y la Ley 29785, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el convenio 169 de la organización internacional del trabajo* (Ley de Consulta Previa).
98. No obstante, lo expuesto y en virtud del principio de conservación de la ley, solicitan que se emita una sentencia interpretativa aditiva, incluyendo un inciso en el que se excluya de la aplicación de este procedimiento especial a las comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas.
99. El derecho a la consulta previa fue incorporado al ordenamiento jurídico peruano con el Convenio 169 de la OIT y desarrollado mediante la Ley del Derecho a la Consulta Previa. El artículo 6 del Convenio 169 establece que el Estado tiene la siguiente obligación:
- [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
100. Y el artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa establece lo siguiente:
- [...] el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.
101. Por su parte, el artículo 9 de dicha ley establece que las entidades estatales deben identificar las medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos de los pueblos indígenas, de modo que, si “existiría una afectación directa” a sus derechos colectivos, se procederá a la consulta.

102. Tal como este Tribunal ya lo indicó en el Sentencia 0022-2009-PI/TC (fundamentos 37 y 38), el derecho a la consulta previa se activa cuando se prevea que alguna medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Es decir, no se requiere la detección de una afectación, sino que basta con que tal afectación directa sea potencial.
103. Queda por determinar, entonces, si es que el artículo 37 puede ser susceptible de afectar directamente derechos de los pueblos indígenas. El artículo bajo análisis establece el ámbito de aplicación del procedimiento especial para el saneamiento físico legal de predios. Dicho ámbito es de alcance general por lo que no se excluye ningún tipo de predio, siendo factible interpretar que su aplicación incluya a los territorios de los pueblos indígenas.
104. Se aprecia, por consiguiente, que el artículo bajo cuestionamiento implica una potencia la afectación al derecho al territorio de los pueblos indígenas, ya que una serie de mecanismos legales podrían modificar la situación jurídica del derecho de propiedad de las tierras de los pueblos indígenas.
105. En virtud de tal consideración, si es que el artículo 37 es interpretado de manera tal que su aplicación abarque a las tierras de los pueblos indígenas, es claro que dicho artículo debió ser consultado para poder ser aplicado a estos.
106. No obstante, tal medida fue publicada de manera inconsulta y, por lo tanto, devendría en inconstitucional al contravenir el mandato del Convenio 169 de la OIT, al que se le ha reconocido rango constitucional (Sentencia 03343-2007-PA/TC, fundamento 31).
107. Si, por el contrario, se interpreta que su aplicación no alcanza a los territorios de los pueblos indígenas, entonces, no podría considerarse que resulta inconstitucional.
108. Al respecto, es importante tomar en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. Este principio exige al juez constitucional “salvar” hasta donde sea razonablemente posible la constitucionalidad de una ley impugnada. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible (Sentencias 0004-2004-CC/TC, fundamento 3.3, y 0022-2009-PI/TC, fundamento 56).
109. A propósito de ello, es relevante considerar lo sostenido por el Congreso de la República en su escrito de contestación, en cuanto indica que el artículo 14 del Reglamento de la Ley 30230, contenido en el Decreto Supremo 019-2015-VIVIENDA, establece que sus disposiciones no son aplicables a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, ni tampoco a las reservas indígenas, las que se rigen por su propia normativa.
110. Queda positivamente claro que las normas del reglamento no podrían ser aplicadas en el ámbito territorial de los pueblos indígenas. Ello, sin embargo, no elimina los mandatos contenidos en la Ley 30230.

111. Pero, si bien dichos mandatos, derivados de la disposición del artículo 37 cuestionado, no pueden ser dejados sin efecto por el referido decreto supremo, este Tribunal considera que realizar una interpretación aislada del dispositivo legal cuestionado —es decir, sin considerar la existencia de mandatos constitucionales para su entendimiento— no es concordante con el principio de interpretación conforme a la Constitución.
112. Por ello, debido a que este Tribunal debe acoger la interpretación que sea compatible con el texto constitucional, es que se advierte que el artículo 37 de la Ley 30230 permite considerar que los alcances de tal artículo excluyan de su mandato a los territorios de los pueblos indígenas.
113. Con esta interpretación que este colegiado ahora se establece salva la constitucionalidad de dicho artículo, ya que no se aplicaría a los pueblos indígenas un artículo que no fue consultado. Dicho de otra forma, el artículo 37 de la Ley 30230 será constitucional siempre que no sea aplicado al territorio de los pueblos indígenas. En virtud de lo anotado, debe desestimarse la demanda de inconstitucionalidad respecto el artículo 37 de la Ley 30230, debiendo interpretarse dicho artículo conforme a la Constitución en los términos indicados *supra*.

§11. IMPLEMENTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN A LOS ARTÍCULOS 38 AL 51 DE LA LEY 30230

114. El artículo 37 analizado determina el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal establecidos en el Título III, Capítulo I, de la Ley 30230, que está conformado por los artículos 36 al 51.
115. Puesto que se ha establecido que el artículo 37 de la Ley 30230 debe ser interpretado de forma tal que no incluya a la propiedad territorial de los pueblos indígenas, resulta patente que el resto de los artículos del mencionado Capítulo I tampoco puedan ser aplicados a los pueblos indígenas. Y es que, al haberse reducido el ámbito de aplicación los procedimientos especiales, dejando fuera a los pueblos indígenas, el resto de los artículos ya no pueden regular aspectos relacionados con estas poblaciones.
116. Los artículos 38 al 51 de la ley cuestionada contienen normas que regulan diversos aspectos de los procedimientos especiales. Por ejemplo, el artículo 38 establece qué proyectos están comprendidos en los procedimientos especiales, indicando que serán aquellos proyectos declarados por ley de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y de gran envergadura, o aquellos que cuenten con concesión otorgada por el Gobierno Nacional o con participación de Proinversión.
117. Sin embargo, puesto que ya se determinó la exclusión de los pueblos indígenas del ámbito de aplicación del subcapítulo, no existe posibilidad de que los efectos del artículo 38 afecten el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, inclusive en casos en donde los territorios de los pueblos indígenas no se encuentren física y legamente saneados. Similar criterio se utilizará respecto a los artículos 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51 de la Ley 30230.

118. Sobre la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria, se utiliza un criterio similar, aunque adaptado a la particularidad de este dispositivo legal, que establece:
- Deróganse o déjanse en suspenso, según sea el caso, las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo establecido por la presente Ley o limiten su aplicación.
119. Como se aprecia, resulta patente que su interpretación no debe involucrar regulación relativa a la propiedad territorial de los pueblos indígenas. Solo de esta manera dicho dispositivo legal puede ser considerado constitucional.
120. Por consiguiente, al haberse excluido a los pueblos indígenas del alcance de la aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal establecidos en los artículos del Título III, Capítulo I de la Ley 30230, la demanda debe ser desestimada respecto los cuestionamientos realizados a los artículos 38 al 51 y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230.

§12. EL ARTÍCULO 57 QUE MODIFICA LA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DE LA LEY 29151

121. El artículo 57 de la Ley 30230 modifica la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y establece:
- La SBN está facultada para expedir resoluciones declarando la reversión, desafectación, extinción de la afectación o de la cesión en uso, extinción de la designación o de la reserva sobre las transferencias de dominio, afectaciones, cesiones en uso, u otras formas de designación, asignación, afectación o reserva de predios estatales aprobadas inclusive antes de la entrada en vigencia de la presente Ley, que no hayan cumplido con la finalidad asignada, independientemente del dispositivo, acto o nivel jerárquico con el cual hayan sido otorgados.
- [...]
122. Se objeta que la facultad de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) de revertir, desafectar o extinguir la cesión de uso por no cumplir con la finalidad asignada, inclusive en casos anteriores a la vigencia de la Ley 30230, permite dejar sin efecto los contratos de cesión de uso de suelos forestales utilizada por las comunidades nativas, con lo que se amenaza de manera cierta e inminente al derecho al territorio de los pueblos indígenas, reconocido por el artículo 14 del Convenio 169.
123. Los demandantes sostienen que el artículo 11 del Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, establece que el territorio de las comunidades nativas que corresponda a “tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia”. Alegan, además, que se estaría negando a las comunidades nativas la propiedad sobre sus territorios ancestrales, reconociéndoseles solo una cesión de uso sobre estos.

124. Este Tribunal solo se centrará en el análisis de constitucionalidad del artículo 57 de la Ley 30230, tal como quedó establecido en el auto de admisibilidad del Expediente 0012-2015-PI/TC. Y es que no es factible revisar la constitucionalidad del artículo 11 del Decreto Ley 22175, el cual no forma parte de la demanda de inconstitucionalidad.
125. Es decir, se analizará si es que la facultad de la SBN de emitir resoluciones declarando la reversión, desafectación, extinción de la afectación o de la cesión en uso u otras formas de designación de predios estatales, cuando no se hayan cumplido con la finalidad asignada, amenaza el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas.
126. El artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares se regula mediante ley orgánica. Por su parte, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, establece en su artículo 19 que los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades establecidas en leyes especiales para cada recurso natural.
127. Por su parte en la *Ley Forestal y de Fauna Silvestre*, Ley 29763, se establece que el Estado ejerce dominio eminencial sobre los recursos del patrimonio forestal y fauna silvestre de la Nación. Se establece, además, en su artículo 5 que los bosques son recursos forestales.
128. De otro lado, su artículo 76 indica que mediante la cesión de uso el Estado reconoce:
- [...] el derecho real exclusivo, indefinido y no transferible de las comunidades nativas sobre las tierras comunales no agrícolas con el fin de asegurar los usos tradicionales y sus sistemas de vida.
- Les reconoce, en exclusividad, la posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de las tierras de producción forestal y de protección, de sus recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas que en ellas se encuentran.
- El gobierno regional emite la resolución demarcando las tierras de aptitud forestal adjudicadas en cesión en uso, incluyendo las tierras de capacidad de uso mayor para la producción forestal y las de capacidad de uso mayor para protección, en forma simultánea a la adjudicación en propiedad de las tierras agropecuarias.
129. Cabe resaltar que esta cesión de uso tiene características específicas que toman en consideración las particularidades de las comunidades nativas. Es decir, con este artículo no se está regulando una cesión de uso común; ejemplo de ello es la referencia a los usos tradicionales y sistemas de vida de las comunidades.
130. Como se observa, son los gobiernos regionales los que “emiten la resolución demarcando las tierras de aptitud forestal adjudicadas en cesión de uso”. De igual forma, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre son las Autoridades

Regionales Forestales y de Fauna Silvestre las responsables de otorgar derechos para el uso y aprovechamiento de los recursos forestales. Estas cesiones de uso se emiten en virtud de las condiciones, obligaciones y derechos que la legislación confiere a las comunidades nativas.

131. De lo expuesto se aprecia que la cesión de uso de tierras con aptitud forestal a comunidades nativas se rige por su propia normativa. Tomando ello en consideración y siguiendo el criterio interpretativo utilizado *supra*, el artículo 57 de la Ley 30230 debe ser interpretado conforme a la Constitución. Ello involucra excluir de su aplicación a los pueblos indígenas y sus derechos territoriales. Teniendo ello en cuenta, la demanda contra dicho artículo debe ser desestimada.

§13. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS ARTÍCULOS 39, 43, 44 Y 51 DE LA LEY 30230

132. Se ha cuestionado además que los artículos indicados de la Ley 30230 configuran una discriminación normativa. Los demandantes sostienen (i) que se está dando un tratamiento general a todas las tierras que no han sido saneadas, sin tener en cuenta la protección reforzada que tienen las tierras de los pueblos indígenas; y (ii) que se están adoptando políticas especiales de saneamiento destinadas a favorecer solamente a los inversionistas (Expediente 0012-2015-PI/TC, fojas 61). Posteriormente, mediante el escrito de subsanación se precisó que eran los artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230, los que planteaban la discriminación normativa.
133. Es decir, en el punto (i) se plantea que se está tratando igual a situaciones diferentes, porque los pueblos indígenas tienen una protección normativa especial. Sin embargo, teniendo en cuenta lo ya resuelto respecto los artículos 37 al 51 de la Ley 30230, este argumento ya no resulta relevante. Pero en el punto (ii) se indica que se está tratando de manera desigual una situación similar. Es decir, se estaría dando un privilegio a los proyectos de inversión que no se otorga a los pueblos indígenas.
134. Al respecto, es importante recordar que el artículo 2.2 de la Constitución establece la prohibición de discriminación en razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Este Tribunal ha establecido que este es un derecho fundamental que no faculta a las personas a recibir un trato igual, sino sean tratados del mismo modo que quienes se encuentran en idéntica situación (Sentencia 0048-2005-PI/TC, fundamento 59).
135. Por su parte, el artículo 103 de la Norma Fundamental indica que solo pueden expedirse leyes especiales porque “así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”. Téngase presente que la referencia al término “cosas” no debe ser entendido como un objeto físico, sino que puede aludir a una relación jurídica, un instituto jurídico, una institución jurídica o simplemente un derecho, un principio, un valor o un bien con relevancia jurídica (Sentencia 001-2003-AI/TC y acumulado, fundamento 7).

136. Como se aprecia la Constitución, impone limitaciones al legislador que no podrá aprobar leyes contraviniendo el principio de la igualdad. Esta igualdad en la ley involucra obtener un trato igual entre los ciudadanos y “evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias” (Sentencia 0018-2003-AI/TC). No obstante, el principio de igualdad no impide la existencia de leyes especiales. El propio artículo 103 de la Constitución permite la expedición de este tipo de leyes, las que tendrán que estar fundamentadas en criterios de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad (Sentencia 0018-2003-AI/TC).
137. Al respecto, debe indicarse que las comunidades nativas y campesinas tienen leyes especiales que regulan el procedimiento de titulación de sus tierras. Por ejemplo, la Ley 24657, Ley de Comunidades Campesinas Deslinde y Titulación de Territorios Comunales que declara, en su artículo 1, que el deslinde y la titulación de las comunidades campesinas son de “necesidad nacional e interés social”.
138. De otro lado, el Decreto Ley 22175, de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, establece en su artículo 10 que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas, estableciendo además un régimen para la demarcación y titulación de dichas comunidades.
139. Estas leyes son reflejo del histórico reconocimiento constitucional de las diferencias de estas comunidades. En lo que a la Constitución vigente corresponde, debe indicarse que los artículos 89 y 149 de la Norma Fundamental consagran este reconocimiento, al regular la propiedad comunal, la autonomía de estas comunidades y la función jurisdiccional de sus autoridades. A ello, se suma la obligación constitucional del Estado de consultar a los pueblos indígenas en los términos que ya se analizaran.
140. Teniendo en consideración las particularidades históricas de estas comunidades es que el legislador enmarcó los elementos que conforman la Ley 24657 y el Decreto Ley 22175. Tales normativas especiales, junto con otras, tienen como objetivo, entre otros, impulsar la titulación y demarcación de las comunidades nativas y campesinas, respetando su cultura y sus tradiciones.
141. Ha quedado hasta ahora demostrado que las diferencias sustantivas de estas comunidades justifican un tratamiento diferenciado. Ello implica que estas comunidades se distingan de otro tipo de sujetos sometidos a las normas generales o a otros regímenes particulares.
142. Lo que ahora se objeta es que, mediante los artículos cuestionados, se está brindando un trato diferente únicamente al saneamiento físico-legal de predios destinados a proyectos de inversión. Pero como ya se advirtió, las comunidades campesinas y nativas tienen su propio régimen de titulación y demarcación de territorios.
143. Este Tribunal entiende que se está ante una situación de regulación de situaciones jurídicas diferentes, en donde la diferenciación normativa se realiza en virtud de la

naturaleza de las cosas. En efecto, el hecho de que coexistan diferentes leyes especiales implica precisamente que cada uno de estos regímenes tenga un tratamiento diferente.

144. En suma, puesto que las situaciones jurídicas identificadas, régimen de saneamiento físico legal establecido en la Ley 30230 y los regímenes sobre demarcación y titulación territorial de las comunidades nativas son diferenciables, no puede demandarse un trato idéntico. En virtud de ello, se aprecia que los artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230 no contravienen el principio de igualdad.

§14. EXHORTACIÓN RESPECTO DE LA TITULACIÓN Y DEMARCACIÓN DE TIERRAS COMUNALES

145. Si bien no se ha observado que los artículos cuestionados sean inconstitucionales, debe hacerse referencia a la situación de la titulación de tierras de las comunidades campesinas y nativas.
146. Este Colegiado toma en consideración las conclusiones de la Defensoría del Pueblo expresadas en el Informe de adjuntía 002-2018-DP/AMASPPI/PPI, en donde se identifican algunos problemas sobre la titulación comunal, recomendando la simplificación de los procedimientos y tiempo de tramitación.
147. Desde luego, tal simplificación debe considerar las particularidades de las comunidades campesinas y nativas, así como las coordinaciones entre estas con el Estado nacional y los gobiernos regionales.
148. En tal sentido, se exhorta al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los gobiernos regionales para que se debata, con la participación de las comunidades campesinas y nativas, las propuestas de mejora de los procedimientos de titulación y demarcación de los territorios comunales.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto de los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 36 de la Ley 30230.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda contra los artículos 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 57 y la Tercera Disposición Complementaria de la Ley 30230, siempre que se **INTERPRETE** en el sentido de excluir de su aplicación a los territorios de los pueblos indígenas.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda contra los artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230 en cuanto no contravienen el derecho a la igualdad.
4. **EXHORTAR** al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los gobiernos regionales para que se debata, con la participación de las comunidades campesinas y nativas, las propuestas de mejora de los procedimientos de titulación y demarcación de los territorios comunales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

PONENTE BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con el debido respeto de la opinión de mis colegas, emito el presente voto dado que, si bien concuerdo con la desestimación de la demanda respecto de los artículos 20, 21, 22, 233 y 36 de la Ley 30230, así como con los puntos resolutivos 2, 3 y 4 de la sentencia en mayoría, no comparto la decisión adoptada en el extremo que declara INFUNDADA la demanda respecto del artículo 19 de la Ley 30230. En ese sentido, a continuación, fundamentaré por qué considero que la demanda debió ser declarada **FUNDADA** respecto del artículo 19 de la Ley 30230.

*

En virtud del artículo 2 inciso 22 de la Constitución Política del Perú, el Estado peruano tiene la obligación de respetar, garantizar y proteger el derecho a un medio ambiente adecuado.

Las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado exigen que el Estado no interfiera arbitrariamente en el medio ambiente y adopte medidas para preservarlo, respectivamente. En tanto que la obligación de proteger el derecho a un medio ambiente adecuado, involucra que el Estado adopte medidas destinadas a garantizar que particulares no vulneren el medio ambiente.

A fin de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental, emitida en observancia de las obligaciones de respetar, garantizar y proteger el derecho al medio ambiente adecuado, se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, con la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo de 2009. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante Oefa) es el ente rector de este sistema (artículo 1) y tiene entre sus funciones la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción (artículo 11).

En cuanto a las funciones de fiscalización y sanción del Oefa, estas comprenden, conforme al artículo 11.1.c de la Ley 29325, “la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA [...]”.

En este marco normativo, se promulga la Ley 30230, “Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país”, publicada el 12 de julio de 2014, cuyo cuestionado artículo 19 establece lo siguiente:

“Artículo 19. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

Mientras dure el período de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

- a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
- b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.
- c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.”

Como se puede apreciar, este artículo establece que, en un plazo de 3 años, contado desde la vigencia de dicha ley, el Oefa tramitará procedimientos sancionadores excepcionales, privilegiando la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental. Esto es, durante el plazo de 3 años, si la autoridad administrativa determina que hay infracción, primero ordenará la realización de medidas correctivas que reviertan la conducta infractora, y suspenderá el procedimiento excepcional. Y, solo si el administrado no cumple con la medida correctiva ordenada, el procedimiento se reanudará, habilitando al Oefa, solo en este supuesto, a imponer la sanción respectiva.

Adicionalmente, el referido artículo 19 limita el monto de las multas que podría imponer el Oefa durante el plazo de los 3 años, dado que refiere que las sanciones no podrán ser superiores al 50 % de la multa que le correspondería aplicar, salvo en las infracciones muy graves, las actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización correspondiente, o la reincidencia dentro de un periodo de 6 meses desde que se le sancionó la primera infracción.

Sobre el particular, es evidente que el artículo 19 de la ley impugnada establece una serie de regulaciones de naturaleza temporal, que solo serían aplicables durante tres años desde la entrada en vigencia de la Ley 30230 (publicada el 12 de julio de 2014). En consecuencia, a la fecha, dicho plazo ya ha vencido, por lo que los mandatos legales establecidos en tal artículo ya no conforman el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, se habría configurado la sustracción de la materia.

Sin embargo, dado que el contenido normativo del referido artículo 19 de la Ley 30230 en la actualidad puede estar surtiendo efectos sobre procesos administrativos aún en trámite, resulta indispensable un pronunciamiento sobre el fondo, pues si dicha norma es inconstitucional, su aplicación para los casos en trámite colisionaría con la vigencia efectiva de la Constitución, lo que desnaturalizaría la finalidad del proceso de inconstitucionalidad, que es la defensa de la Constitución (artículo 75 del Código Procesal Constitucional).

**

La demanda de autos tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de, entre otras disposiciones, el artículo 19 de la Ley 30230.

Como se indicó anteriormente, el contenido normativo de dicho artículo establece que en un plazo de 3 años, el Oefa podrá imponer las sanciones correspondientes solo si el administrado no cumple con la medida correctiva ordenada previamente (pues si el administrado corrige la conducta, el procedimiento sancionador concluye). Aunado a esta disposición, refiere que en dicho plazo, las multas que imponga el Oefa no podrán ser superiores al 50 % que le correspondería aplicar, salvo cuando las infracciones sean muy graves, reincidentes en el periodo de 6 meses, o sin autorización o instrumento de gestión ambiental, en los cuales se podrá aplicar el 100 %.

Así, corresponde analizar si el procedimiento sancionador excepcional del Oefa, que privilegia la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de la conducta infractora si es que el administrado corrige su conducta, y la reducción de las multas que corresponderían aplicarse, violan los derechos al medio ambiente adecuado (artículo 2.22 de la Constitución), salud (artículos 7 y 9 de la Constitución), vida (artículo 2.1 de la Constitución) y alimentación (artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del PIDESC).

Para tal fin, se analizará si la medida adoptada en el artículo 19 de la Ley 30230 es inconstitucional, a través del test de proporcionalidad.

Marco jurídico de protección del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho afectado por la medida adoptada en el artículo 19 de la Ley 30230.

Como se indicó anteriormente, el derecho a un medio ambiente adecuado se encuentra reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución. Este derecho garantiza la protección a un medio ambiente saludable.

El medio ambiente es el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven, e incluye tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano; además, el medio ambiente implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros. (cfr. STC 0048-2004-AI/TC, fund. 17)

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, está compuesto por: a) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado y b) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. (STC 0011-2015-PI/TC, fund. 145)

En cuanto al derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, “comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino especialmente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad” (STC 0011-2015-PI/TC, fund. 146).

Respecto al derecho a que el medio ambiente se preserve, esto implica “obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute (...) tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden o pueden incidir, directa o indirectamente, en el medio ambiente”. (STC 0011-2015-PI/TC, fund. 147)

Y es que, dada la propia naturaleza de este derecho, la prevención tiene especial relevancia. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan”. (STC 04223-2006-PA/TC, fund. 6)

De esta manera, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución). (STC 0011-2015-AI/TC, fund. 149)

Finalmente, la protección al medio ambiente se encuentra interrelacionada con otros derechos, como la salud, vida, alimentación y la obligación estatal de conservar los recursos naturales. (RTC 2682-2015-AA/TC, fund. 10, STC 0011-2015-AI/TC, fund. 152)

Determinación de la intervención en el ámbito prima facie garantizado por el derecho a un medio ambiente adecuado y derechos conexos.

- i) Del artículo 19 de la Ley 30230, se observa que el procedimiento sancionador excepcional del Oefa, que privilegia la prevención y corrección de la conducta infractora

en materia ambiental, mediante la no sanción de las conductas infractoras en materia ambiental, que fueron corregidas, y la disminución del monto de las multas que corresponderían aplicarse, interviene en un nivel elevado en el derecho al medio ambiente adecuado, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución, por lo siguiente:

- El artículo 19 de la Ley 30230 permite que el procedimiento administrativo sancionador por conductas infractoras al medio ambiente concluya si es que el administrado corrige su conducta.

Sin embargo, al no sancionar la infracción en materia ambiental, de aquellas conductas que fueron corregidas, se elimina una medida que disuade la comisión de tales infracciones. Consecuentemente, al prescindir de dicho efecto disuasivo, se elimina un factor que promueve la prevención de los daños irreparables al medio ambiente. Y es que el medio ambiente puede ser dañado de manera irreparable con una sola conducta, pese a que luego se corrija; razón por la cual es relevante su prevención.

Un ejemplo que muestra la irreparabilidad de los daños ambientales, y que conlleva a la obligación de adoptar medidas preventivas, es el caso de la contaminación y desaparición de la laguna Shanshococho en Andoas, Loreto. En este caso, si bien el Oefa impuso multas y medidas de compensación ambiental, mediante las Resoluciones 534-2013-OEFA/DFSAI y 004-2015-OEFA/TFA-SEE, la pérdida de la laguna es irreparable.

En ese sentido, el cuestionado artículo 19 interviene gravemente el derecho a que el medio ambiente se preserve, mediante la prevención de daños irreparables, el cual es parte del contenido protegido por el derecho a un medio ambiente adecuado.

- Determinar que las multas que imponga el Oefa no podrán ser superiores al 50 % que le correspondería aplicar, salvo cuando las infracciones sean muy graves, reincidentes en el periodo de 6 meses, o sin autorización o instrumento de gestión ambiental, en los cuales se podrá aplicar el 100 %, obstaculiza el deber estatal de garantizar y proteger el medio ambiente adecuado. Por un lado, la reducción de las multas también incluye a las infracciones graves, sin embargo, no toma en cuenta que estas conductas pueden generar daños considerables en el medio ambiente. De otro lado, limitar la reincidencia de las infracciones a los 6 meses, deja un margen amplio a partir del cual se pueden cometer las mismas infracciones sin que se les sancione con el monto de la multa completa que le correspondería.

En ambos escenarios, la reducción de la multa disminuye un elemento que disuade las conductas que pueden afectar el medio ambiente de manera irreparable; razón por la cual se interviene en un grado alto en la obligación de prevenir daños ambientales, la cual forma parte del contenido del derecho a que el medio ambiente se preserve.

ii) El derecho a la alimentación, reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del PIDESC, en concordancia con la IV disposición final y transitoria de la Constitución, “faculta a su titular a obtener una

prestación positiva por parte del Estado, a fin de que este le provea o le haga accesibles los medios suficientes y adecuados que satisfagan sus requerimientos alimenticios de manera sostenible, cuando su titular se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida satisfacerlos por sí mismo.” (STC 1470-2016-PHC/TC, fund. 39) En base a lo expuesto, si se elimina un factor que disuade la comisión infracciones en materia ambiental (mediante la conclusión de los procedimientos sancionatorios en materia ambiental si es que el administrado corrige su conducta infractora y la reducción de las multas), se corre el riesgo de que se cometan conductas infractoras que lesionen severa e irreparablemente el medio ambiente, lo que podría involucrar la afectación de los recursos naturales utilizados para satisfacer los requerimientos alimenticios del individuo, vulnerando así gravemente el derecho a la alimentación, reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del PIDESC, en concordancia con la IV disposición final y transitoria de la Constitución.

iii) El derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico (cfr. STC 0091 -2015-HC/TC, fund. 2). Teniendo en cuenta lo señalado, no prevenir el daño al medio ambiente, mediante la eliminación del elemento disuasorio en la comisión de infracciones en materia ambiental, afectaría gravemente el espacio en el que el individuo desarrolla su bienestar físico y psicológico, garantizado por el derecho a la salud, consagrado en los artículos 7 y 9 de la Constitución.

Con relación a la finalidad de la medida que interviene en los derechos alegados

En este examen, corresponde determinar si entre el medio adoptado y el fin que se persigue alcanzar existe una relación de causalidad.

Del artículo 19 de la Ley 30230, se observa que la disposición de privilegiar la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de conductas lesivas al medio ambiente que fueron corregidas y la reducción hasta el 50 % de las multas para, entre otras, las infracciones graves y reincidentes, que no fueron corregidas, tiene por objeto la promoción y dinamización de la inversión en el país. Así, en la 11ª Sesión Matinal del 3 de julio de 2014, página 2 del Diario de Debates de la Comisión Permanente, del periodo legislativo 2013-2014, en la que se debatió el proyecto de ley que dio origen a la Ley 30230, el Presidente de la Comisión de Economía, que aprobó dicho proyecto, indicó que “El objeto del dictamen [que dio origen a la Ley 30230, sic] es introducir medidas que reactiven y dinamicen la economía ante los riesgos de una desaceleración transitoria de la economía peruana, y de una reducción de su crecimiento potencial en los próximos años. Se ha diseñado una respuesta de política económica [...], que gira en torno a tres grandes ejes: fortalecer seguridad jurídica a los contribuyentes, reducción y mayor predictibilidad de costos para el sector privado y complementar el proceso de toma de decisiones con racionalidad económica”.

Se observa que este objetivo se logra debido a que muchas veces la adecuación de los administrados a las normas de protección del sistema ambiental generan retrasos en su

preparación logística, que desincentivan su participación oportuna en el mercado, por lo que, darles un margen en el que puedan realizar sus actividades sin que se les sancionen por lesiones al medio ambiente si es que corrigen sus conductas infractoras, o reducirles la multa, estimula la inmediata participación de los administrados en el mercado.

Ahora bien, el objeto, que es la promoción y dinamización de la inversión en el país, promueve el ejercicio de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia, reconocidos en los artículos 59, 58 y 61 de la Constitución, respectivamente.

En efecto, el derecho a la libertad de empresa, reconocido en los artículos 58 y 59 de la Constitución, garantiza a toda persona, natural y/o jurídica, participar en la vida económica de la Nación (determinada por cuatro tipos de libertades: libertad de creación de empresa y acceso al mercado, libertad de organización, libertad de competencia y libertad para cesar las actividades), y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover (Cfr. STC 03479-2011-AA/TC, STC 1405-2010-AA). En ese sentido, el objeto de la medida adoptada en el cuestionado artículo 19, referido a la promoción y dinamización de la inversión en el país, materializa el deber del Estado de estimular y promover el derecho a la libertad de empresa.

Con relación a la libertad de competencia, consagrada en el artículo 61 de la Constitución, este derecho se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: a) la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; b) la autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica; y c) la igualdad de los competidores ante la ley (STC 03479-2011-AA/TC, fund. 7). En el caso de autos, se aprecia que la promoción y dinamización de la inversión en el país promueve la pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios y comercialización de productos.

De otro lado, se observa que la disposición de privilegiar la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de las conductas infractoras en materia ambiental si es que son corregidas y la disminución de las multas, tiene por objeto estructurar un modelo de comportamiento razonable en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en materia ambiental, como también se sostiene en la sentencia de autos, emitida en mayoría (fundamentos 7 al 13). Ello se logra debido a que durante un plazo de 3 años, la administración estará en una fase pedagógica, en la que otorgará la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de sancionar, y los administrados tendrán un plazo de 3 años para adentrarse a un comportamiento en pro del respeto del medio ambiente.

Finamente, el objeto referido en el párrafo anterior, alcanza la finalidad de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado, consagrado en el artículo 2.22 de la Constitución, pues si bien se limita la facultad sancionadora del Oefa, medida cuyo nivel de idoneidad

será analizada más adelante, persigue también el control, mediante la pedagogía, de las actividades de los administrados que repercutan en el medio ambiente, lo cual está relacionado con el ejercicio de la obligación de garantizar y proteger el acceso a un medio ambiente adecuado

En base a lo expuesto, se observa que la disposición de privilegiar la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de las conductas lesivas al medio ambiente si es que fueron corregidas y la reducción de las multas de las conductas que no fueron corregidas, alcanza la finalidad de garantizar el derecho a la libertad de empresa, libertad de competencia y el derecho a un medio ambiente adecuado.

Por lo tanto, corresponde examinar si existen medios alternos igualmente idóneos y si, llegado el caso, estos producen una menor afectación a los derechos intervenidos.

Respecto a la necesidad de la medida que interviene en los derechos alegados

Una medida alternativa sería sancionar las conductas infractoras en materia ambiental e imponer las multas por el monto completo, conforme corresponda, aunado a la publicidad tanto en la página web del Oefa, por ser el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, como en diversos medios de comunicación, de las sanciones que podrían incurrir los administrados en caso incumplan las reglas en materia ambiental.

Al respecto, esta medida alcanzaría el mismo fin alcanzado con la medida dispuesta en el artículo 19 de la Ley 30230, de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado, pues con la publicidad tanto en la web del Oefa como en diversos medios de comunicación de las sanciones que podrían incurrir los administrados en caso incumplan las reglas de protección al medio ambiente, se lograría el control, mediante la pedagogía, de las actividades de los administrados que repercutan en el medio ambiente.

Aunado a ello, esta medida no restringiría los derechos a la protección de un medio ambiente adecuado, a la alimentación y a la salud de la persona, sino más bien los promovería, pues al sancionar la conducta infractora, que podría generar daños ambientales irreparables, independientemente de que se corrija o no, se tendría el efecto disuasivo para evitar dichos daños que afectarían irremediablemente el ambiente en el que el individuo se pueda desarrollar libremente, los recursos naturales que podría consumir y el grado de su bienestar físico y mental.

Sin embargo, esta medida no promueve la otra finalidad alcanzada por el artículo 19 de la Ley 30230, de promover los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia, mediante la promoción y dinamización de la inversión en el país, dado que sancionar las conductas infractoras en materia ambiental, desde la misma infracción, sin esperar que la conducta se corrija, retrasaría la organización y el acceso de la empresa en el mercado, la inversión privada y por ende la participación de una pluralidad de ofertas en el país, en tanto que el administrado se adecúe a las normas de protección del sistema ambiental antes de operar.

En base a lo expuesto, si bien la medida propuesta alcanza la finalidad de garantizar el medio ambiente adecuado, por determinar que el Oefa ejerza un control pedagógico hacia los administrados, con una menor lesión en los derechos al medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona; no logra promover los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia.

En consecuencia, no se advierte otra medida que, lesionando en menor grado los derechos al medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona, logre el mismo nivel de garantía del derecho a un medio ambiente adecuado y promoción de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia; razón por la cual a continuación se evaluará la medida adoptada en el artículo 19 de la Ley 30230, a través de la ponderación.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto

La ley de ponderación establece que cuanto mayor es el grado de aflicción de los derechos intervenidos (en la presente controversia, los derechos al medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona), tanto igual o mayor debe ser la importancia de la satisfacción del fin (en el caso de autos es garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado y promover los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia).

Como se indicó anteriormente, el grado de aflicción en los derechos a un medio ambiente adecuado, a la alimentación y a la salud es grave.

En efecto, las sanciones tienen efecto disuasorio, razón por la cual, no sancionar la conducta infractora del medio ambiente, que es corregida (dado que si el Oefa declara la existencia de la infracción, primero debe ordenar la adopción de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspender el procedimiento sancionador; luego, debe verificar el cumplimiento de lo ordenado; finalmente, si se corrigió la conducta, se concluye el procedimiento; y, solo si no se corrige, podrá imponer la sanción respectiva), elimina un elemento que disuade las conductas que dañan el medio ambiente, que pueden tornarse irreparables, lo que afecta gravemente la obligación de prevenir daños ambientales, la cual forma parte del contenido del derecho a que el medio ambiente se preserve, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución.

Aunado a ello, se advierte que el cuestionado artículo 19 de la Ley 30230, realiza excepciones a la aplicación del 50 % de la multa, sin incluir en tales excepciones a las infracciones graves, que también pueden afectar severamente el medio ambiente, y a las conductas infractoras reincidentes luego del plazo de 6 meses, las cuales no por transcurrir dicho periodo, aminoran su efecto lesivo en el medio ambiente. Esta inclusión era necesaria, pues, teniendo en cuenta que las sanciones tienen un efecto disuasorio de la conducta infractora, disminuir hasta el 50 % a las infracciones graves y a las reincidencias luego de los 6 meses, aminora el efecto disuasorio en la comisión de tales conductas, que pueden generar graves daños al medio ambiente. En este sentido, la disminución de la multa a las infracciones al medio ambiente, sin considerar las conductas que pueden generar daños irreparables al medio ambiente, afecta en un nivel grave el derecho de toda persona de acceder a un medio ambiente adecuado.

De otro lado, permitir que el procedimiento administrativo sancionador por conductas infractoras al medio ambiente concluya si es que el administrado corrige su conducta, así como disminuir la multa por la infracciones graves o reincidentes luego de los 6 meses, genera un efecto de desprotección del medio ambiente –por el desincentivo de evitar incurrir en dichas conductas al no sancionárseles o al reducirseles la multa–, el cual, por la magnitud del daño, puede afectar los recursos naturales utilizados como alimentación para el ser humano; lo que se constituiría como una afectación grave del derecho a la alimentación, reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pidesc, en concordancia con la IV disposición final y transitoria de la Constitución.

Véase a modo de ejemplo, el caso del colapso parcial de uno de los depósitos de relaves de la Unidad Minera Caudalosa Chica, ocurrido el caso 25 de junio de 2010, en el distrito de Huachocolpa, provincia de Huancavelina. En ese caso, el Adjunto del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, de la Defensoría del Pueblo, Iván Lanegra Quispe, informó que “según cálculos preliminares, 50 000 metros cúbicos de los residuos mineros que estaban allí almacenados llegaron al río Escalera, aledaño a las instalaciones de la empresa, lo que originó una gravísima contaminación en la zona e impactó los ríos que reciben las aguas del río Escalera, en particular al río Opamayo. Como consecuencia, cerca de 450 pobladores que viven en la zona no pueden utilizar las aguas del río debido a la contaminación producida. Esto también ha afectado a los criaderos de truchas, además de 24 hectáreas de terrenos de cobertura natural”¹. Como se puede apreciar, el colapso parcial de uno de los depósitos de relaves afectó gravemente los recursos naturales (como el agua de los ríos, los criaderos de truchas y las hectáreas de terrenos) que los pobladores podían utilizar como alimentación.

Y, el desincentivo en la protección del medio ambiente, puede generar daños de magnitudes irreparables para el medio ambiente, lo que puede interferir en un nivel elevado en el bienestar físico y mental del individuo, contenido garantizado por el derecho a la salud, reconocido en los artículos 7 y 9 de la Constitución.

Por consiguiente, las afectaciones graves a los derechos al medio ambiente, alimentación y salud de la persona, expuestas *supra*, requieren de una justificación razonable para ser convalidadas constitucionalmente.

Sin embargo, en el presente caso se observa que la importancia del grado de fomento de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia, y medio ambiente adecuado, no es igual, cuando menos, al grado de aflicción sufrido por los derechos intervenidos.

1 Defensoría del Pueblo, Adjunto del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, Iván Lanegra Quispe. En <https://www.defensoria.gob.pe/blog/fallo-la-prevencion-deslizamiento-de-relaves-en-huancavelica>/Visitado el 25 de mayo de 2020.

Ello debido a que la rigurosidad de las sanciones no es el único factor que se toma en cuenta para fomentar y dinamizar la inversión en el país, sino también intervienen otros factores como la oferta y demanda, la estabilidad económica, la burocracia estatal, etc. En este sentido, la flexibilización de las sanciones en materia ambiental incide en un grado medio en la promoción de la inversión en el país. Aunado a ello, si bien podría considerarse que la flexibilización de las sanciones, tal como está dispuesta en el artículo 19 de la Ley 30230, es un factor que fomenta la inversión; es relevante tener en cuenta que promueve una inversión sin responsabilidad social, sin compromiso con las generaciones presentes y futuras, pues desincentiva el respeto al medio ambiente y genera un margen de impunidad en conductas que pueden dañar el medio ambiente de manera irreparable. En este sentido, se advierte que la flexibilización de las sanciones en materia ambiental dispuesta, no promueve el desarrollo sostenible, por lo que fomenta en un nivel regular los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia.

Por su parte, si bien con la medida cuestionada se promueve un control, aunque disminuido, por el Oefa de las conductas infractoras en materia ambiental, dicho accionar no es suficiente, pues no sancionar las conductas infractoras del medio ambiente, que luego son corregidas, y disminuir las multas, elimina el efecto disuasivo con el cual se podría evitar daños ambientales irreparables. En consecuencia, la medida cuestionada alcanza un nivel de mínimo de protección del derecho al medio ambiente adecuado.

En base a lo expuesto, cabe concluir que el grado de satisfacción del fin (el fomento de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, y medio ambiente), en cuyo nombre se han intervenido los derechos a un medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona, es medio o mínima.

Por consiguiente, en la medida que el grado de aflicción sufrido por los derechos a un medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona, es grave, en tanto que la satisfacción del fin es medio o mínima, estimo que permitir que el procedimiento administrativo sancionador por conductas infractoras al medio ambiente concluya si es que el administrado corrige su conducta, así como disminuir la multa por las infracciones en materia ambiental, es desproporcionado.

Por todo lo expuesto, considero que la demanda es FUNDADA respecto del artículo 19 de la Ley 30230.

S.

RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con la mayor parte de los puntos resolutivos de la sentencia en mayoría y sus fundamentos, pero discrepo del análisis de constitucionalidad del artículo 37 de la ley impugnada, así como de la exhortación realizada a los poderes elegidos y a los gobiernos regionales.

Respecto a lo primero, el aludido artículo establece el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada. Los demandantes sostienen que ello vulnera los derechos territoriales y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

La sentencia establece que los alcances del artículo 37 excluyen de su mandato a los territorios de los pueblos indígenas. Así, en la medida que dicha disposición no les resulta de aplicación, no debía tampoco serles consultada. Por tanto, declara **INFUNDADA** la demanda en este extremo, al no vulnerarse sus derechos territoriales ni su derecho a la consulta previa.

Comparto lo decidido respecto de los derechos territoriales de las comunidades campesinas y nativas, pero no lo correspondiente al derecho a la consulta previa. Este derecho no está reconocido por la Constitución sino deriva directamente del Convenio 169, como lo indica la propia sentencia en mayoría.

Este Convenio fue ratificado cuando el texto de la Constitución de 1993 ya había sido aprobado en referéndum. No podía, pues, añadirsele una coma. Para que este Convenio 169 hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse aprobado conforme al procedimiento de reforma constitucional.

No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera. Por tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda contra el artículo 37 de la Ley 30230, en el extremo que se alega la vulneración del derecho a la consulta previa.

Respecto a lo segundo, discrepo también de la exhortación efectuada en el quinto punto resolutivo de la sentencia en mayoría, a los poderes elegidos y a los gobiernos regionales, para que debatan, con la participación de las comunidades campesinas y nativas, las propuestas de mejora de los procedimientos de titulación y demarcación de los territorios comunales.

Este Tribunal Constitucional no debe hacer exhortaciones, máxime si declara la demanda improcedente en un extremo e infundada en varios otros. Por demás, lo ordenado no ha sido objeto de análisis en este proceso de inconstitucionalidad y, por tanto, podría vulnerarse el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de derecho de defensa.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lima, 25 de mayo de 2020.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

En el presente caso discrepo respetuosamente una parte de lo contenido en la sentencia suscrita por la mayoría de magistrados, con base en las siguientes consideraciones:

1. En relación con el artículo 19 de la Ley 30230, “Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país” (en adelante la Ley), se establecía una regulación transitoria de tres años que, en términos generales, planteaba que la OEFA debía dedicarse sobre todo a labores de prevención ambiental, y se preveía asimismo una reducción sustancial de las sanciones frente a infracciones ambientales. Al respecto, considero que ha operado la sustracción la materia, pues a la fecha ya transcurrieron los tres años en los que tuvo efectos esta regulación.
2. Por otra parte, el artículo 21 de la Ley simplifica diversos procedimientos; en resumidas cuentas, reduce el plazo para emitir los estudios de impacto ambiental (EIA) a cuarenta y cinco días, dispone que el EIA debe emitirse aunque no hayan llegado los informes vinculantes y no vinculantes requeridos, y prevé asimismo que se establezcan sanciones graves para los funcionarios que no cumplan dentro de los plazos.
3. Al respecto, considero que, a partir de una *interpretación orientada* a la Constitución, la mejor forma adecuada de optimizar los tiempos y de tutelar el derecho al ambiente es dándole más recursos (humanos, logísticos, económicos) al Estado, y no recortando los plazos o amenazando a los funcionarios. Asimismo, constato que en los actuados, y tampoco en el proyecto de sentencia, no aparece ningún dato fáctico que acredite que con los recursos existentes será posible alcanzar la medida perseguida (examen de idoneidad) ni tampoco que no existe una medida alternativa que permita alcanzar lo mismo sin sacrificar la institucionalidad orientada a la defensa del ambiente (examen de necesidad), análisis que eran necesarios en el marco del test de proporcionalidad. En tal sentido, considero que en este extremo la demanda debe declararse fundada.
4. En lo que concierne al artículo 23 de la Ley, allí establece que los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP) se aprueban por “decreto supremo refrendado por los sectores vinculados” y que estos “deben basarse en criterios de protección de la salud, el ambiente, así como en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas”. Al respecto, considero nuevamente que una *interpretación orientada* a la Constitución (en este caso, orientada a la tutela del ambiente) pone en evidencia que es contraproducente que los sectores controlados participen emitiendo tales decretos supremos, más aun cuando a estos se les pone en igual posición que a los ministerios encargados del control (esto,

a diferencia de lo que ocurre con la regulación planteada por el artículo 20, en los que participa todo el Consejo de Ministros) y porque, además de ello, se requiere específica y obligatoriamente un “análisis de impacto regulatorio y económico”.

5. Por otra parte, estoy de acuerdo con lo demás que contiene la sentencia, en especial con lo referido a la interpretación conforme con la Constitución que se emite en relación con los artículos 36 al 51 y el artículo 57, salvaguardando del derecho de los pueblos y las comunidades. Asimismo, estoy a favor de la exhortación realizada al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Gobiernos Regionales para que resuelvan los problemas vinculados con la titulación y demarcación de tierras comunales
6. Por las consideraciones aquí expuestas, considero entonces que debe declararse improcedente la demanda respecto del artículo 19 de la Ley, fundada en relación con los artículos 21 y 23, e infundada en lo demás que contiene la demanda, con las salvedades formuladas en la sentencia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 671/2020
Caso de la garantía mobiliaria y la pequeña empresa
Expediente 00017-2019-PI/TC

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 16 de octubre de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que da origen al Expediente 00017-2019-PI/TC, promovida por el Colegio de Notarios de Lima contra el Poder Ejecutivo respecto a los Decretos Legislativos 1400 y 1409.

Los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales (con fundamento de voto), Ramos Núñez (con fundamento de voto), Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) votaron, en mayoría, a favor de declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

El magistrado Blume Fortini, en minoría, emitió un voto singular declarando fundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes mencionados, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL

Sentencia 0017-2019-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16 de octubre de 2020

Caso de la garantía mobiliaria y la pequeña empresa

**COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA
c.
PODER EJECUTIVO**

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Lima contra el Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, y el Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada.

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

DISPOSICIÓN IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Decreto Legislativo 1400 Decreto Legislativo 1409	Constitución Política del Perú de 1993 - Artículo 102 - Artículo 104 - Ley 30823

I. ANTECEDENTES

- A.** Petitorio constitucional
- B.** Argumentos de las partes
 - B-1.** Demanda
 - B-2.** Contestación de la demanda

II. FUNDAMENTOS

- §1.** Cuestión procesal previa
- §2.** Sobre la determinación de las disposiciones objeto de control de constitucionalidad
- §3.** Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad formal
 - 3.1.** La Ley Autoritativa 30823 como integrante del parámetro de control en el presente caso
 - 3.2.** Sobre el análisis de constitucionalidad formal de los Decretos Legislativos 1400 y 1409
 - 3.2.1.** Sobre las materias legisladas en el Decreto Legislativo 1400
 - 3.2.2.** Sobre las materias legisladas en el Decreto Legislativo 1409
- §4.** Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad material

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto singular del magistrado Blume Fortini.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 26 de setiembre de 2019, el decano del Colegio de Notarios de Lima, en representación del mencionado colegio profesional, interpuso demanda de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo contra el Decreto Legislativo 1400, “Decreto Legislativo que aprueba el régimen de garantía mobiliaria”, y contra el Decreto Legislativo 1409, “Decreto Legislativo que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada”, expedidos por el Poder Ejecutivo.

Por su parte, con fecha 8 de setiembre de 2020, el Poder Ejecutivo contestó la demanda negándola en todos sus extremos, por lo que solicitó que se declare infundada.

B. Argumentos de las partes

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, la cual se presenta a continuación, a manera de resumen:

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El decano del Colegio de Notarios de Lima sostiene que las normas cuestionadas se deben declarar inconstitucionales por la forma, en tanto que no respetaron la materia delegada mediante la ley autoritativa, Ley 30823.
- Afirma que, en virtud de la Ley 30823, únicamente se delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad, y de modernización de la gestión del Estado; sin embargo, sostiene que esta ley no le confiere al citado poder la facultad de restringir las competencias registrales y notariales.

- Sostiene que las dos normas impugnadas restringen competencias notariales, toda vez que, con la legislación anterior, la intervención del notario era obligatoria para la constitución de garantías mobiliarias; no obstante, en virtud del Decreto Legislativo 1400, esta intervención ha pasado a ser facultativa. Asimismo, indican que dicho decreto ha eliminado la calificación previa de legalidad por parte de los registradores para la constitución de garantías mobiliarias.
- Además, refiere que, conforme a la legislación anterior, para la constitución de cualquier tipo de sociedades, era imprescindible la intervención de un notario. No obstante, en virtud del Decreto Legislativo 1409, para constituir una sociedad por acciones cerrada simplificada (SACS), únicamente se requerirá un documento privado, sin la necesidad de la intervención de un notario.
- Por todo lo expuesto, la parte demandante sostiene que ambas normas impugnadas no observan las condiciones impuestas por la ley autoritativa y que, por consiguiente, son inconstitucionales al regular una materia que no fue delegada. Por ello, a su criterio, se vulneran los límites materiales establecidos por el Congreso de la República.
- Asimismo, el decano del Colegio de Notarios de Lima manifiesta que las normas cuestionadas son inconstitucionales por el fondo, toda vez que se ha excluido a los notarios públicos de forma indebida. De esta manera, se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica.
- Afirma que el notario en el sistema latino es el profesional del derecho que está autorizado por ley para acreditar los actos y contratos que se celebren ante él (Decreto Legislativo 1049, Ley del Notariado, artículo 2). En tal sentido, dota de fe pública a los actos privados por delegación del Estado, los cuales se rigen por normas especiales. Así, argumenta que las funciones, atribuciones y obligaciones del notario se encuentran establecidas en la Ley del Notariado y contribuyen a garantizar la seguridad jurídica.
- Sostiene que, si bien la regulación de un nuevo régimen de garantías mobiliarias se sustenta en la libertad de empresa y en la necesidad de facilitar el acceso al crédito formal (Decreto Legislativo 1400), ello no implica restringir las competencias notariales y registrales; por el contrario, se debe garantizar que la seguridad jurídica no se vea afectada.
- Del mismo modo, añade que, si bien conforme al Decreto Legislativo 1409 el Poder Ejecutivo pretende disminuir los costos y la demora que implica el procedimiento de escritura pública para propiciar la formalización de las empresas, ello no implica que la libertad de empresa y su promoción en el marco de una economía social de mercado sea un derecho absoluto.
- En tal sentido, señala que una restricción a la libertad de empresa solo será constitucional en la medida en que supere el test de proporcionalidad.
- Así, respecto al subprincipio de idoneidad, la parte demandante sostiene que, si se toman en cuenta los objetivos contemplados en las normas impugnadas, se puede

apreciar que estos cumplen una finalidad constitucionalmente legítima; es decir, promover la gestión económica y competitividad de las empresas. Por esta razón, la parte demandante concluye que la nueva regulación de las garantías mobiliarias y la creación de una alternativa especial de sociedad anónima serían medidas idóneas para alcanzar este objetivo.

- Sin embargo, respecto al análisis de necesidad, la parte demandante manifiesta que existen otras alternativas menos gravosas que podrían garantizar la seguridad jurídica y lograr los mismos resultados. Como ejemplos, plantea la constitución de empresas en línea (alternativa ya regulada por la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa), lo cual también permitiría reducir costos, y evitaría los riesgos de ilegalidad y fraude. Asimismo, sostiene que otra medida alternativa sería la intervención del notario en la constitución de las garantías mobiliarias para dar fe del acto a costos menores.
- Afirma que la función notarial no se puede medir solo en términos de sobrecostos, toda vez que se deben tomar en cuenta las ventajas y razones que justifican su propia existencia. En tal sentido, afirma que los beneficios o ventajas que recibe la sociedad por efectos de la función notarial son los siguientes:
 - i) Disminuye los costos de información y asesoría.
 - ii) Cumple una función de árbitro entre los contratantes (“tercero imparcial”), sin costo adicional, lo que se podría denominar “auditoría legal”.
 - iii) Crea el derecho dispositivo, especial para las partes, a través de una redacción documental ajustada a derecho y de acuerdo con los fines lícitos pretendidos por los contratantes.
 - iv) Proporciona ahorro a largo plazo, pues previene el conflicto mediante la adecuada formación del negocio.
 - v) Asegura la pronta ejecución de lo convenido mediante un título ejecutivo.
 - vi) Evita el gasto importante de cualquier seguro de título u otro mecanismo destinado a obtener seguridad jurídica.
- Por todas estas razones, sostiene que las disposiciones impugnadas no superan el subprincipio de necesidad y, por consiguiente, se deben declarar inconstitucionales.
- Además, sostiene que, en el presente caso, se ha configurado una inconstitucionalidad por omisión relativa, toda vez que se ha excluido la intervención del notario público al constituir la garantía mobiliaria y una SACS, pese a que en todos los demás actos sí se requiere su intervención. De esta manera, se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica.
- Mediante el escrito de fecha 5 de junio de 2020, la parte demandante sostiene que el 1 de junio de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución del

Superintendente Nacional de los Registros Públicos 061-2020-SUNARP/SN, a través de la cual “disponen que, a partir del 14 de diciembre de 2020, la SUNARP brinde, a nivel nacional, el servicio de constitución de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada - SACS, así como su inscripción en el Registro de Sociedades”. Al respecto, alegan que esta última norma se ampara en el cuestionado Decreto Legislativo 1409, el cual se ejecutará a partir de 14 de diciembre próximo. Por esta razón, solicitan que se establezca la próxima fecha de vista de causa con carácter de urgencia y se emita sentencia próximamente.

B-2. Contestación de la demanda

- El procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo sostiene que los Decretos Legislativos 1400 y 1409 no presentan vicios de inconstitucionalidad, y que, por lo tanto, la demanda se debe declarar infundada en todos sus extremos.
- Sobre los alegados vicios de inconstitucionalidad formal, la parte demandada sostiene que ninguno de los decretos legislativos impugnados tiene por objeto restringir las competencias de los notarios públicos, sino establecer medidas alternativas para que los ciudadanos realicen procedimientos que favorezcan el desarrollo de sus actividades empresariales. Así, puede elegir libremente si incluyen la participación de los notarios.
- Argumenta que el demandante reconoce que la participación de los notarios en la constitución de garantías mobiliarias no ha quedado derogada, sino que se podrá efectuar si las partes de un contrato así lo deciden, en ejercicio de su autonomía privada, con la finalidad de agilizar y fomentar el acceso a créditos. Esto, a su vez, permite asegurar la obligación que en materia de promoción de la iniciativa privada tiene el Estado, conforme a los artículos 58 y 59 de la Constitución.
- En este sentido, sostiene que el Decreto Legislativo 1400 no restringe las competencias de los notarios. Su intervención dependerá de la voluntad de las partes, quienes decidirán el medio por el cual formalizarán los contratos de garantías mobiliarias.
- En otras palabras, alega que serán las partes de un contrato quienes libremente decidirán si acuden a un oficio notarial o a otros mecanismos para garantizar la seguridad jurídica de sus transacciones en materia de garantías mobiliarias.
- Concluye, en este extremo, que la nueva regulación sobre la garantía mobiliaria no restringe las competencias notariales, sino que ofrece a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de formalizar contratos recurriendo a diversas alternativas.
- Por ello, afirma que los notarios mantienen plena competencia en el supuesto de que las partes decidan acudir a un oficio notarial para la respectiva formalización. En ese sentido, no se contraviene la prohibición establecida en la ley autoritativa, por lo cual la demanda se debe declarar infundada en este extremo.

- Sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1409, manifiesta que en la demanda no se han advertido fundamentos que sustenten que la regulación contenida en el decreto sea contraria a la Constitución.
- Alega que, a través de dicho decreto, se crea y regula un régimen societario alternativo de responsabilidad limitada para la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa, denominado SACS, y que ello no deviene en inconstitucional.
- En todo caso, agrega que la competencia de los notarios prevista en la Ley General de Sociedades no se ha reducido, derogado o recortado por el mandato del Decreto Legislativo 1409; por lo tanto, no se contraviene la prohibición establecida en la ley autoritativa. Por ello, se debe declarar infundada la demanda en este extremo.
- Respecto a los vicios de inconstitucionalidad por el fondo, sostiene que no se puede invocar la seguridad jurídica, como lo efectúa la parte demandante, para perpetuar determinadas conductas o competencias, impidiendo la emisión de normas que permitan enfrentar la dinámica de la sociedad en aspectos tan esenciales como las libertades económicas, uno de los pilares de la Constitución de 1993.
- Sostiene que los decretos legislativos impugnados no desconocen el rol de los notarios, sino que establecen otras medidas que permiten garantizar la seguridad jurídica. En cada uno, se han previsto mecanismos para garantizar la titularidad de los bienes objeto de garantías mobiliarias, así como la identidad de quienes quieren formar una SACS.
- Además, agrega que, en ejercicio de su autonomía privada, los particulares tienen la obligación de contribuir con sus acciones a fortalecer el principio de seguridad jurídica. Por ello, en los decretos cuestionados, se ha reconocido su responsabilidad en relación con la información que suministren al Sistema de Registros Públicos, sin recortar las funciones de fiscalización y control de la Sunarp y de las autoridades según sus competencias.
- Finalmente, argumenta que las normas cuestionadas generan un mecanismo legal que, garantizando la seguridad jurídica, permite decidir a los particulares si solicitan los servicios notariales. Por otro lado, destaca que, en el caso de las garantías mobiliarias, los particulares deciden si las constituyen a través de un notario público. Así pues, su participación no está prohibida, sino que se supedita a los intereses de los particulares, quienes son responsables de velar por sus intereses con los mecanismos que la normativa vigente brinda.

II. FUNDAMENTOS

§1. Cuestión procesal previa

1. Este Tribunal advierte que los decretos legislativos cuestionados aún no son aplicables en el ordenamiento jurídico según lo dispuesto en sus respectivos textos normativos.

2. En efecto, en el caso del Decreto Legislativo 1400, esta norma se publicó el 10 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, en tanto que su reglamento se aprobó mediante el Decreto Supremo 202-2018-EF, publicado el 3 de agosto de 2019.
3. En lo aquí relevante, se aprecia que la segunda y octava disposiciones complementarias finales establecen lo siguiente:

Segunda. Contratación para el desarrollo del SIGM

En un plazo no mayor de noventa (90) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las disposiciones reglamentarias a que se refiere la primera disposición complementaria final, la SUNARP inicia el proceso de contratación correspondiente para el desarrollo del SIGM.

Asimismo, en un plazo no mayor de doscientos setenta días (270) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato para el desarrollo del mencionado sistema, la SUNARP debe poner en funcionamiento la base de datos del SIGM y su interconexión con los respectivos registros jurídicos. Dicho plazo puede ser prorrogado por única vez a través de Decreto Supremo propuesto por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y refrendado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Octava. Vigencia

A partir del día hábil siguiente del funcionamiento de las bases de datos del SIGM, son aplicables y exigibles las disposiciones sobre garantía mobiliaria reguladas en el presente Decreto Legislativo.

4. De lo anterior, se aprecia que el Decreto Legislativo 1400 no resultaba aplicable en el ordenamiento jurídico inmediatamente después de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, en la medida en que era indispensable la verificación de un hecho, como el funcionamiento de las bases de datos del Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos (SIGM), lo cual aún no se habría producido.
5. En el caso del Decreto Legislativo 1409, se advierte que se publicó el 12 de setiembre de 2018, en tanto que su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 312-2019-EF, el 1 de octubre de 2019.
6. En relación con la aplicación de la norma mencionada, sus disposiciones complementarias finales establecen lo siguiente:

Segunda. Disposiciones de operatividad

La SUNARP, en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario contados desde la publicación del reglamento del presente Decreto Legislativo, aprueba los formatos estandarizados y adecúa los aspectos técnicos de SID-SUNARP para la constitución de una SACS atendiendo las disposiciones establecidas en la LGS.

Dentro del plazo antes señalado, mediante resolución de superintendencia se fija la fecha de entrada de operaciones en el SID-SUNARP para tramitar la constitución de SACS [...].

Quinta. Vigencia

A partir del día hábil siguiente de la entrada en operación del SID-SUNARP para tramitar la constitución de SACS, son aplicables y exigibles las disposiciones del presente Decreto Legislativo y su reglamento.

7. Asimismo, y como la parte demandante ha advertido, el 1 de junio de 2020, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 061-2020-SUNARP/SN, a través de la cual “disponen que, a partir del 14 de diciembre de 2020, la SUNARP brinde, a nivel nacional, el servicio de constitución de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada - SACS, así como su inscripción en el Registro de Sociedades”. En efecto, el artículo 1 de dicha norma dispone lo siguiente:

Artículo 1.- Inicio del servicio de Constitución de SACS.

Disponer que, a partir del 14 de diciembre de 2020, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos brinde, a nivel nacional, el servicio de constitución de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada - SACS, así como su inscripción en el Registro de Sociedades.

8. De lo previamente detallado, se advierte que dicha norma tampoco resulta aplicable en el ordenamiento jurídico inmediatamente después de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, en la medida en que era necesaria la verificación de un hecho, como la entrada en operación del Sistema de Intermediación Digital de Sunarp para tramitar la constitución de la SACS.
9. La aludida Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 061-2020-SUNARP/SN ha fijado como fecha el 14 de diciembre de 2020 para el inicio del servicio de constitución de las SACS y su inscripción en el Registro de Sociedades.
10. Ahora bien, como se ha indicado en anteriores oportunidades, para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que se haya producido siguiendo el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico, es decir, que el órgano competente la haya aprobado y, además, que se publique conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma se encuentra vigente.
11. El artículo 109 de la Constitución, por su parte, establece que “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.
12. En el presente caso, este Tribunal advierte que el órgano competente ha emitido las disposiciones cuestionadas siguiendo el procedimiento correspondiente y estas se han

publicado en el diario oficial *El Peruano*, según lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución, y se puede afirmar que se encuentran vigentes a tenor del artículo 109 citado.

13. Una situación distinta es la relativa a las condiciones necesarias para su plena aplicación en el ordenamiento jurídico, lo cual no se confunde con su vigencia, pese a que ese ha sido el *nomen iuris* empleado en ambas normas cuestionadas para precisar a partir de qué momento serían aplicables.
14. En ambos casos, su aplicación se supeditaba a la verificación de un hecho específico, lo cual no impide que se deban considerar como normas vigentes. Por esta razón, este Tribunal puede realizar el control de su constitucionalidad.

§2. Sobre la determinación de las disposiciones objeto de control de constitucionalidad

15. El demandante cuestiona la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, y del Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, al haber incurrido presuntamente en vicios de forma, por cuanto habría excedido el marco de la delegación de facultades previsto en la ley autoritativa, y en vicios de fondo, al contravenir el principio constitucional de seguridad jurídica.
16. Este Tribunal estima pertinente precisar que ambas disposiciones se encuentran plenamente vigentes, aun cuando no sean actualmente aplicables, en atención de lo dispuesto en dichas normas y en sus reglamentos correspondientes, también vigentes. En el caso del Decreto Legislativo 1400, el reglamento correspondiente se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de agosto de 2019 y, en el caso del Decreto Legislativo 1409, el 11 de octubre de 2019.
17. Además, este Tribunal advierte que el Colegio de Notarios de Lima cuestiona ambos decretos legislativos, en tanto que restringen las competencias notariales y registrales, de acuerdo con los argumentos desarrollados en la demanda. En lo que respecta a los presuntos vicios de inconstitucionalidad de fondo alegados por dicha parte, este Tribunal realizará el control de constitucionalidad correspondiente en relación con aquellas disposiciones que se han objetado en la demanda.

§3. Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad formal

18. El colegio profesional demandante solicitó que se declare la inconstitucionalidad por la forma de las disposiciones legales al considerar que se exceden los límites establecidos en la Ley 30823, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción,

de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”, publicada el 19 de julio en el diario oficial *El Peruano*.

19. Alega que esta únicamente autorizó a legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad, y de modernización de la gestión del Estado. No obstante, a su criterio, esta ley no le confiere al Poder Ejecutivo la facultad de restringir las competencias registrales ni notariales.
20. Por su parte, el demandado sostiene que ninguno de los decretos legislativos impugnados tiene por objeto restringir las competencias de los notarios públicos, sino establecer medidas alternativas para que los ciudadanos puedan realizar procedimientos que favorezcan el desarrollo de sus actividades empresariales, eligiendo libremente si incluyen la participación de los notarios. Además, afirma que esta regulación no se encuentra prohibida por la Ley 30823.
21. En primer lugar, en relación con los vicios de inconstitucionalidad formal, este Tribunal ha establecido que los supuestos generadores de esta infracción pueden ser los siguientes:
 - i) el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución;
 - ii) el tratamiento de una materia reservada directamente por la Constitución a otra fuente formal específica del Derecho; y
 - iii) la expedición de la norma por un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo (Sentencias 0020-2005-PI/TC, fundamento 22; y 0012-2012-PI/TC, fundamento 2).
22. Asimismo, con respecto al parámetro de control del proceso de inconstitucionalidad, este último está integrado por la propia Constitución, en atención a su posición de norma fundante, suprema y fuente de fuentes en el ordenamiento jurídico. Es la norma fundamental el parámetro de validez de las normas con rango de ley sometidas a dicho control abstracto de constitucionalidad.
23. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).
24. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica” en un doble sentido: por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro lado, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido (Sentencia 0020-2005-PI/TC, fundamento 27).

25. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de esta y establecen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina “bloque de constitucionalidad”.
26. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló lo siguiente:
- en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).
27. Este órgano de control de la constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta de la Constitución cuando existe una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:
- i) la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa;
 - ii) la regulación de un contenido materialmente constitucional; y
 - iii) la determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.
28. Lógicamente, estas normas deben, a su vez, ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como interpuestas, y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas se declarará inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta a la Constitución.
29. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el control de constitucionalidad formal de las disposiciones impugnadas.
30. Dicho parámetro, a juicio de este Tribunal Constitucional, está compuesto por los artículos 102 y 104 de la Constitución, así como por la Ley 30823 (ley autoritativa).
31. Como parte del análisis de constitucionalidad por presuntos vicios de forma, es imprescindible determinar los alcances de la ley autoritativa antes mencionada, como se indicará a continuación.

3.1. LA LEY AUTORITATIVA 30823 COMO INTEGRANTE DEL PARÁMETRO DE CONTROL EN EL PRESENTE CASO

32. Al igual que ocurre en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien el Congreso de la República es el órgano estatal encargado de la función legislativa (artículo 102.1 de la Constitución), esta facultad también se puede desarrollar por otro poder del Estado (el Poder Ejecutivo) mediante

decretos legislativos, previa delegación explícita y específica de facultades por parte del legislador.

33. Esta delegación, por cierto, no supone la renuncia de este último a la función legislativa encomendada por la Constitución ni que, durante el lapso que dure la delegación, el Congreso carezca de la competencia para ejercer dicha función.
34. Esto es así por cuanto no es posible asumir que un Poder del Estado o alguno de sus órganos constitucionales pueda transferir de manera absoluta a otro una competencia que la Constitución le ha asignado.
35. El artículo 104 de la Constitución establece lo siguiente:

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

36. Ello supone que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, el ejercicio de dicha competencia se encuentra sujeto a determinados límites, tales como que la delegación legislativa se debe conceder mediante la ley autoritativa (límites formales), contener la indicación específica de la materia que se delega (límites materiales), así como el establecimiento de un plazo determinado (límites temporales).
37. Con relación a los límites materiales, este Tribunal considera que esta exigencia se encuentra cumplida con la mención o indicación de la materia específica que se ha delegado, la cual se puede referir a una o varias áreas del derecho. La Constitución no impone la obligación de desarrollar o exponer de manera detallada o minuciosa el contenido que se debe incluir en el decreto legislativo, puesto que una exigencia de esa naturaleza convertiría en innecesaria la existencia misma de la delegación de facultades y la expedición del decreto legislativo.
38. En cambio, la Constitución sí proscribe el uso de fórmulas manifestamente generales, indefinidas o imprecisas. Una infracción a esta exigencia se presenta no solo cuando existe una delegación “en blanco”, sino también cuando se concretan delegaciones legislativas generales, indefinidas o imprecisas.
39. El Tribunal no pretende que el legislador identifique los detalles de aquello que se delega (una situación que comportaría que el legislador desarrolle en sí misma la materia que se pretende delegar y torne con ello innecesaria su delegación). No obstante, sí considera necesario, desde el punto de vista del artículo 104 de la Constitución, que se delimiten con suficiente claridad los confines de la materia sobre la que se autoriza legislar al Ejecutivo, y que aquello que se ha delegado no recaiga en las materias sobre las cuales existe una reserva absoluta de ley (Sentencia 0022-2011-PI, fundamento 20).

40. En el presente caso, se advierte que la Ley 30823 aprobó la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para legislar en diversas materias como las siguientes:
 - i. gestión económica y competitividad;
 - ii. integridad y lucha contra la corrupción;
 - iii. prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad; y
 - iv. modernización de la gestión del Estado.
41. Con relación al caso que nos ocupa en la presente oportunidad, corresponde precisar que la materia objeto de la facultad delegada es la correspondiente a la que se denominara “gestión económica y competitividad”.
42. Ahora bien, en virtud de la ley autoritativa, Ley 30823, que conforma el parámetro de constitucionalidad en el presente caso, según lo indicado *supra*, los demandantes alegan que el Congreso de la República introdujo un límite expreso a la delegación de facultades otorgadas al Poder Ejecutivo: los decretos legislativos que se aprueben al amparo del artículo 2, numeral 2, literal “c” de la ley autoritativa “en materia de gestión económica y competitividad” en ningún caso podrán restringir o reducir competencias notariales y registrales.
43. De esta manera, según los demandantes, las disposiciones que se aprueben por el Poder Ejecutivo a través de los mencionados decretos no pueden “restringir las competencias registrales y notariales”.
44. No obstante, este Tribunal advierte que la determinación de la existencia del aludido límite, en los términos que alega la parte demandante, requiere previamente el análisis pormenorizado de dicho extremo de la ley autoritativa a partir del empleo de los principios y criterios interpretativos que suelen emplearse al desentrañar el sentido último de las disposiciones integrantes del bloque de constitucionalidad.
45. Ello se debe realizar considerando que el contenido normativo finalmente determinado como resultado del proceso interpretativo de una ley autoritativa requiere no solamente la identificación y precisión de la facultad delegada, sino su *objetivo*, de acuerdo con lo expresado *supra*.
46. Esto último no es baladí por cuanto el contenido normativo de la ley autoritativa no solo se define por la facultad en principio delegada, sino por su finalidad, que es lo que completa el sentido de esta delegación.
47. En efecto, difícilmente se podría concluir de manera clara y precisa que se ha facultado al Poder Ejecutivo para legislar en una determinada materia si se prescinde de la finalidad o del estado de cosas que la delegación busca alcanzar y que es la razón de ser, en buena cuenta, del ejercicio de la facultad de delegación, amparada por la Constitución, materializada en un caso concreto.

48. Si la justificación principal de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo radica en la consideración según la cual determinadas materias requieren para su regulación un determinado nivel de especialización técnica, a fin de que la normativa resultante sea lo más adecuada posible y pueda cumplir sus fines correspondientes al incorporarse al ordenamiento jurídico, esta delegación debe contar con los elementos indispensables para que se materialice en la realidad.
49. Ello significa que si bien, por mandato constitucional, el Ejecutivo debe cumplir con respetar la materia y el plazo de delegación de facultades establecidos en la ley autoritativa, también es cierto que, desde la posición del legislador, la voluntad normativa expresada en la ley autoritativa debe ser lo más clara, precisa y coherente posible. En caso contrario, se ejercería una facultad conferida por la Constitución respetando eventualmente los requisitos formales, pero impidiendo que se materialice en los hechos el sentido de dicha delegación.
50. En ese sentido, este Tribunal Constitucional advierte que la delegación de facultades para legislar en determinada materia y por un determinado plazo, con plena observancia del marco constitucional vigente, debe ser cabalmente realizada si ello así se decide. Esto implica evitar, en la medida de lo posible, situaciones de indeterminación que la pongan en entredicho, que potencialmente incidan negativamente en la seguridad jurídica y que, a su vez, menoscaben el correcto ejercicio de las atribuciones constitucionales, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, a este respecto involucradas.
51. Lo anterior implica no invadir la esfera de competencias del legislador democrático, pero sí considerar que todo poder público debe guiar sus actuaciones de forma tal que en ellas pueda advertirse un mínimo de coherencia y consistencia, más aún si dicha actuación se realiza en nombre del interés público.
52. Siendo ello así, este Tribunal advierte que las disposiciones indispensables para determinar el contenido normativo de la ley autoritativa, materia de la discusión central del presente proceso de inconstitucionalidad, son las que se encuentran comprendidas en el artículo 2, inciso 2, literal “c”:

Artículo 2.- Materia de la delegación de facultades legislativas. En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias: [...]

2) En materia de gestión económica y competitividad, a fin de: [...]

c) Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral. **Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y**

notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE) [énfasis añadido].

53. Al respecto, este Tribunal advierte que dicha disposición puede ser interpretada en dos sentidos válidamente atribuibles:

i. **Primer sentido interpretativo:** que el siguiente enunciado “estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)” es un límite extensible a *todo* el literal c) del inciso 2 del presente artículo;

ii. **Segundo sentido interpretativo:** que dicho enunciado constituye únicamente un límite respecto a la “promoción de la formalización laboral”.

54. Con relación a lo anterior, y a efectos de determinar cuál es el sentido interpretativo conforme a la Constitución por el cual correspondería optar, se debe recordar que el ejercicio de la delegación de facultades por parte del Poder Legislativo al Ejecutivo implica el cumplimiento de determinados objetivos que finalmente sustentan el ejercicio de la delegación.

55. Por ello, este Tribunal estima pertinente precisar cuál fue la finalidad de este pedido de delegación de facultades. Al respecto, el Poder Ejecutivo, a través del Oficio 076-2018-PR, del 2 de mayo de 2018, presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley 2791/2017-PE, en el cual solicitó facultades delegadas para “legislar en materia tributaria y financiera, de gestión económica y competitividad, de reconstrucción y cierre de brechas en infraestructura y servicios, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”.

56. En la exposición de motivos del proyecto de ley de delegación de facultades, se indicó que el objetivo consistía en “mejorar la competitividad a través de diversas medidas. Las medidas adoptadas implican ámbitos de la economía como son [...]; la promoción de las MYPE: [...]. Por lo tanto, se busca desarrollar plataformas de competitividad y fomentar estrategias para el desarrollo de los ámbitos señalados” (página 5 del proyecto de ley)¹. El referido texto agregaba lo siguiente:

Respecto a la promoción de las MYPE, las acciones a tomar son diversas como [...] impulsar y facilitar los créditos y el acceso a capitales de trabajo con una nueva normativa de garantías mobiliarias. [...] Por ello las garantías mobiliarias es una medida que es parte de las buenas prácticas internacionales señaladas por organismos como el Banco Mundial, la OEA y UNCITRAL para incrementar la profundidad del sistema financiero en el país.

¹ Esta exposición de motivos se puede encontrar en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0279120180502.pdf>, consultada el 18 de setiembre de 2020.

57. Asimismo, como medidas concretas en materia de gestión económica y competitividad, se plantearon las siguientes:

[...], en primer lugar, se propone incrementar la demanda para MIPYME a través de las compras públicas [...].

En segundo lugar, **fomentar la formalización de las empresas a través de un régimen simplificado y menos oneroso de constitución y de inscripción de actos societarios (“Sociedad Cerrada Simplificada”)** así como de su liquidación y extinción, mediante: (i) la aplicación de tecnología informática (constitución y registro de actos societarios en línea) y (ii) **la intervención de fedatario de la SUNARP que sustituiría la intervención notarial**. En tercer lugar, se busca **impulsar el mercado de créditos y facilitar el acceso a capitales de trabajo para las MIPYMES, con la creación de una nueva normativa de garantías mobiliarias**, que se encontraran acordes con las buenas prácticas internacionales que actualmente el Banco Mundial, la OEA, UNCITRAL se encuentran promoviendo en los países de APEC y en Latinoamérica, Europa, Asia, y África.

Para ello, se establecerá un régimen especial permanente de contratación que impulse la participación de las MYPE en las contrataciones públicas, a través del mecanismo de Núcleos Ejecutores, a cargo del Ministerio de la Producción; se creará un régimen simplificado para la constitución, inscripción, liquidación y extinción de empresas; se **regulará una nueva Ley de Garantía Mobiliaria** que reforme y derogue íntegramente la actual ley, redefiniendo el concepto de bienes muebles susceptibles de garantía inmobiliaria, el uso del *factoring* un sistema avisos electrónicos, entre otros. [...]” (p. 26) [énfasis añadido].

58. Como se puede apreciar mediante este proyecto de ley, el Poder Ejecutivo buscaba fomentar la formalización de las empresas a través de un régimen simplificado y menos oneroso de constitución y de inscripción de actos societarios, así como impulsar el mercado de créditos y facilitar el acceso a capitales de trabajo para las micro, pequeñas y medianas empresas con la creación de una nueva normativa de garantías mobiliarias. Asimismo, también planteaba sustituir la intervención notarial por un fedatario de la Sunarp.
59. Así, este Tribunal advierte que el primer sentido interpretativo no es conducente con la finalidad de la delegación de facultades. En efecto, si se optase por dicha interpretación, se llegaría a un escenario en el cual, formalmente, se otorgaron facultades para legislar en las materias previamente señaladas, pero sin poder efectuarlo según los objetivos inicialmente previstos y que se plasmaron en el correspondiente proyecto de ley autoritativa, lo cual implica que fueron oportunamente conocidos por el legislador.
60. Este Tribunal advierte que el referido escenario claramente no satisface las finalidades de la delegación de facultades porque conllevaría a considerar, de manera contradictoria,

que aquellas fueron otorgadas al Poder Ejecutivo, al menos formalmente, pero sin que este último pueda materializar su ejercicio, según las finalidades que motivaron la solicitud de delegación.

61. Ello es así por cuanto las facultades solicitadas claramente se destinaban a fomentar la formalización de las empresas a través de la creación de un régimen simplificado y menos costoso para la constitución, inscripción, liquidación y extinción de los actos societarios. Esto incluía claramente el reemplazo de la intervención notarial por la del fedatario de la Sunarp, así como el impulso del mercado crediticio y de acceso a capitales de trabajo para las mipymes a partir de una nueva normativa de garantías mobiliarias, lo cual implica, en algún sentido, modificar el régimen de las micro y pequeñas empresas.
62. En cambio, este Tribunal advierte que optar por la segunda interpretación no conlleva el escenario inconducente previamente descrito, pues implicaría que las pretendidas restricciones al Poder Ejecutivo no sean aplicables a las materias objeto de regulación. Con ello, se determinaría de manera clara y coherente el contenido normativo de esta delegación de facultades, de tal manera que las materias finalmente delegadas se corresponderían con las finalidades previstas para tal efecto.
63. Así, este Tribunal advierte que la frase “estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)” no se debe interpretar como un límite a la legislación delegada realizada por el Poder Ejecutivo en materia del impulso del desarrollo productivo y empresarial de las mipyme “y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones” (Decreto Legislativo 1399).
64. En suma, este Tribunal debe precisar que la disposición establecida en el artículo 2.2, literal “c”, relativa a la prohibición de restricción de competencias registrales y notariales, así como el impedimento relativo a la modificación del régimen de las micro y pequeñas empresas, no se refiere a la facultad de legislar conferida al Poder Ejecutivo para impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, a fin de mejorar el financiamiento y otorgamiento de garantías, o de establecer una nueva regulación societaria en materia de garantías mobiliarias y en el régimen de contrataciones, sino que únicamente alcanza a la promoción de la formalización laboral.
65. Por lo tanto, a continuación, este Tribunal realizará el control de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas considerando las exigencias de la ley autoritativa, según lo interpretado *supra*.

3.2. SOBRE EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 1400 Y 1409

66. En primer lugar, en cuanto al plazo de delegación, este Tribunal advierte que la Ley Autoritativa 30823 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 19 de julio de 2018, la cual otorgó un plazo de 60 días calendario para la expedición de la legislación delegada.
67. Este órgano de control de la Constitución aprecia que los dos decretos legislativos cuestionados cumplen este requisito. Así, el Decreto Legislativo 1400 fue publicado el 10 de setiembre de 2018, en tanto que el Decreto Legislativo 1409, el 12 de setiembre del mismo año. Cabe concluir, entonces, que ambos decretos legislativos se expidieron antes de que transcurran los 60 días calendario dispuestos en la ley autoritativa.
68. En cuanto al contenido normativo de la delegación de facultades, este Tribunal estima que ello consistió concretamente en lo siguiente:
- Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones.
69. En atención a lo previamente expuesto, este Tribunal estima necesario analizar si cada uno de los decretos legislativos cuestionados ha sido regulado por el Poder Ejecutivo respetando los confines o alcances y límites de las materias delegadas a través de la ley autoritativa.

3.1.1. SOBRE LAS MATERIAS LEGISLADAS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1400

70. Corresponde comenzar señalando que la aprobación del Decreto Legislativo 1400 conllevó el establecimiento de un nuevo régimen de garantías mobiliarias y dejó sin efecto el establecido por la ley anterior, la Ley 28677.
71. De esta manera, el objetivo central de dicha norma ha sido regular el régimen y el sistema informativo de garantías mobiliarias. Mediante esta norma, se establece un concepto de lo que se debe entender por garantía mobiliaria y se determinan las figuras que están comprendidas en ella.
72. Asimismo, en la norma, se enumeran los tipos de bienes que son objeto de garantía mobiliaria y aquellos bienes que quedan excluidos de este régimen. También se desarrollan los alcances de la constitución de las garantías mobiliarias: los tipos de garantía mobiliaria, la extensión, la capacidad para constituir, el acto jurídico constitutivo, así como la modificación y cancelación de esta, además de la publicidad y prelación de las garantías mobiliarias.
73. Del mismo modo, en la norma, se ha establecido el SIGM. En este apartado, se han consignado las funciones de esta plataforma, los tipos de contratos que se pueden

inscribir en ella, la entidad encargada de administrarla y sus responsabilidades, así como las infracciones y responsabilidades de los usuarios frente a información errónea o inexacta.

74. Asimismo, se han abordado los alcances de la figura de la prelación, los derechos y las obligaciones de las partes (acreedor garantizado y deudor garante), la ejecución de las garantías mobiliarias, así como la suspensión o terminación de estas.
75. En todo caso, de la revisión de dicho cuerpo normativo, este Tribunal advierte que las materias más relevantes, en lo que aquí nos ocupa, son las relativas a la constitución de la garantía mobiliaria, el contenido del acto jurídico constitutivo de esta, el SIGM, así como la inscripción registral.
76. Este Tribunal advierte que la mención expresa del carácter optativo de la escritura pública para las partes se encuentra en el artículo 6, referido a la constitución de la garantía mobiliaria. En efecto, de acuerdo con los numerales 2 y 3 de dicho artículo:

6.2 Se denomina garantía mobiliaria con posesión o posesoria cuando se entrega la posesión del bien al acreedor garantizado o a un tercero depositario. Se constituye al momento en que el deudor garante entrega la posesión de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario designado por éste. *Dicha constitución debe constar por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, el cual debe formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes* [cursiva agregada].

6.3 Se denomina garantía mobiliaria sin posesión cuando el bien en garantía permanece en posesión del deudor garante o de un tercero. *Se constituye mediante acto jurídico constitutivo, por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, debiendo formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes* [cursiva agregada].

77. De esta manera, una de las opciones a las que pueden recurrir las partes para la constitución de la garantía mobiliaria, sea posesoria o sin posesión, es la escritura pública expedida por el notario. Si bien se trata de una alternativa entre otras, se debe precisar que elegir una de estas alternativas es un requisito de validez de dicho acto jurídico, toda vez que la propia norma sanciona su inobservancia con el remedio de la nulidad.
78. Asimismo, con relación a los artículos 19.1, 24.1 y 29 del Decreto Legislativo 1400, se debe precisar que regulan parcialmente el SIGM, que es una plataforma de publicidad, de índole voluntaria, donde se registran los avisos electrónicos para la publicidad de las garantías mobiliarias constituidas en el régimen del mencionado decreto.
79. Además, en cuanto al artículo 27.1 del Decreto Legislativo 1400, que establece que “el SIGM no tiene ningún tipo de calificación, se organiza bajo un sistema de folio personal en atención al deudor garante; funciona con base en un sistema de

preparo”, este Tribunal advierte que dicha disposición no se debe confundir con la publicidad voluntaria que realiza este sistema con el registro de los actos inscribibles en la Sunarp.

80. En efecto, de acuerdo con el artículo 28 de la disposición cuestionada:

Artículo 28. Independencia del SIGM respecto del Registro Jurídico de Bienes

28.1 Las disposiciones del presente Decreto Legislativo se aplican, únicamente, para publicitar lo que ella regula. *Cuando se requiera que el título de propiedad del bien mueble sea inscrito en el Registro Jurídico de Bienes, dicha inscripción debe llevarse a cabo de conformidad con la legislación de la materia.* El SIGM no otorga derechos de propiedad, por ser un registro de avisos electrónicos sin calificación registral.

28.2 Por ningún motivo la información contenida en el SIGM es sustento de calificación registral de un título presentado en el Registro Jurídico de Bienes.

81. En suma, luego de la revisión previamente realizada, se puede advertir que el Poder Ejecutivo ha legislado sobre las materias delegadas por el Congreso de la República en estricto cumplimiento del marco establecido en la ley autoritativa. Ello se advierte en la medida en que el Decreto Legislativo 1400 ha regulado un nuevo régimen de garantías mobiliarias respetando los confines de las materias delegadas, según lo establecido *supra*.

82. En vista de lo previamente explicado, este Tribunal concluye que el aludido decreto legislativo ha cumplido el contenido normativo de la delegación que se desprende del artículo 2, inciso 2, literal “c”, de la ley autoritativa.

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

3.2.2. SOBRE LAS MATERIAS LEGISLADAS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1409

84. En segundo lugar, en cuanto al Decreto Legislativo 1409, este Tribunal advierte que dicha norma regula un régimen societario alternativo de responsabilidad limitada para la micro, pequeña y mediana empresa, denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, en el cual no intervienen los notarios.

85. En efecto, el artículo 4 de dicho Decreto Legislativo, ha establecido lo siguiente:

La SACS se constituye por el acuerdo privado de dos (02) o hasta veinte (20) personas naturales, quienes son responsables económicamente hasta por el monto de sus respectivos aportes, salvo en los casos de fraude laboral cometido contra terceros y sin perjuicio de la legislación vigente en materia de obligaciones tributarias.

86. Se trata de una norma que es alternativa e independiente a la establecida en la Ley General de Sociedades y que establece requisitos diferenciados para la constitución de las empresas.

87. Este Tribunal advierte que el Decreto Legislativo 1409 crea un nuevo régimen que tiene como finalidad impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas.
88. En dicho decreto legislativo, se han establecido reglas sobre la constitución de la personalidad jurídica correspondiente a este nuevo régimen, sobre la responsabilidad en la existencia y veracidad de la información proporcionada en los documentos solicitados para tal fin, sobre los alcances y procedimientos para la calificación e inscripción de la constitución de este régimen en el registro de personas jurídicas de la Sunarp, así como la posibilidad de su transformación en otra forma societaria.
89. Este Tribunal advierte que dicho marco legal busca ofrecer una opción de formalización a las actividades económicas de las personas naturales y, de esta manera, impulsar el desarrollo económico, productivo y empresarial de las mypes a través de la SACS.
90. Asimismo, corresponde destacar las disposiciones establecidas con miras a la inscripción registral, así como la aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades, específicamente en lo relativo a las normas correspondientes a las sociedades anónimas cerradas.
91. Este Tribunal advierte, luego de la revisión general del decreto legislativo impugnado, según lo expresado previamente, que las reglas que establece respetan los confines de las materias delegadas a través de la ley autoritativa. En efecto, dicha norma ha determinado una figura societaria con la finalidad de impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas, lo cual se ha materializado a través de la creación de las SACS.
92. Por consiguiente, la regulación contenida en el Decreto Legislativo 1409 ha respetado los confines de las materias delegadas que se desprenden del artículo 2 inciso 2, literal “c”, de la ley autoritativa.
93. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en dicho extremo.

4. SOBRE EL ALEGADO VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

94. Los demandantes también cuestionan las disposiciones impugnadas por considerar que vulneran el principio constitucional implícito de seguridad jurídica.
95. Por su parte, el procurador del Poder Ejecutivo argumenta que las normas cuestionadas generan un mecanismo legal que, garantizando la seguridad jurídica, permite decidir a los particulares si solicitan los servicios notariales, lo cual no contradice la Constitución.
96. Ahora bien, con relación al principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 0016-2002-PI/TC lo siguiente:

La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *in comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal. Así pues, como se ha dicho, *la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside*. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”) y 139º, inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”) (fundamentos 3 y 4).

97. De esta manera, lo que protege dicho principio constitucional es que los poderes públicos, en su actuación, no defrauden las expectativas razonables de los ciudadanos. En el ámbito de las modificaciones normativas, implica que estas se realicen conforme al orden jurídico-constitucional vigente, esto es, que no vulneren la Constitución.
98. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal, en variada jurisprudencia, ha enfatizado que un principio consustancial del ordenamiento jurídico es el de libre configuración de la ley a cargo del legislador democrático.
99. En efecto, según este principio, el legislador es el llamado a definir los marcos de regulación generales en el Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, este goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en las diversas materias jurídicas. Sin embargo, dicha capacidad de configuración se encuentra limitada por los principios, las reglas y los valores constitucionales, de tal manera que la voluntad política expresada en la ley se debe desenvolver dentro de las fronteras jurídicas de la Constitución.

100. Puede resultar discutible si las opciones adoptadas por el Poder Ejecutivo en los decretos legislativos cuestionados son las más adecuadas y eficientes para alcanzar la finalidad que se propone. Sin embargo, en todo caso, respetan los confines de las materias delegadas a través de la ley autoritativa, como ya se resolviera *supra*. Sin perjuicio de lo dicho, el Congreso de la República podrá controlar y, eventualmente, modificar o derogar el contenido normativo de dichos decretos legislativos.
101. Por otra parte, se debe tener en cuenta que la defensa del principio constitucional de seguridad jurídica, en ninguna circunstancia, puede conllevar la negación de carácter dinámico del ordenamiento como tampoco la posibilidad de que las instituciones jurídicas, así como los correspondientes derechos y obligaciones que estas comprenden, queden perennizadas en el tiempo.
102. Efectivamente, del hecho de que el legislador modifique el ordenamiento jurídico no se deriva afectación alguna del principio de seguridad jurídica, salvo que se trate de normas que contradigan la Constitución.
103. En el presente caso, se advierte que ambos decretos legislativos no solamente han observado los límites de la legislación delegada, de acuerdo con lo establecido previamente, sino que, además, no contienen disposiciones que en, principio, de manera manifiesta y según lo advertido en los argumentos de los demandantes, menoscaben los principios, las reglas y los valores constitucionales, más allá de su disconformidad con dicha nueva regulación.
104. A ello, se debe añadir que, en el caso del Decreto Legislativo 1409, propiamente no existía una regulación precedente que versara sobre las mismas materias, y respecto de la cual la expedición del aludido decreto pudiera constituir un cambio intempestivo y arbitrario.
105. En efecto, el régimen SACS es un nuevo régimen legal alternativo e independiente que propone requisitos diferenciados para la constitución de las empresas. Al ser un régimen nuevo e independiente, no puede afirmarse válidamente que con su expedición se restringen competencias (notariales y registrales) preexistentes. Antes bien, este Tribunal advierte que no se puede afectar jurídicamente una competencia que previamente no se tiene.
106. Por ello, este Tribunal advierte que no se ha producido una incidencia negativa y directa en el principio constitucional de seguridad jurídica independientemente de que las medidas adoptadas se puedan considerar mejores o peores desde la perspectiva económica o política. Esta es una evaluación que no se puede realizar por la vía del proceso de inconstitucionalidad.
107. Por último, este Tribunal tampoco observa que las disposiciones cuestionadas hayan incurrido en una omisión prosrita por la norma fundamental, toda vez que la regulación sobre la intervención del notario público en la constitución de la garantía mobiliaria y de las SACS no es de naturaleza constitucional, sino legal. Ello sin perjuicio

de considerar, como se ha concluido *supra*, que dicha regulación no ha conculcado el principio de seguridad jurídica.

108. Por lo tanto, dicha omisión no resulta una materia controlable jurisdiccionalmente en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.
109. Así, y en la medida en que este Tribunal no advierte propiamente una incidencia negativa y manifiesta en el principio de seguridad jurídica, corresponde desestimar la demanda en el aludido extremo.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, y el Decreto Legislativo 1409, que promueve la formalización y dinamización de micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto pues, si bien concordamos con la ponencia en que la demanda es infundada, no compartimos todos sus fundamentos, en especial los que van del párrafo 53 al 65.

El demandante considera que las normas impugnadas “restringen las competencias notariales” básicamente por lo siguiente:

- **Decreto Legislativo 1400:** Porque dispone que la garantía mobiliaria puede formalizarse no sólo por escritura pública o firmas legalizadas, sino también mediante “firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes” (artículo 6).
- **Decreto Legislativo 1409:** Porque la nueva persona jurídica que esta norma crea, denominada “Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada”, no requiere para su constitución de la intervención de un notario, ya que se constituye por documento privado y para su inscripción son necesarias firmas digitales (artículos 6 y 9).

La Ley del Notariado (Decreto Legislativo 1049) señala cuáles son las competencias notariales (artículo 2):

El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes.

Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

Los decretos legislativos impugnados en nada restringen estas competencias notariales. Los notarios pueden continuar haciendo todo lo que indica la Ley del Notariado aquí citada: dar fe de actos y contratos que ante ello se celebren, comprobar hechos, etc.

En efecto, el Decreto Legislativo 1400 no restringe dichas competencias. Lo que hace es permitir que la formalización de la garantía mobiliaria no sólo se haga a través de los notarios.

Tampoco las restringe el Decreto Legislativo 1409, pues este crea un nuevo tipo de sociedad para cuya constitución no se necesita de la intervención de un notario. Es decir, el Decreto Legislativo 1409 no restringe competencia notarial alguna respecto de esta persona jurídica, sencillamente porque antes este tipo sociedad no existía.

Por ello, podemos concluir que los decretos legislativos impugnados han respetado el marco de la ley autoritativa (Ley 30823) y, por tanto, no son inconstitucionales.

Distinta situación se presentaría si la ley autoritativa hubiera dicho, por ejemplo, que en el nuevo régimen societario y de garantía inmobiliaria *siempre debían intervenir los notarios*. Pero el caso es que la ley autoritativa no se expresó en estos términos.

En nuestra opinión, el demandante da propiamente argumentos sobre la conveniencia de la regulación impugnada y no sobre su inconstitucionalidad. En efecto, en opinión del demandante, sería mejor que los notarios intervengan siempre en la constitución de la garantía mobiliaria (Decreto Legislativo 1400) y en el nuevo tipo de persona jurídica creado por el Decreto Legislativo 1409. Pero lo que nos parece inconveniente no es necesariamente inconstitucional.

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

Delimitación del Petitorio

1. El demandante cuestiona la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, y del Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, al haber incurrido presuntamente en vicios de forma, por cuanto habría excedido el marco de la delegación de facultades previsto en la ley autoritativa, y en vicios de fondo, al contravenir el principio constitucional de seguridad jurídica. Nuestro análisis se centrará en los vicios de fondo.
2. Ahora bien, conviene precisar que dentro del parámetro del control de constitucionalidad de las mencionadas disposiciones normativas encontramos la Ley 30823 (Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado), en tanto es el documento normativo habilitante de facultades legislativas. En esa línea, la disposición normativa en la que se centra la materia en litis corresponde a la siguiente:

Artículo 2.- Materia de la delegación de facultades legislativas. En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias: [...]

2) En materia de gestión económica y competitividad, a fin de: [...]

- c) Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral. **Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)** [énfasis añadido].

3. Sobre dicha disposición normativa, se ha advertido que es posible atribuirle dos sentidos interpretativos:
 - i. **Primer sentido interpretativo:** que el siguiente enunciado “estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)” es un límite extensible a *todo* el literal c) del inciso 2 del presente artículo;
 - ii. **Segundo sentido interpretativo:** que dicho enunciado constituye únicamente un límite respecto a la “promoción de la formalización laboral”.
4. No obstante, la teoría de las normas nos indica que las palabras y, por tanto, las oraciones adolecen de ambigüedad semántica, máxime si son disposiciones constitucionales, en tanto salvaguardan derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que tienen mandatos generales, precisamente, porque se busca tutelar la mayor cantidad de supuestos.
5. En ese sentido, considero que no debemos limitarnos a los dos posibles sentidos interpretativos, sino que resulta plausible varias interpretaciones. Cuestión distinta es que de varios sentidos interpretativos, únicamente se decante por dos o tres que el juzgador considere *válidas*.
6. En efecto, el enunciado normativo: “Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)”, puede ser un límite para varias disposiciones normativas, por ejemplo:
 - a. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral.
 - b. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, ***mejorando el financiamiento de garantías.***
 - c. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, ***mejorando el otorgamiento de garantías y similares.***
 - d. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, ***mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías.***
7. Como es posible advertir, las *normas* que se pueden extraer son varias, más aún si las que hemos señalado no son las únicas factibles de extracción. Por ello, es conveniente buscar otras técnicas interpretativas que nos permitan llegar al mismo puerto.

8. Una de estas técnicas nos puede llevar a analizar únicamente la expresión “Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales”. Claramente, esta disposición se puede entender como una restricción al posible menoscabo de las competencias registrales y notariales al momento de ejercer las facultades legislativas. Entre las principales diferencias entre la legislación anterior y la vigente se puede encontrar que (i) la presencia del notario a fin de constituir la garantía mobiliaria no resulta obligatoria, sino facultativa (ii) se elimina en el control de legalidad por parte de los registradores en materia de garantías mobiliarias y (iii) se crea un régimen alternativo a lo regulado por la Ley General de Sociedades denominado como Sociedades Cerradas Simplificadas, mediante el cual no se requiere la presencia de un notario para la constitución de la personería jurídica.
9. En primer lugar, en cuanto al Decreto legislativo 1400, que tiene por objeto regular el régimen de garantía mobiliaria, se posibilita que los privados no solo tengan que recurrir a un notario, de forma obligatoria, sino que se introduce una regulación facultativa. Ello en el sentido de que deja a la autonomía de la voluntad de los privados optar entre recurrir a un notario u otro mecanismo a fin de formalizar las garantías mobiliarias:

Artículo 6. Constitución de la garantía mobiliaria

6.1 La garantía mobiliaria puede darse con posesión o sin posesión del bien en garantía. Asimismo, cualquiera de los casos anteriores puede o no contar con un contrato de control por parte del acreedor garantizado sobre los bienes en garantía.

6.2 Se denomina **garantía mobiliaria con posesión o posesoria** cuando se entrega la posesión del bien al acreedor garantizado o a un tercero depositario. Se constituye al momento en que el deudor garante entrega la posesión de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario designado por éste. Dicha constitución debe constar por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, el cual **debe formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes.**

6.3 Se **denomina garantía mobiliaria sin posesión** cuando el bien en garantía permanece en posesión del deudor garante o de un tercero. Se constituye mediante acto jurídico constitutivo, por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, debiendo **formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes.** [Énfasis agregado]

10. Así, es posible sostener que esta disposición normativa no vacía de contenido a las competencias de los notarios, pues faculta a los interesados a decidir si recurren o no a los notarios.
11. Por otro lado, en cuanto al decreto legislativo 1409, mediante el artículo 2 se establece como finalidad lo siguiente:

La creación del régimen de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada tiene por finalidad promover una alternativa de formalización de actividades económicas de las personas naturales e impulsar con ello el desarrollo productivo y empresarial de la micro, pequeña y mediana empresa.

12. En relación a ello, dicho régimen no requiere la presencia de los notarios a fin de constituir la persona jurídica. Ello, no excede los límites establecidos por la ley autoritativa, ya que no se recorten o desconocen las competencias del régimen notarial. Al contrario, se establece una nueva regulación que pretende adecuarse a las necesidades que requiere las micro, pequeñas y mediana empresa para su constitución, inscripción, liquidación y extinción. Particularidades que no se ajustan a la regulación establecida en la Ley General de Sociedades.
13. En síntesis, las facultades solicitadas tienen como objetivo establecer un régimen simplificado y menos costoso. Así, se prioriza la autonomía de la voluntad de los privados a fin optar el mecanismo que se ajuste a su realidad. La intervención notarial tanto en el régimen de Sociedad por Acciones cerradas, como para constituir las garantías mobiliarias será de carácter facultativo y no obligatorio; es decir, las competencias notariales coexistirán con un nuevo mecanismo a cargo de los fedatarios de la Sunarp.

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento porque, si bien comparto lo finalmente resuelto en la ponencia, considero necesario formular algunas consideraciones adicionales.

De la revisión del escrito de demanda, advierto que uno de los argumentos centrales del recurrente gira en torno a las modificaciones que se efectuaron respecto de la legislación anterior. De manera concreta, resalta que las disposiciones ahora derogadas establecían la participación obligatoria del notario para la constitución de garantías nobiliarias. Del mismo modo, alega que, en virtud del Decreto Legislativo 1409, únicamente se requerirá un documento privado para la constitución de una sociedad por acciones cerrada simplificada (SACS), lo cual vulnera principios como el de seguridad jurídica.

Al respecto, considero importante mencionar que, si bien este Tribunal se constituye como el supremo intérprete de la Constitución, ello no supone que pueda efectuar controles de elevada intensidad en relación con todas las medidas adoptadas por los órganos de representación política. En efecto, no debe olvidarse el amplio margen de configuración del que estas entidades gozan para el diseño y configuración de diversas políticas públicas. Esto supone que a este Tribunal le corresponda enjuiciar solo aquellas medidas que, sin margen de dudas, puedan suponer alguna vulneración de los derechos, bienes y principios reconocidos en nuestra fundamental. Del mismo modo, un corolario de esta especial deferencia es, precisamente, que estas entidades cuenten con un considerable espectro de alternativas sobre las que puedan desarrollar sus respectivos proyectos.

En ese sentido, puede ser objeto de discusión si es que la legislación anterior era o no más conveniente o si es que, de una u otra forma, podía generar, en los hechos, un nivel más elevado de seguridad jurídica en relación con las diversas transacciones en las que se aplicaba. Estimo que esas deliberaciones deben ser apreciadas y enjuiciadas, en principio, por los órganos de representación política. Ciertamente, cualquier alteración de la ley -sobre todo si ello conlleva la modificación de diversas reglas de juego- puede generar importantes discusiones en torno a la oportunidad de su aprobación, pero de ello no es posible colegir -al menos no en todos los escenarios- que nos encontremos frente a un posible supuesto de inconstitucionalidad.

En este mismo orden de ideas, entiendo que, en esta clase de cuestiones, suelen invocarse, a su vez, diversos principios que justifican la aprobación de modificaciones legislativas. Una de ellas puede ser la de la aceleración del tráfico mercantil, o la de agilizar y fomentar el acceso a créditos. Estas son finalidades que, evidentemente, no se encuentran previstas explícitamente en la Constitución, pero de ello no puede desprenderse que se traten de propósitos ilegítimos o vedados. En nuestra jurisprudencia hemos adoptado una versión considerablemente flexible respecto de los propósitos que puede perseguir la autoridad

política. Esto supone que no hemos exigido que ellos se extraigan, directamente, de la propia norma fundamental, sino que es suficiente con que se encuentren habilitados por la ley y que, claro está, no sean manifestamente contrarios con derechos o principios constitucionales. Fuera de este escenario, las autoridades cuentan con un amplio margen de configuración respecto de las medidas a implementar.

Finalmente, también advierto que las disposiciones impugnadas no están *impidiendo* la intervención de notarios en esta clase de asuntos. En efecto, las partes podrán acordar, si ellas así lo desean, su participación. Este sí sería un escenario en el que, seguramente, este Tribunal mayores razones para evaluar alguna posible declaración de inconstitucionalidad. Al no ser este el caso, comparto lo finalmente resuelto en la ponencia, la cual declara como infundada la demanda.

S.

RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto en el proyecto de sentencia. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. En el presente caso se encuentra que normas invocadas han sido incorporadas al ordenamiento jurídico, pero con efectos diferidos o pendiente de ser aplicada. Sin embargo, la disposición cuestionada se encuentra vigente, es decir, es una norma jurídicamente existente, cuestión distinta a si esta es a la vez aplicable.
2. La vigencia (existencia) de la norma es requisito para su impugnación a través del proceso de inconstitucionalidad, tal como indiqué en mi voto singular en el caso Puerto Manoa (STC Exp. n.º 00016-2018-AI), criterio que no fue seguido por la mayoría de mis colegas. Y dicha vigencia hay que diferenciarla de la aplicabilidad de una norma, tal como se hace ahora. De este modo, valga precisar aquí, tenemos normas que no están vigentes en nuestro sistema (no forman parte de él) y, sin embargo, son aplicables (v. gr. legislación penal derogada, que debe aplicarse ultraactivamente por ser más favorable al reo), así como no normas vigentes pero que no son aplicables (como ocurre en este caso, normas en situación de *vacatio legis*).
3. Por otra parte, con respecto de la inconstitucionalidad material alegada, la Constitución puede ser entendida como un “orden marco” a efectos de evaluar si una norma de rango legal es contraria a su contenido o no. De este modo, tan solo debe declararse inconstitucional una determinada regulación si contraviene lo constitucionalmente prohibido o lo constitucionalmente obligatorio. En este caso, las alegaciones están encaminadas a mostrar la supuesta impertinencia de la regulación, es decir, básicamente muestran el desacuerdo de los demandantes con lo legislado, pero no la inconstitucionalidad de la regulación.
4. Por último, reitero como en otras ocasiones que nuestra responsabilidad como jueces constitucionales incluye pronunciarse con resoluciones comprensibles, y a la vez, rigurosas técnicamente. Si no se toma en cuenta ello, el Tribunal Constitucional falta a su responsabilidad institucional de concretización de la Constitución, pues debe hacerse entender a cabalidad en la comprensión del ordenamiento jurídico conforme a los principios, valores y demás preceptos de esta misma Constitución.
5. En ese sentido, encuentro que en el presente proyecto se hace alusiones tanto a “afectaciones” y similares para referirse a “vulneraciones”. Al respecto, es necesario precisar que, en rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a “intervenciones” o “afectaciones” iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente

protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados *prima facie*, es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.

6. Por otra parte, se alude a supuestos de “vulneración”, “violación” o “lesión” al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable.

S.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Con el debido respeto por mis colegas Magistrados, considero que la demanda de inconstitucionalidad que da origen al caso de autos, por la que se cuestionan los Decretos Legislativos 1400 y 1409, es **FUNDADA**, por haberse incurrido en infracción formal de la Constitución.

Fundamento mi posición en las siguientes razones:

1. El artículo 104 de nuestra Carta Constitucional establece literalmente que *“El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y el plazo determinados en la ley autoritativa”*.
2. Así, la expedición de los decretos legislativos se produce como consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias:
 - 2.1 La competencia legislativa del Congreso de la República de delegar en el Poder Ejecutivo, mediante ley expresa, la facultad de legislar sobre materia específica en un plazo determinado (competencia legislativa delegativa); habilitándolo a dictar decretos legislativos, los cuales poseen rango de ley.
 - 2.2 La competencia legislativa del Poder Ejecutivo, ejercida por delegación expresa del Congreso, mediante decretos legislativos, con rango de ley (competencia legislativa delegada); la cual está condicionada a la expedición de ley autoritativa del Congreso de la República.
3. Obsérvese que, tal como ocurre en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional si bien el titular originario de la función legislativa es el Congreso de la República (artículo 102, inciso 1 de la Constitución), dicha función también puede ser desarrollada excepcionalmente por el Poder Ejecutivo, vía una delegación explícita y específica de facultades, sin que el Legislativo abdique de su función, expresamente encomendada por la propia Constitución.
4. Empero, debe precisarse que los decretos legislativos solo deben desarrollar las materias especificadas en la ley autoritativa correspondiente, las cuales, además, deben ser *interpretadas de manera restrictiva*, más aún cuando se trata de aspectos particularmente especializados, como, por ejemplo, los referidos a las competencias registrales y notariales.
5. Las delegaciones genéricas o imprecisas volverían virtualmente inútil el propio sentido o utilidad de la ley autoritativa que, precisamente, existe para definir qué es lo que se

delega y qué es lo que se deja fuera del ámbito de la delegación. De lo contrario, bastaría apelar a los memores o materias genéricas para que todo tipo de regulación por parte del Poder Ejecutivo sea posible.

6. En el presente caso, no se observa que la Ley Autoritativa N° 30823 haya establecido una específica delegación de facultades al Poder Ejecutivo para modificar las normas relativas a las competencias tanto registrales como notariales, por lo que a mi juicio los Decretos Legislativos 1400 (mediante el cual se aprueba el régimen de garantía mobiliaria) y 1409 (mediante el cual se promueve la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada) resultan ser inconstitucionales por la forma, pues han excedido notoriamente el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante la precitada Ley N° 30823.
7. Para mayor ilustración, corresponde señalar que tal ley autoritativa, en materia de gestión económica y competitividad, delegó expresamente las siguientes facultades:

“Artículo 2. Materias de la delegación de facultades legislativas

En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias:

- 2) En materia de gestión económica y competitividad, a fin de:
 - a) Modificar los parámetros de actualización de las bandas de precios de los productos afectos al Fondo para la Estabilización de Precios de Combustibles Derivados del Petróleo con el objeto de otorgar una mayor frecuencia y magnitud de actualización; permitir la realización de futuros cambios de los parámetros de actualización de las bandas mediante decreto supremo; y establecer una fuente de financiamiento complementaria que permita fortalecer y hacer sostenible el Fondo para cumplir con las obligaciones generadas.
 - b) Rediseñar el Fondo de Promoción a la Inversión Pública y Local (FONIPREL) para Integrar al Fondo para la Inclusión Económica en Zonas Rurales (FONIE) de modo que se adecúe a lo señalado por el Decreto Legislativo 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y deroga la Ley 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, así como facilitar el proceso de liquidación de proyectos a los gobiernos regionales y locales, y la continuidad de inversiones.
 - c) Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la

formalización laboral. Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE).

- d) Actualizar el Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, y la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, a fin de adecuarlas a estándares internacionales, agilizar el comercio exterior y hacer eficiente la seguridad de la cadena logística y preservarla, incluyendo aspectos de recaudación, obligación tributaria aduanera y sistema de infracciones, cautelando el respeto a los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano.
 - e) Armonizar las actividades de pesca y acuicultura en sus diferentes modalidades y fortalecer los mecanismos de formalización, supervisión, sanción e interdicción.
 - f) Incluir en la aplicación de la Ley 27360, Ley que Aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario, a las actividades acuícolas y de manejo y aprovechamiento forestal y de fauna silvestre.
 - g) Modificar la Ley 28044, Ley General de Educación, a fin de elaborar el marco normativo integral que regule la organización, gobierno, régimen académico, perfil directivo y docente idóneo para la gestión de los centros de educación técnico-productiva, para fortalecer la educación técnico-productiva para elevar la empleabilidad y competitividad, especialmente de los jóvenes, sin que ello implique flexibilización de las normas en materia laboral.
 - h) Optimizar la regulación del transporte en todas sus modalidades facilitando el cabotaje nacional e internacional de carga y pasajeros mediante la aprobación de una norma que regule íntegramente el fomento del cabotaje, así como mediante la modificación de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, del Decreto Legislativo 714, declaran de interés nacional al transporte multimodal internacional de mercancías y aprueban normas correspondientes, y el Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, en materia de transporte multimodal.”
8. Lo que esta última norma únicamente ha señalado y de manera genérica, es que se puede legislar con miras a “Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral” (inciso d). Sin embargo, esto, como se ha explicado, no puede ser interpretado extensivamente, tanto más cuando la misma citada norma enfáticamente ha establecido que *“Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas*

empresas (MYPE)” (inciso d) del precitado artículo 2 de la Ley Autoritativa N° 30823. Vale decir, se ha proscrito contenidos que puedan incidir ya sea sobre las competencias registrales o sobre las competencias notariales.

9. En el ejercicio de esta competencia para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de normar en determinadas materias, que se supone debe ser excepcional, no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas. Tampoco es admisible que en base a ellas se desprendan materias que originariamente no se contemplaron, bajo riesgo de sobrepasar los límites materiales otorgados. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso con los decretos legislativos materia del mismo, pues en ninguna parte de la ley autoritativa se dota de facultades al Ejecutivo para legislar sobre competencias registrales o notariales; por el contrario, se prohíbe su condicionamiento. En consecuencia, debe ampararse la demanda en cuanto se invoca la infracción formal de la Constitución.
10. Cabe señalar que una limitación como la señalada en la ley autoritativa no puede ser objeto de reinterpretaciones que opten por su manifiesta desnaturalización. Y mal hace nuestro Colegiado en forzar principios interpretativos que no son de recibo en casos como el presente, para vaciar de contenido a la citada prohibición tal y cual se intenta en la sentencia emitida en mayoría.

Sentido de mi voto

Por las consideraciones expuestas mi voto es porque se declare **fundada** la demanda y, por consiguiente, inconstitucionales por infracción por la forma los Decretos Legislativos 1400 y 1409.

S.

BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 1041/2020
Expediente 00011-2020-PI/TC

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

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de diciembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido la siguiente sentencia, que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al Expediente 00011-2020-PI/TC.

Asimismo, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera formularon fundamentos de voto.

El magistrado Blume Fortini, en fecha posterior, votó a favor de declarar fundada la demanda y formuló un fundamento de voto que se entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes mencionados, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0011-2020-PI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15 de diciembre de 2020

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

**PODER EJECUTIVO
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 31039, que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud.

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Ley 31039	Constitución Política del Perú Artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103, y 118, incisos 3) y 17).

I. ANTECEDENTES

- A. Petitorio constitucional
- B. Debate constitucional
 - B-1. Demanda
 - B-2. Contestación de demanda
 - B-3. Terceros
 - B-4. *Amicus Curiae*

II. FUNDAMENTOS

- §1. Delimitación de la controversia
- §2. La administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo y la prohibición dirigida a los congresistas respecto de las iniciativas que implican crear o aumentar el gasto público
- §3. El principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria
- §4. La carrera del personal de salud y el financiamiento de sus compensaciones
- §5. La función pública y la meritocracia
- §6. Análisis de constitucionalidad de la Ley 31039
 - 6.1 Sobre el ascenso automático excepcional por años de servicio
 - 6.2 Sobre el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera
 - 6.3 Sobre el nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276
 - 6.4 Sobre la modificación de los requisitos para que el personal CAS de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728
 - 6.5 Sobre la contratación directa de locadores bajo el régimen CAS
 - 6.6 Sobre la creación de una entrega económica al personal de salud

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre de 2020, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados: Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente); Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera; pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña. Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 31 de agosto de 2020, el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31039, que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud. Alega que la referida ley resulta inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución.

Por su parte, con fecha 26 de octubre de 2020, don Guillermo Llanos Cisneros contesta la demanda en representación del Congreso de la República, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 31039 adolece de vicios de inconstitucionalidad por el fondo, por cuanto vulnera los artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución.
- Sostiene que uno de los principios esenciales de todo Estado constitucional, a fin de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder, es el respeto del principio de separación de poderes o funciones.
- Agrega que, recientemente, el Tribunal Constitucional ha señalado que este principio constitucional tiene entre sus rasgos de identidad a los principios de separación de poderes (propriadamente dicho), solución democrática, cooperación y balance entre poderes.

- Según el procurador de la parte demandante, la Ley 31039 afecta el principio de cooperación entre poderes, por cuanto ha sido emitida al margen de la interacción que debe existir entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo para expedir normas que tienen impacto en la economía del país.
- Sostiene que corresponde al Poder Ejecutivo dirigir la política económica del Gobierno y administrar la hacienda pública, lo cual implica el análisis de los ingresos y gastos consignados en el presupuesto. Agrega que, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, LOPE), el diseño y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales en materia presupuestaria constituye una función exclusiva del Poder Ejecutivo, encabezado por el presidente de la República.
- El demandante señala que la competencia reconocida al Poder Ejecutivo para dirigir la política económica y administrar la hacienda pública tiene una pluralidad de manifestaciones que se expresan en la diversidad de procedimientos que se requieren para elaborar el presupuesto público.
- En concordancia con esto último, el artículo 78 de la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo la iniciativa en la elaboración del presupuesto nacional, el cual debe encontrarse efectivamente equilibrado, mientras que el artículo 79 del texto constitucional señala que los representantes ante el Congreso “no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”.
- Afirma que la ley cuestionada implica un gasto público permanente que no ha sido sustentado, y respecto del cual no se ha podido advertir que exista un análisis cualitativo y cuantitativo en la exposición de motivos de los proyectos que la originaron. Esta evaluación sobre el impacto constituye un elemento esencial en la viabilidad técnica y presupuestaria de una propuesta legislativa.
- En este sentido, agrega que la Ley 31039 genera un gasto público con repercusión en el presupuesto del Estado, pues tendría que ser cubierto con fondos del tesoro nacional. Sin embargo, dicha norma no fue resultado de una iniciativa legal planteada por el Poder Ejecutivo, sino de proyectos de ley presentados por diversos grupos parlamentarios.
- Por estas razones, argumenta que la Ley 31039 resulta contraria al artículo 118, incisos 3) y 17) de la Constitución, dado que se afectan las competencias del Poder Ejecutivo reconocidas constitucionalmente en materia de dirección de la política económica y administración de la hacienda pública.
- Alega que el presupuesto del Estado peruano debe encontrarse equilibrado. En esa línea, la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 31039 que modifican las condiciones laborales en el sector salud, afecta el principio de equilibrio presupuestal, ya que no solo requiere de recursos para el presente ejercicio fiscal, sino de sostenibilidad en el tiempo; lo que ocasionaría gastos no presupuestados para el Estado; sin considerar los gastos que se vienen realizando para afrontar la pandemia del COVID-19.

- El demandante añade que, en virtud del artículo 79 de la Constitución, los congresistas de la República no tienen competencia para proponer iniciativas que incrementen el gasto en el Presupuesto General de la República.
- Por otro lado, argumenta que con base en el artículo 40 de la Constitución, la carrera administrativa ha sido reconocida como un bien constitucionalmente protegido, y que es obligación del Estado garantizar el ingreso, los derechos, los deberes y responsabilidades de los servidores públicos en igualdad de condiciones.
- Agrega que, si bien la carrera administrativa es un bien jurídico garantizado por la Constitución, esta le ha impuesto al legislador la obligación de establecer las condiciones, los derechos, deberes y responsabilidades a través de una ley; pero respetando los criterios antes mencionados, en particular la igualdad y el mérito, así como los principios que subyacen al establecimiento de los diferentes regímenes laborales del sector público y los derechos de los trabajadores.
- En virtud de ello, señala que la Ley 31039 resulta contraria a la Constitución dado que dispone el nombramiento automático de determinado personal de salud en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276, sin respetar el principio de meritocracia. Además, la referida ley establece un tratamiento diferenciado con relación a las demás personas que laboran en las entidades públicas, contraviniendo el artículo 2, inciso 2 de la Constitución.
- El procurador del Poder Ejecutivo argumenta que, conforme a las normas de desarrollo legal de EsSalud, los recursos de esta institución deben estar destinados al otorgamiento de las prestaciones de salud que por su ley de creación se encuentra obligado a brindar. Es decir, se trata de recursos que deben ser diligentemente preservados y destinados exclusivamente a la atención de los trabajadores y sus familias. En ese sentido, a EsSalud, sobre la base del régimen contributivo de la seguridad social, le corresponde cautelar y administrar dichos recursos, de conformidad con los principios del Estado social y democrático.
- En esa línea, dado que la ley cuestionada implica un costo económico adicional para EsSalud, al tener que pagar mayores remuneraciones, gratificaciones y demás beneficios, se están afectando los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución, los cuales garantizan el acceso a prestaciones en materia de salud y pensiones, al establecer explícitamente el carácter intangible de los fondos y reservas de la seguridad social.
- Asimismo, el procurador del Poder Ejecutivo señala que la ley impugnada viola la prohibición de retroactividad de la ley (artículo 103 de la Constitución), cuando, en su artículo 18, modifica el literal a) del artículo 3 de la Ley 30555 (de 2017).

Según el procurador, “el texto original de la Ley 30555 estableció un supuesto de hecho a futuro (la promulgación de su reglamento, que se concretó en julio de 2017) para verificar el cumplimiento del requisito de haber laborado en EsSalud ‘de forma continua dos años como mínimo’ [para la incorporación del personal bajo el régimen

de contratación administrativa de servicios al régimen laboral del Decreto Legislativo 728]; mientras que la Ley 31039 [materia de la presente demanda] establece un hecho pasado (la entrada en vigencia de la Ley 30555, en abril de 2017) para el mismo objetivo” (p. 19 de la demanda).

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

- El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda alegando que la Ley 31039 no adolece de vicios de inconstitucionalidad y, por lo tanto, solicita que sea declarada infundada en todos sus extremos.
- Afirma que la Constitución encarga al legislador la competencia de regular el ingreso a la función pública no representativa, lo cual persigue establecer una regulación que tenga la finalidad de que las entidades alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad.
- Sostiene, de acuerdo con los artículos 3 y 55 del texto constitucional, que tal derecho forma parte de nuestro ordenamiento constitucional, al haber sido reconocido en instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23).
- Manifiesta que el bien protegido por el derecho de acceso a la función pública es la participación en la función pública, cuya concretización debe desarrollarse con todas las implicancias que su pleno desarrollo exija. Por ello, el contenido de ese derecho no solo se limita al acceso a la función pública en igualdad de condiciones, sino también incluye el ejercicio pleno de dicha función y el ascenso.
- Con relación a la función pública en el ámbito de la salud, señala que se han emitido diversas normas. Así pues, tenemos la Ley 23536 que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud.
- Advierte que, según la “Información de Recursos Humanos en Salud del MINSA y Gobiernos Regionales 2020”, elaborado por el Observatorio Nacional de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, solo el 9 % del total de médicos está disponible para la población en extrema pobreza y únicamente el 13 % del total de médicos está disponible para la población muy pobre en el país.
- El demandado refiere que, debido a la inaplicación de las disposiciones legales emitidas entre los años 2000 y 2020, que regulaban el acceso a la función pública en el ámbito de salud, es que se ha aprobado la Ley 31039, objeto de controversia. Alega que la disposición cuestionada busca erradicar la inestabilidad y precariedad laboral de todo el personal de salud.

- Respecto a la progresión en la función pública, el artículo 13 de la Ley 23536 establece que las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud fijan distintos niveles que están determinados por requisitos mínimos y dentro de este esquema se desenvuelve el ascenso.
- Refiere que la Ley 30657 ya disponía normas para la progresión en la función pública al personal de salud y el cambio de grupo ocupacional y de línea de carrera, sin embargo, dicha disposición no cumplió con su objetivo, y por lo tanto ameritaba la expedición de la Ley 31039, con el fin de garantizar los derechos laborales del personal de salud.
- Manifiesta que dicha situación se pudo advertir en el Dictamen 8-2016-2017/SCR-CR, según el cual “el proceso de cambio de grupo ocupacional, el cambio de línea de carrera y ascenso se viene realizando de manera distinta, muy reducida y discrecional en cada entidad del sector salud, por lo que se requiere establecer un procedimiento extraordinario, único y uniforme para llevar a cabo estas acciones”.
- Señala que los motivos que justificaron las disposiciones que regulaban el ascenso automático respondían a la falta de disponibilidad de plazas, lo que ha generado que muchos profesionales se mantengan en el mismo nivel durante años, sin que puedan ascender a su escala correspondiente sobre la base de sus méritos profesionales y al tiempo de servicio prestado.
- Añade que esta situación ha ocasionado que, pese a que los profesionales de la salud cumplen con todos los requisitos para un ascenso, esto es, formación profesional, tiempo de servicio y calificación profesional; en la práctica no puedan ser evaluados y promovidos por la ausencia de plazas, afectando el principio meritocrático y ocasionando ausencia de incentivos para el perfeccionamiento profesional.
- Advierte que una de las necesidades sociales básicas es la prestación del servicio de salud, tal como lo ha expresado el Tribunal Constitucional, “de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad”, lo cual solo se logra con el respeto pleno de los principios constitucionales en materia laboral y los derechos fundamentales del personal de salud.
- Añade que, en el presente caso, el derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud no se infringe, ya que no se han expedido normas que regulen el acceso a la función pública en el supuesto antes referido. Refiere que la Ley 31039 persigue subsanar la situación que se ha originado por la limitación sistemática del derecho de acceso a la función pública que se ha venido dando al restringirse los nombramientos de los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, que han sido contratados bajo modalidades que no garantizan los derechos laborales.
- Por otro lado, refiere que la Ley 31039 tiene por objeto regularizar diversos beneficios laborales al personal de salud, con la finalidad de brindar mejores condiciones laborales

a los trabajadores del sector, contribuyendo, además, a cerrar la brecha de recursos humanos. La adecuada disponibilidad del personal sanitario resulta indispensable para la eficiente prestación del servicio público y para que la población pueda gozar efectivamente del derecho a la salud.

- Añade que la única manera de asegurar que la prestación del servicio de salud se realice de acuerdo con dichos principios de eficiencia, eficacia e integridad, entre otros, es proporcionando adecuadas condiciones de trabajo a quienes ejercen la función pública en el ámbito de la salud.
- Argumenta que la Ley 31039 no trasgrede el artículo 9 de la Constitución, ya que el Congreso de la República no se arroga la competencia del Poder Ejecutivo de supervisar la aplicación de la política nacional de salud, sino más bien da cumplimiento a la política nacional de salud determinada por el Estado y normada por el Poder Ejecutivo.
- Refiere que el Poder Ejecutivo no puede emplear a la Ley del Presupuesto del Sector Público, bajo la justificación de la austeridad y la racionalidad en el gasto, como una herramienta para limitar en forma sistemática el derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud, a través de limitaciones presupuestarias anualmente presentadas y mantenidas en forma indefinida, como si el Perú se encontrara en una crisis financiera y económica perpetua.
- Señala que, en este orden de ideas, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido la facultad que tiene el Estado para establecer determinados límites en el ejercicio de derechos laborales, dicho órgano colegiado ha señalado que tales limitaciones deben ser de carácter excepcional y, en consecuencia, deben ser aplicadas con restricciones.
- Por otro lado, señala que de acuerdo al artículo 43 de la Constitución, la República del Perú tiene un gobierno que se organiza según el principio de separación de poderes, que tiene como uno de sus rasgos de identidad al principio de cooperación, conforme al cual las competencias de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los deberes primordiales del Estado, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.
- Añade que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se puede determinar que el Poder Ejecutivo ha actuado de acuerdo al principio de cooperación de poderes, pues no solo no orientó su comportamiento para la consecución del bien común, en este caso para la búsqueda de soluciones para la grave problemática de la función pública en el ámbito de la salud antes señalada, sino que además mostró una conducta dilatoria en el trámite del procedimiento legislativo que dio origen a la Ley 31039.
- Refiere que en el trámite de aprobación de la Ley 31039, se recibió el Informe 656-2020-OGAJ/MINSA que fue emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud. En dicho informe el Ministerio de Salud se pronunció de forma

favorable respecto a los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud.

- Manifiesta que, de acuerdo al artículo 107 de la Constitución, tienen competencia para presentar iniciativas legislativas el presidente de la República y los congresistas, los ciudadanos conforme a ley, así como el Poder Judicial, los organismos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales en las materias que les son propias.
- Con relación a las iniciativas legislativas que pueden presentar los congresistas, el primer párrafo del artículo 79 de la Constitución establece que “los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”.
- Por ello, advierte que, en el presente caso, es preciso que el Tribunal Constitucional se refiera a los alcances de las competencias que la Constitución le otorga al presidente de la República para dirigir la política general del gobierno y administrar la hacienda pública, principalmente, cuando el ejercicio de dichas competencias implique una limitación permanente de derechos, como se ha verificado en el caso del derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud.

B-3. TERCEROS

El Tribunal Constitucional incorporó como terceros a las siguientes entidades:

- Federación Centro Unión de Trabajadores del Seguro Social de Salud.
- Sindicato Nacional Médico del Seguro Social del Perú – SINAMSSOP.
- Sindicato Nacional de Psicólogos de la Seguridad Social del Perú.
- Sindicato Nacional de Enfermeras del Seguro Social de Salud – SINESS.
- Asociación Nacional de Lucha Cas Nunca Más EsSalud.
- Sindicato Nacional de Trabajadoras Sociales y/o Asistentes Sociales de EsSalud – SINATS.
- Federación Nacional Unificada de Trabajadores Administrativos y Asistenciales - FEN-UTSSA DIGNIDAD.
- Asociación de Profesionales de la Salud para el Cambio de Grupo Ocupacional y Línea de Carrera.
- Colegio Químico Farmacéutico del Perú.
- Colegio de Enfermeros del Perú.
- Colegio Tecnólogo Médico del Perú.

B-4. AMICUS CURIAE

El Tribunal Constitucional incorporó como *amicus curiae* a los siguientes:

- Federación Médica Peruana.
- Federación de Enfermeras del Ministerio de Salud del Perú.
- Sindicato Unitario Nacional de Nutricionistas de EsSalud – SUNESS.
- Comisión de Técnicos y Auxiliares Asistenciales del Instituto Nacional de Salud.
- Sindicato Nacional del Seguro Social CAS a 728.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En el presente caso, corresponde analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad, alegados por el Poder Ejecutivo, esto es, la eventual vulneración de los artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución, en los que habría incurrido el Congreso de la República con la expedición de la Ley 31039, el 26 de agosto de 2020. El objeto de la ley consiste en:

“(…) regularizar los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud para brindarle a los trabajadores mejores condiciones laborales” (artículo 1).

2. Asimismo, en el artículo 2 de la referida ley se establece que resulta aplicable:

“(…) al personal que labora en el Ministerio de Salud, sus organismos públicos, gobiernos regionales y EsSalud”.

3. El contenido material de la ley impugnada se divide en:

- i) El ascenso automático excepcional por años de servicio (artículos 3 al 6);
- ii) El cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera (artículos 7 al 12 y la Disposición Complementaria Final Cuarta);
- iii) El nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276 (artículos 13 al 17);
- iv) La modificación de los requisitos para que el personal bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (en adelante, CAS) de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728 (artículos 18 a 20);
- v) La contratación directa de locadores de servicio bajo el régimen CAS (Única Disposición Complementaria Transitoria), y;

- vi) La creación de una entrega económica al personal de salud (primera, segunda y tercera disposición complementaria final).
- 4. A continuación, este Tribunal desarrollará los principios de separación de poderes y cooperación entre estos, equilibrio presupuestal, estabilidad presupuestaria y meritocracia en la función pública, los cuales deberán tomarse en cuenta para el análisis sustantivo de la presente controversia.
- 5. Corresponde advertir que el Poder Ejecutivo, a fojas 2 del documento escaneado de la demanda, señaló que su pretensión de impugnación no alcanza la Quinta Disposición Complementaria de la Ley 31039 que se refiere a los criterios para la designación de los directores regionales de Salud. Por lo tanto, no será materia de pronunciamiento.

§2. LA ADMINISTRACIÓN DE LA HACIENDA PÚBLICA COMO COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO Y LA PROHIBICIÓN DIRIGIDA A LOS CONGRESISTAS RESPECTO DE LAS INICIATIVAS QUE IMPLICAN CREAR O AUMENTAR EL GASTO PÚBLICO

- 6. El apoderado especial del Congreso de la República, en la contestación de la demanda, señala que, en el presente caso, es preciso que el Tribunal Constitucional se refiera a los alcances de las competencias que la Constitución le otorga al presidente de la República para dirigir la política general del gobierno y administrar la hacienda pública (fojas 81 del escrito de contestación de la demanda disponible en el cuadernillo virtual).
- 7. Este Tribunal Constitucional comparte tal criterio y considera indispensable comenzar tomando en cuenta que el principio de separación de poderes se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú. Tradicionalmente este mandato exige que el poder político se encuentre distribuido entre diferentes órganos estatales, con el fin de evitar la concentración del poder.
- 8. Sin embargo, tal como se señaló en casos anteriores, esta visión tradicional ha sido superada, por cuanto “[e]l principio de separación de poderes no solo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones” (Sentencia 0005-2006-AI/TC, fundamento 15).
- 9. Precisamente, se ha resuelto que, dada la distribución de competencias y atribuciones en el texto constitucional, se infiere el principio de colaboración de poderes entre los distintos órganos estatales, los cuales deberán concordar su actuación con los fines y deberes del Estado. A mayor abundamiento, este Tribunal sostuvo que:

“[L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de

la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129 de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto” (Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 24).

10. Asimismo, es menester resaltar que, en nuestro ordenamiento constitucional, la distribución del poder comprende también a los órganos constitucionales autónomos, los cuales cumplen, entre otras, una función de control y balance frente a las demás entidades estatales para prevenir, precisamente, la concentración del poder político.
11. En ese sentido, este Tribunal ha identificado los siguientes rasgos de identidad del principio de separación de poderes en la Constitución Política de 1993 (Sentencia 0006-2018-AI/TC, fundamento 56):

“Principio de separación de poderes propiamente dicho: Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los poderes públicos.

Con base al principio de separación de poderes, es claro que nuestro modelo no aspira –a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario– a la confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe una suerte de un “primer poder” de Estado. Se reconoce la división de poderes y se prevén formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.

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

Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional

los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de control constitucionalmente previstos.

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

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

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

Así visto, sobre la base de este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente cierto en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los asuntos sometidos a su conocimiento, atendiendo al rol moderador y pacificador de conflictos que le caracteriza.

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

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

12. Queda claro, entonces, que el principio de separación de poderes no solo se materializa a través de la distribución de competencias, sino que también se efectiviza mediante el balance de poderes, la cooperación y la solución democrática de los conflictos.

13. El principio de cooperación antes mencionado será de particular importancia en el presente caso, por cuanto resulta indispensable analizar asuntos de índole presupuestal en cuyo ámbito se requiere la participación del Poder Ejecutivo y la del Congreso de la República.
14. Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que el constituyente ha habilitado al Poder Judicial para elaborar su propio presupuesto y sustentarlo ante el Parlamento de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 145 de la Constitución.
15. Esta constatación sobre la participación de los diversos poderes del Estado en materia presupuestal no implica que se relativice la competencia que corresponde al Poder Ejecutivo respecto de la administración de la hacienda pública.
16. Efectivamente, la Constitución Política establece en el numeral 17 del artículo 118 que corresponde al Ejecutivo la administración de la hacienda pública y este Tribunal ha ratificado la naturaleza exclusiva de dicha competencia (Sentencia 0002-2013-CC/TC, fundamento 10).
17. El Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, es el responsable de planear y presentar el proyecto de presupuesto, así como de destinar los recursos del tesoro público. De acuerdo con el artículo 78 de la Norma Fundamental, el presidente envía al Congreso el proyecto de Ley del Presupuesto antes del 30 de agosto de cada año.
18. Concordante con dicho marco, la Constitución dispone, en su artículo 79, que el Congreso de la República no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, por cuanto una iniciativa de tal naturaleza supondría una intromisión en el manejo de la hacienda pública y, además, afectaría el principio de equilibrio fiscal que se analizará más adelante.
19. Incluso, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con la Duodécima Disposición Final de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, las normas o resoluciones que dicte el Congreso de la República respecto de su presupuesto, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 79 de la Constitución Política del Perú:

“... no afectan el presupuesto de gastos referido a remuneraciones o escalas diferenciales u otros conceptos de gasto en los demás Pliegos Presupuestarios, estando supeditados estos últimos a lo dispuesto por el Segundo párrafo del artículo 77 del mismo cuerpo legal”.
20. Conviene tener en cuenta que este Tribunal ya ha emitido sentencias que abordan problemas relacionados con la prohibición de los congresistas de aumentar o crear gasto público (artículo 79 de la Constitución), desarrollando criterios relevantes para resolver este tipo de situaciones, por lo que, previamente, es importante hacer referencia a dicha jurisprudencia.
21. Por ejemplo, en el fundamento 4 de la Sentencia 0014-2011-AI/TC, se dispuso que la inconstitucionalidad de la Ley 29616 era resultado de la afectación al artículo 79

de la Constitución, ya que el Congreso de la República había aprobado una iniciativa legislativa que generaba gasto público, sin haber coordinado previamente con el Poder Ejecutivo y, concretamente, con el Ministerio de Economía y Finanzas.

22. Por otro lado, en el fundamento 12 de la Sentencia 0005-2011-AI/TC, este Tribunal desestimó la presunta afectación del artículo 79 de la Constitución por cuanto:

“(…) el Tribunal aprecia que la Disposición Complementaria Única de la Ley 29413 no crea ni aumenta gasto público alguno mediante la transferencia financiera efectuada por ella. A estos efectos, el Tribunal hace notar que los presupuestos correspondientes a los tres proyectos de inversión cuya transferencia ordena la mencionada Disposición Complementaria Única, ya se encontraban previstos en el Anexo 4 del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009”.

23. Asimismo, respecto a la creación de universidades mediante leyes, este Tribunal, en el fundamento 17 de la Sentencia 0019-2011-AI/TC, ha indicado lo siguiente:

“En efecto, si se tiene en cuenta que la creación legal de una universidad pública, por evidentes razones, apuesta a su futura entrada en funcionamiento, y que sobre todo en el inicio de su gestión, sus principales rentas tienen origen en las partidas presupuestales que el Estado le asigna, la creación de tal universidad que no tenga acreditada, a través de un informe técnico previo emitido por el Poder Ejecutivo y, concretamente, por el Ministerio de Economía y Finanzas, *la disponibilidad de los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios, sería sinónimo de la verificación de una iniciativa motu proprio por parte del Congreso de la República para generar gasto público, lo que se encuentra prohibido por el artículo 79 de la Constitución.*

En tal sentido, una interpretación del artículo 6 de la Ley 26439, conforme al artículo 79 de la Constitución, exige concluir que cuando dicho precepto legal establece que “[p]ara autorizar el funcionamiento de las universidades públicas se requiere”, entre otras cosas, “la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la capacidad del Estado para financiar su funcionamiento”, tal intervención debe ser previa incluso a su creación legal y no solo previa a su entrada en funcionamiento. *Por lo demás, solo bajo este entendimiento se mantiene a buen recaudo la competencia de administración de la hacienda pública, que conforme al mandato del artículo 118º, inciso 17, de la Constitución, ha quedado reservada al Poder Ejecutivo*” (cursiva añadida).

24. Por otra parte, este Tribunal ha señalado que se incurre en una inconstitucionalidad de fondo cuando el contenido de la ley trasgrede el artículo 79 de la Constitución, es decir, la prohibición de iniciativa en la generación de gasto público que tienen los congresistas, salvo en lo referente a su presupuesto (Sentencia 0008-2015-AI/TC, fundamento 46).
25. En efecto, la aprobación de una ley por parte del Congreso que origine un nuevo gasto público y que no respete las mencionadas exigencias constitucionales, incurrirá en una inconstitucionalidad manifiesta, según ha expresado el Tribunal Constitucional:

“(…) dado que la ausencia de una coordinación previa con el Poder Ejecutivo, constituiría la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79 de la Constitución, necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que anteceda a la expedición de dicha ley. Incurriría en una inconstitucionalidad de fondo, toda vez que el contenido de la ley, así expedida, será violatorio de la prohibición prevista en el artículo 79 de la Constitución, es decir, de la prohibición de que el Congreso tenga iniciativa en la generación de gasto público, salvo en lo que atañe a su propio presupuesto” (Sentencia 0007-2012-AI/TC, fundamento 31).

26. Este Tribunal ha señalado que las normas que generan gastos traen graves consecuencias que podrían afectar a otros sectores, pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos trazados, lo que produciría un desbalance financiero, pues cada organismo del Estado programa sus gastos y en base a su presupuesto planifica los objetivos a realizar (Sentencia 0032- 2008-PI/TC, fundamento 16).

27. Las limitaciones aplicables al Congreso de la República para crear gasto público han sido explicadas de manera más amplia por este Tribunal en el fundamento 30 de la Sentencia 0007-2012-PI/TC, citada *supra*, donde sostuvo lo siguiente:

“(…) no puede desatenderse que el artículo 79 de la Constitución, establece que “el Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”. Ello significa que el Parlamento, *motu proprio*, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, *ex novo*, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118°, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, “(…) administrar la hacienda pública”.

Contrario sensu, el Congreso goza de dicha competencia si la iniciativa para su expedición no proviene de sí mismo, sino del Ejecutivo, esto es, si se acredita que en el procedimiento legislativo del que emanó la ley de la que nace la obligación pecuniaria, el Gobierno autorizó o consintió su dación.

En tal sentido, la función del Parlamento es controlar y fiscalizar la acción del Ejecutivo en la administración del tesoro público, pero en ningún caso puede sustituirlo en la dirección de la política económica, menos aún, creando gastos que escapen a la proyección técnica diseñada por el Gobierno (...). ”.

28. Queda claro, entonces, que el Poder Legislativo necesita de la participación y aprobación previa del Poder Ejecutivo para que resulte constitucionalmente viable la iniciativa que implique creación o aumento del gasto público.

29. En consecuencia, el Congreso de la República no puede utilizar su facultad de iniciativa legislativa para crear o incrementar el gasto de recursos toda vez que dicha facultad

constitucionalmente le corresponde en exclusiva al Poder Ejecutivo. Esta competencia se establece además en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 46 de la LOPE. Según dicha disposición, forman parte de la competencia relacionada con la hacienda pública los temas relacionados con:

- i) El presupuesto público;
- ii) La tesorería; y
- iii) El endeudamiento público.

30. Precisamente, el artículo 6 del Decreto Legislativo 1442 establece que la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos es el órgano encargado del análisis financiero y técnico de las políticas en materia de remuneraciones, compensaciones y beneficios económicos que impliquen el uso de recursos públicos. El artículo 8.2 de dicho decreto legislativo dispone además que:

“8.2 En virtud del principio de disciplina administrativa, establecido en el inciso 1 del artículo 2, se definen reglas sobre el uso de fondos públicos que impliquen materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público:

- 1. Las normas se emiten en el marco de la responsabilidad y disciplina fiscales según las cuales el uso de Fondos Públicos en materia de ingresos de personal, está supeditado a la disponibilidad presupuestaria, cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como estar previamente autorizado por norma expresa con rango de ley del Gobierno Central, a fin de resguardar el equilibrio presupuestal.
- 2. Para ello, la norma con rango de ley del Gobierno Central debe contar necesariamente con opinión favorable de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos y de la Dirección General de Presupuesto Público.
- 3. Los ingresos de los pensionistas se rige por la normatividad que regula los regímenes previsionales vigentes.
- 4. Los ingresos de personal, escalas de ingresos y los reajustes que fueran necesarios durante el Año Fiscal para los Pliegos Presupuestarios, se aprueban mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del Titular del Sector, previa opinión técnica favorable de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos y de la Dirección General de Presupuesto Público, autorizado por norma expresa con rango de ley del Gobierno Central”.

31. Queda claro, entonces, que existe una prohibición constitucional expresa respecto de la posibilidad de que los congresistas de la República presenten iniciativas relacionadas con leyes que originen o incrementen el gasto público, salvo en lo que respecta a su propio presupuesto.

32. Esta disposición se relaciona con el principio de separación de poderes y con la competencia que el artículo 118.17 de la Constitución asigna al Poder Ejecutivo para dirigir la hacienda pública pero también con los principios de equilibrio y unidad presupuestal.
33. De lo expuesto, se desprende que las disposiciones impugnadas de la Ley 31039 deberán ser analizadas tomando en cuenta si las iniciativas que dieron lugar a su aprobación inciden en el presupuesto y en la gestión fiscal de los recursos humanos.

§3. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

34. La Constitución, en materia presupuestaria, contiene todos aquellos principios que rigen normativamente la actuación de los poderes del Estado, a quienes el constituyente ha encomendado el ejercicio de determinadas competencias para la elaboración y aprobación del presupuesto anual.
35. Como ya lo ha señalado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la Constitución en el campo presupuestario se rige por los principios de legalidad, competencia, justicia presupuestaria, y equilibrio y estabilidad presupuestaria.
36. A los efectos de la presente controversia resultará especialmente importante tomar en cuenta los principios de equilibrio y estabilidad presupuestal. Estos orientan las actuaciones de los órganos y poderes del Estado en el uso de los fondos del tesoro público.
37. En el fundamento 12 de la Sentencia 5854-2005-AA/TC, este Tribunal ha señalado que entre los principios de interpretación constitucional se encuentra el de *unidad de la Constitución*, conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
38. A partir de ello, este Tribunal encuentra oportuno señalar que la prohibición de crear gasto que condiciona la potestad del Congreso de la República debe interpretarse de conformidad con el principio de equilibrio presupuestal. En efecto, la previsión contenida en el artículo 79 de la Constitución ya analizado tiene, entre otros objetivos, uno que aquí interesa de forma especial: el relacionado con la necesidad de mantener equilibrado el presupuesto.
39. El artículo 2 del Decreto Legislativo 1440 señala los principios que rigen el Sistema Nacional de Presupuesto Público, siendo uno de ellos el de “Equilibrio Presupuestal”, conforme al cual (artículo 2.1):

“(…) el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente”.
40. De la norma citada se desprende que el principio de equilibrio presupuestal implica que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente

balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país (Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 9).

41. Este Tribunal entiende que el equilibrio presupuestal es un principio fundamental de nuestro modelo constitucional, ya que permite por un lado la distribución del presupuesto acorde a las diversas obligaciones que son asumidas por el Estado, y por otro, representa una prohibición de gasto desmedido de los recursos públicos.
42. En efecto, no puede ignorarse que el cumplimiento y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales requieren de capacidad presupuestal, por ello las leyes de presupuesto anualmente consignan determinados montos con el fin de maximizar el uso de los recursos públicos, en atención a las diversas obligaciones del Estado.
43. Debe tenerse en cuenta que la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que:

“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.
44. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante el pago de impuestos ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población (Sentencia 2945-2003-AA/TC, fundamento 12).
45. Precisamente, el principio de equilibrio presupuestal establecido en el artículo 78 de la Constitución impone límites a la adopción de medidas que demanden gasto público, en tanto que las obligaciones del Estado son diversas. Por ello, el gasto del presupuesto debe permitir maximizar el cumplimiento de los objetivos y deberes asignados por la Constitución.
46. Así pues, el respeto al equilibrio presupuestal supone que las medidas adoptadas por el Estado promuevan el cumplimiento de sus diversos objetivos. Como es evidente, la escasez de recursos públicos para atender las obligaciones del Estado subyace al principio de equilibrio presupuestal.
47. Ello obedece a lo establecido en el artículo 77 de la Constitución en cuanto establece:

“El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”.
48. Incluso, este Tribunal ha señalado que el control del gasto público es un fin que, además de legítimo, ostenta una marcada trascendencia social (Sentencia 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, fundamento 142). Dicha situación demanda que los órganos

responsables de ejecutar el gasto público actúen con responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

49. Por ello, este Tribunal observa que las autoridades deben actuar con prudencia, evitando la aprobación de medidas que puedan desestabilizar la economía y mellar las reservas del tesoro, ya que lo contrario afectaría la posibilidad de ejecutar los fines propios del Estado y la protección de los derechos fundamentales.

§4. LA CARRERA DEL PERSONAL DE SALUD Y EL FINANCIAMIENTO DE SUS COMPENSACIONES

50. Mediante la Ley 23536 se establecieron las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud. En el artículo 6 se dispone que:

“Están considerados para los fines de la presente Ley como Profesionales de la Salud, y constituyen las respectivas líneas de carrera los siguientes:

- a) Médico-Cirujano
- b) Cirujano-Dentista
- c) Químico-Farmacéutico
- d) Obstetriz
- e) Enfermero
- f) Médico-Veterinario (Únicamente los que laboren en el campo asistencial de la Salud Pública).
- g) Biólogo
- h) Sicólogo
- i) Nutricionista
- j) Ingeniero Sanitario
- k) Asistente Social”.

51. Cada una de estas líneas de carrera, de acuerdo al artículo 19 de la ley mencionada, cuenta con nueve niveles diferenciados cuyos requisitos mínimos responden a los factores de formación profesional, tiempo de servicio, calificación profesional y evaluación (artículo 14).

52. Asimismo, el artículo 20 de la referida ley establece que:

“Los ascensos se producen de un nivel a otro inmediato superior en función de la calificación profesional, evaluación personal, experiencia en el trabajo y tiempo mínimo de permanencia en el nivel de carrera. El tiempo de servicios efectivo necesario para llegar al máximo nivel de carrera será de veinte (20) años”.

53. De otra parte, el 29 de junio de 2005 se publicó la Ley 28561, que regula el trabajo de los técnicos y auxiliares asistenciales de salud, en cuyo artículo 6, inciso d), se establece que tienen el derecho a percibir una remuneración equitativa y suficiente, determinada en función a criterios objetivos, tales como nivel académico, desempeño, rendimiento o productividad y responsabilidades asumidas.
54. Asimismo, el artículo 2 de la citada ley dispone lo siguiente:
- “Los Técnicos y Auxiliares Asistenciales de Salud participan dentro del equipo de salud en los procesos de promoción, recuperación y rehabilitación de la salud, mediante el cuidado de la persona, tomando en consideración el contexto social, cultural y económico en el que se desenvuelve con el objetivo de contribuir a elevar su calidad de vida y lograr el bienestar de la población”.
55. Con posterioridad a las normas indicadas, se publicó el Decreto Legislativo 1153, que regula la Política integral de Compensaciones y Entregas Económicas del Personal de la Salud al servicio del Estado.
56. En el artículo 2 se establece que la finalidad del referido decreto es:
- “(…) que el Estado alcance mayores niveles de equidad, eficacia, eficiencia, y preste efectivamente servicios de calidad en materia de salud al ciudadano, a través de una política integral de compensaciones y entregas económicas que promueva el desarrollo del personal de la salud al servicio del Estado”.
57. Por su parte, en el artículo 5.1 se dispone lo siguiente sobre los servicios de salud pública:
- “Son los servicios dirigidos a la protección de la salud a nivel poblacional de carácter asistencial, administrativa, de investigación o de producción. Comprenden las siguientes Funciones Esenciales: análisis de la situación de salud; vigilancia de la salud pública, investigación y control de riesgos y daños en salud pública; promoción de la salud y participación de los ciudadanos en la salud; desarrollo de políticas, planificación y gestión en materia de salud pública; regulación y fiscalización en materia de salud pública; evaluación y promoción del acceso equitativo a servicios de salud; desarrollo de recursos humanos y capacitación en salud pública; garantía y mejoramiento de la calidad de los servicios de salud individuales y colectivos; investigación en salud pública; y reducción del impacto de las emergencias y desastres en la salud”.
58. Corresponde señalar que el personal administrativo del sector salud no desempeña funciones de carácter asistencial, sino que realiza actividades y/o labores que sirven de apoyo para el cumplimiento de las funciones que desempeña el personal de salud, en los servicios de salud pública o en los servicios de salud individual.
59. De este modo, los trabajadores administrativos del sector salud se encuentran bajo los alcances del Decreto Legislativo 276, Ley de la Carrera Administrativa y de

Remuneraciones del Sector Público, y su reglamento; y de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, y su reglamento general (Decreto Supremo 040-2014-PCM) y de compensaciones (Decreto Supremo 138-2014-EF).

60. En específico, el artículo 3.2.b del ya citado Decreto Legislativo 1153, establece lo siguiente:

“(…) Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto Legislativo el personal o servidor civil de las entidades públicas que ocupa un puesto destinado a funciones administrativas, así como el personal del Seguro Social de Salud - EsSalud, del Seguro Integral de Salud - SIS, de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud - SUNASA, el personal militar de las Fuerzas Armadas y el policial de la Policía Nacional del Perú en actividad que presta servicios asistenciales en salud”.

61. Lo expuesto hasta aquí permite que este Tribunal identifique cuáles son las líneas de carrera y sus niveles, así como el alcance de los regímenes de los profesionales de la salud, técnicos, auxiliares asistenciales y trabajadores administrativos.
62. Previamente al análisis de fondo, debe tenerse en cuenta, además, algunos antecedentes en torno a las normas legales que dispusieron ascensos automáticos del personal de salud. Por ejemplo, mediante la Cuadragésima Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, se dispuso:

“Autorízase al Ministerio de Salud, sus organismos públicos y los gobiernos regionales, la progresión en la carrera médica y de los profesionales de la salud no médicos, mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio, en el marco de sus respectivas carreras especiales. Para tal efecto, dichas entidades quedan exceptuadas de lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012 (...)”.

63. Posteriormente, mediante la Centésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, se autorizó al Instituto Nacional Penitenciario:

“(…) la progresión en la carrera médica y de los profesionales de la salud no médicos, mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio, en el marco de sus respectivas carreras especiales; para cuyo efecto queda sin efecto la restricción sobre ingresos del personal prevista en la presente Ley.

Para la aplicación de la presente disposición es requisito que las plazas se encuentren aprobadas en el cuadro de asignación de personal (CAP), y registradas en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas”.

64. Al tratarse los ejemplos citados de leyes de presupuesto, estas debieron estar efectivamente equilibradas, como manda el artículo 78 de la Constitución, por lo que no existe objeción constitucional respecto del incremento en el gasto público.
65. Por otra parte, el 13 de setiembre de 2017 se publicó la Ley 30657, que autoriza el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal de la salud del Ministerio de Salud, de sus organismos públicos, y de las Unidades Ejecutoras de Salud de los Gobiernos Regionales.
66. Respecto al financiamiento del cambio de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera del personal de salud, el artículo 5 de dicha ley dispuso:
- “5.1. Durante el año fiscal 2017, la implementación de lo dispuesto en la presente ley se financia con cargo al presupuesto asignado a la plaza que ocupa actualmente el personal de la salud sujeto al cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera, la cual es suprimida a fin de crear una nueva plaza.
- 5.2. La diferencia económica entre la plaza actual y la nueva plaza que se crea para el cambio de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera, se financia con cargo al presupuesto del Ministerio de Salud, de sus organismos públicos, y de las unidades ejecutoras de salud de los gobiernos regionales, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.
- 5.3. Para la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, las entidades comprendidas en la presente ley, en cuanto corresponda, quedan exoneradas de las restricciones previstas en los artículos 6 y 9 de la Ley 30518, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017, así como del literal b) de la tercera disposición transitoria del texto único ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo 304-2012-EF.
- 5.4. Las plazas que se crean deben registrarse en el aplicativo informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas”.
67. Según se señala en la demanda (p. 7), la Ley 30657 “fue resultado de un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo (Proyecto 1430/2016-PE)”.
68. A partir de lo anterior, puede concluirse que las leyes que regularon los ascensos, cambios de línea de carrera y grupo ocupacional del personal de salud, similares a las disposiciones impugnadas en el presente caso, contaron con la cooperación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, siendo este último, como ya se señalara, el titular de la competencia para administrar la hacienda pública.

§5. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA MERITOCRACIA

69. La construcción y consolidación del Estado de derecho en nuestro país requiere de una actitud comprometida de parte de todos los poderes públicos y, de manera especial, de quienes, en nombre del Estado, ejercen la función pública.

70. Según el artículo 39 de la Constitución todos los funcionarios y servidores públicos, comenzando por el presidente de la República, se encuentran al servicio de la Nación. Esto supone, ante todo, un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado peruano.
71. La relevancia de dicha finalidad esencial del “servicio a la Nación” que realizan quienes prestan servicios al Estado peruano en clave de ciudadanía, derechos fundamentales, democracia y constitucionalismo, se encuentra recogida en el desarrollo que este Tribunal ha realizado sobre la concepción de función pública bajo el orden constitucional instaurado por la carta fundamental de 1993.
72. Nuestra Constitución, en el capítulo IV de su Título I “De la función pública” (artículos 39 a 42), contiene una serie de disposiciones sobre la función pública en general y la carrera administrativa en particular. La función pública ha sido concebida, desde un punto de vista material, como la realización o desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado
73. Cabe mencionar que el propio constituyente, en el artículo 40 de la Constitución antes mencionado, ha excluido del carácter de función pública a las actividades o funciones que realizan “los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”. Sin embargo, ello no los exime del cumplimiento de los deberes y de las responsabilidades que correspondan de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente.
74. Desarrollando las disposiciones glosadas, el artículo 2 de la Ley 27815 (Ley del Código de Ética de la Función Pública) define a la función pública como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.
75. En la Sentencia 5057-2013-PA/TC (fundamento 8), este Tribunal indicó que “la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado”. Asimismo, añadió que “la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado”.
76. Se ha precisado también, en la Sentencia 0025-2005-AI/TC, que realizan o desempeñan función pública los empleados o servidores públicos en general, y en este grupo se incluye a los servidores que se desenvuelven en el área de la salud, entre muchos otros (fundamento 52). En esta sentencia se señaló además que la función pública se clasifica en (fundamento 51):
 - i) función pública representativa, que se refiere a los cargos o funciones de representación política y que se encuentran directamente relacionados con el ejercicio del derecho a ser elegido, contemplado en el artículo 31 de la Constitución; y

- ii) función pública no representativa o profesionalizada, que ejercen todos los servidores públicos de los diversos niveles de la administración del Estado (central, regional y local), de los poderes del Estado y de toda institución pública en general.
77. Con relación al acceso a la función pública, este Tribunal tiene resuelto que se trata de un derecho fundamental cuyo contenido está comprendido por las siguientes facultades (Sentencia 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-AI, fundamento 43):
- a) Acceder o ingresar a la función pública;
 - b) Ejercerla plenamente;
 - c) Ascender en la función pública; y
 - d) Condiciones iguales de acceso.
78. Cabe señalar que el contenido de este derecho garantiza la participación en la función pública, pero de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado. Ahora bien, corresponde señalar que el derecho de acceder a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, que vincula plenamente a todas las entidades del Estado.
79. Dicho principio posee dos dimensiones. La primera se manifiesta en la evaluación del acceso a la función pública y la segunda funge como un criterio determinante para la progresión en la carrera.
80. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.
81. La aprobación de un concurso público de méritos constituye un indicador de la idoneidad de los servidores públicos, lo que implica un mejoramiento en el desempeño de las entidades estatales y, por tanto, un beneficio para la ciudadanía en general (Sentencia 0006-2012-PI/TC, fundamento 45).
82. Por ello, los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales no solo deberán evaluar en los participantes: i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y v) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursa, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza (Sentencia 5057-2013-PA/TC, fundamento 14).
83. Adicionalmente, en relación con el ascenso como contenido del derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, este Tribunal ha establecido lo siguiente:

“La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben ser comprendidos como *mandatos de optimización*, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege” (Sentencia 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 44).

84. Ahora bien, corresponde señalar que no toda persona que realiza o se vincula a la función pública se encuentra en la carrera administrativa. A dicha conclusión ha llegado este Tribunal luego de advertir que el artículo 39 de la Constitución no ha expresado que, efectivamente, todos los funcionarios y trabajadores públicos realicen carrera administrativa. Por el contrario, se aprecia, más bien, que dicha carrera ha sido establecida en un artículo distinto: el artículo 40 de la norma fundamental (Sentencia 0025-2013-PI/TC, fundamentos 75-76).

85. Este Tribunal ha interpretado que la carrera administrativa constituye un bien constitucional y que es el legislador democrático a quien corresponde regular el ingreso, los derechos, los deberes y las responsabilidades de los servidores públicos. Ahora bien, como toda actuación de los poderes públicos, el ejercicio de dicha competencia por parte del Poder Legislativo debe respetar los principios, las reglas y los valores constitucionales (Sentencia 00029-2018-PI/TC, fundamento 16).

86. En ese sentido, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la constitucionalidad de las normas vinculadas a la carrera administrativa. Así, en la Sentencia 0008-2005-PI/TC, se sostuvo que:

“el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador” (fundamento 44).

87. Cabe recordar que en la Sentencia 3446-2004-PA/TC este Tribunal sostuvo lo siguiente:

“[En el artículo 40 de la Constitución] se delega en el legislador ordinario la facultad para organizar la carrera administrativa, precisando que mediante ley se establecerán las reglas para el ingreso a la misma y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. De esta forma se dota a los servidores públicos

de las garantías mínimas para ejercer su función social. Bajo tal premisa, la norma constitucional complementa lo estipulado con relación al ingreso a la carrera administrativa, exceptuando de ésta a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, dada la característica de permanencia que rodea al servidor público luego de su ingreso a la carrera administrativa” (fundamento 3).

88. En suma, al tratarse de un bien constitucional, este Tribunal considera que la Constitución ha reservado al legislador democrático la competencia para regular dicha carrera administrativa, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución.

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31039

89. Congresistas de diversas bancadas presentaron 17 proyectos de ley proponiendo el ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, el cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud¹. Corresponde advertir que ninguna de estas iniciativas fue presentada por el Poder Ejecutivo ni contó con su intervención.
90. El 20 de mayo de 2020, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República emitió un dictamen respecto al proyecto de la Ley 31039². En principio, este Tribunal advierte que el estudio del financiamiento de la ejecución de las disposiciones en el proyecto de la Ley 31039 se limitó a señalar que dicha iniciativa sería financiada con la plaza presupuestal de las entidades correspondientes y que ello no irrogaría un incremento en el gasto del presupuesto nacional.
91. Posteriormente, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa remitida por el Congreso de la República, señalando lo siguiente³:

“El proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio propuesto en el artículo 3 de la Autógrafa de Ley generaría costos incrementales que no se encuentran presupuestados en las entidades a los que se refiere el artículo 2 de la misma Autógrafa correspondiente a las valorizaciones del nuevo cargo. Asimismo, de aplicarse esta medida, se incurrirían en costos adicionales como la contratación de mayor personal para cubrir los puestos iniciales que lograron ascender.

1 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/02401?opendocument (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

2 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

3 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU04453-20200722.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

La medida sobre el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del persona y técnico administrativo a la que se refiere el Capítulo II, genera costos incrementales. (...) En este sentido, es necesario precisar que el MINSA no cuenta con saldos y/o créditos presupuestarios disponibles para financiar dicha medida en el presente Año Fiscal.

El nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliar asistenciales de la salud a los que se refiere el Capítulo III de la Autógrafa también genera costos incrementales que no han sido estimados y que no se precisa cómo serán financiados.

Asimismo, la modificación del numeral 8.2 del artículo 8 del Decreto Legislativo 1153, Decreto Legislativo que regula la Política integral de Compensaciones y Entregas Económicas del Personal de la Salud al servicio del Estado, a fin de incorporar el literal f), a la que se refiere la Primera Disposición Complementaria Final de la Autógrafa de Ley, también demandará mayores gastos del Tesoro público, debido a que se estaría creando la bonificación por puesto de salud pública para el personal técnico o auxiliar asistencial de salud”.

92. Por su parte, el 20 de agosto de 2020, la Comisión de Salud y Población emitió un dictamen contestando las observaciones en materia presupuestal realizadas por el Poder Ejecutivo⁴. En dicho documento se señaló lo siguiente (p. 28):

“De manera excepcional se autoriza al Ministerio de Salud, ante la pandemia que se vive por efectos del CORONAVIRUS - COVID 19, a efectuar el nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud contratados mediante Contratos MINSA, Contratación Administrativa de Servicios y Servicios No Personales o Locación de Servicios, no comprendidos bajo los alcances de la Ley 30957, para lo cual se establece que es requisito que las plazas o puestos a ocupar se encuentren aprobados en el Cuadro para Asignación de Personal (CAP), en el Cuadro para Asignación de Personal Provisional (CAP Provisional) o en el Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE), y en el Presupuesto Analítico de Personal (PAP), según corresponda. Asimismo, que las plazas o puestos a ocupar se encuentren registrados en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, y cuenten con la respectiva certificación del crédito presupuestario.

Para ello a su vez se autoriza al Ministerio de Salud para realizar modificaciones presupuestarias en el nivel institucional con cargo a la fuente de financiamiento Recursos

⁴ Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200820.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

Ordinarios, a favor de sus organismos públicos y de los Gobiernos Regionales para el financiamiento del proceso de nombramiento autorizado por la presente Ley” (cursivas añadidas).

93. De los párrafos precedentes surge que el Congreso de la República reconoce que con la expedición de la Ley 31039 se genera gasto público, tal como lo advirtió el Poder Ejecutivo en la observación glosada *supra*.
94. Finalmente, el Pleno del Congreso de la República aprobó con 115 votos la insistencia del proyecto de la Ley 31039⁵, siendo promulgada por el presidente de este poder del Estado y publicada el 26 de agosto de 2020 en el diario oficial *El Peruano*.
95. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en nuestro Estado de derecho, el Congreso de la República goza de autonomía constitucional para cumplir con la función legislativa asignada por la Constitución. En ejercicio de estas competencias, este órgano constitucional puede regular una diversidad de materias, siempre que ello no afecte normas constitucionales.
96. En efecto, no puede soslayarse que la atribución constitucional de aprobación de leyes implica un nivel de deliberación y confrontación entre propuestas legislativas, de ahí que el Congreso no se encuentre obligado a coincidir con la observación que realiza el Poder Ejecutivo. Un razonamiento contrario implicaría desconocer las facultades legislativas asignadas por la Constitución.
97. Por lo tanto, el hecho de que la aprobación por insistencia del proyecto de la Ley 31039 por parte del Congreso contradiga los argumentos que ameritaron el ejercicio de la observación por parte del presidente de la República, no vulnera en abstracto la separación de poderes.
98. Sin embargo, debe tomarse en cuenta el principio de separación de poderes, pues como ya se ha señalado, no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido de que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; sino que exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*check and balance of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos (Sentencia 0006-2006-CC/TC, fundamento 15).
99. En la coyuntura actual resulta claramente necesario que los órganos del Estado establezcan relaciones de cooperación especialmente intensas para afrontar la crisis económica y sanitaria, pero, claro está, las medidas que adopten en ejercicio de sus competencias deberán estar acordes con el marco constitucional y resultar, además, razonables y proporcionadas.

5 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Asistencia_y_Votacion/Proyectos_de_Ley/Votacion_Nominal/VNITS02401-20200824.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

100. En el presente caso, como ya se ha dicho *supra*, el principio de cooperación de poderes debe interpretarse a la luz del artículo 118, inciso 17 de la Constitución que reconoce al presidente de la República la competencia para administrar la hacienda pública y tomar en cuenta también el artículo 79 que regula la prohibición a los congresistas de presentar iniciativas que supongan la creación o aumento de gastos públicos.
101. Precisamente, en los incisos 3 y 4 del artículo 2.2 del Decreto de Urgencia 015-2019, Decreto de Urgencia para el Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, se establece:
- “3. En todo dispositivo legal que autorice gastos no previstos en el Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, se debe especificar el financiamiento, bajo sanción de ineficacia de los actos que se deriven de la aplicación de los dispositivos legales.
4. Los proyectos de normas legales que generen gasto público deben contar, como requisito para el inicio de su trámite, con una evaluación presupuestal que demuestre la disponibilidad de los créditos presupuestarios que pueden ser destinados a su aplicación, así como el impacto de dicha aplicación en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, y un análisis de costo-beneficio en términos cuantitativos y cualitativos. La evaluación presupuestaria y el análisis costo-beneficio del proyecto de norma deben ser elaborados por el pliego presupuestario respectivo”.
102. A continuación, este Tribunal analizará si las disposiciones impugnadas de la Ley 31039 resultan conformes con los principios y normas establecidos en la Constitución, que se han desarrollado *supra*.

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31039

6.1 SOBRE EL ASCENSO AUTOMÁTICO EXCEPCIONAL POR AÑOS DE SERVICIO

103. Las reglas que regulan la progresión en la carrera médica y de los profesionales de la salud no médicos, mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio se encuentran en los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039.
104. A fin de evaluar su constitucionalidad debe comenzarse tomando en cuenta que las reglas que regulan el ascenso del personal de salud en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en la Ley 23536, cuyo artículo 20 ya fue citado *supra*.
105. Por su parte, en el artículo 40 del reglamento de dicha ley (el Decreto Supremo 019-83-PCM) se establece: “los Concursos de Ascenso se realizarán anualmente por niveles en cada línea de carrera, siempre que exista la vacante y la disponibilidad presupuestal”.
106. Las disposiciones antes mencionadas permiten advertir que el ascenso de los profesionales de la salud solo se realiza mediante concurso de méritos y previo cumplimiento de los requisitos del nivel inmediato superior; ello en observancia de los principios de meritocracia, transparencia e igualdad.

107. Es necesario subrayar que las reglas impugnadas, relacionadas con la progresión de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales del sector salud, requieren de disponibilidad presupuestal para afrontar los gastos que demande su implementación.
108. Si bien el legislador goza de discrecionalidad para la regulación de los regímenes laborales en el sector público, ello no implica la libertad de presentar iniciativas que creen o aumenten el gasto público. La regulación que se efectúe, además, debe ser conforme a los principios que orientan el ejercicio del servicio público. Dichos principios son la meritocracia, transparencia, e igualdad ante la ley.
109. El principio de meritocracia representa un incentivo dirigido al personal de salud, para aspirar a los referidos ascensos. Por ello, esto optimiza la productividad del personal de salud en sus labores, lo que repercute en un beneficio para la población.
110. Como es evidente, los ascensos del personal de salud suponen la preexistencia de plaza vacante y de disponibilidad presupuestal, sin los cuales se imposibilita su ejecución.
111. Como se ha señalado en los fundamentos *supra*, el ascenso automático del personal de salud se ha efectuado excepcionalmente mediante la Ley 29951, que regula el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y la Ley 30114, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.
112. Como es obvio, las leyes de presupuesto cuentan con la iniciativa del Poder Ejecutivo e incluyen un análisis del equilibrio presupuestal y financiero. Precisamente, el respeto al principio de equilibrio presupuestal representa un límite a la administración pública al momento de promover el aumento del gasto público.
113. En lo que respecta a la progresión de la carrera médica mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio, el Proyecto de Ley 4913/2020-CR –uno de los que dieron lugar a la ley impugnada en el presente proceso– reconocía lo siguiente:

“Esta iniciativa implica un gasto al erario público, sin embargo, la finalidad que persigue otorga un beneficio mayor para los profesionales de la salud, y, por ende, para la población en general como receptora de la atención de salud”⁶.
114. Conviene tener en cuenta que, en el Informe 0976-2020-EF/53.04, del 26 de agosto de 2020, de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (obstante a fojas 74 del expediente virtual), se señala lo siguiente sobre la ley materia de la demanda de autos:

“El proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio propuesto en el Capítulo I generará costos incrementales, debido a que las entidades a las que se refiere el artículo 2, no cuentan con los créditos presupuestarios para financiar las valorizaciones

6 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 9. Recuperado de: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04913_20200326.pdf (Consulta realizada el 27 de noviembre de 2020).

correspondientes al nuevo cargo, así como tampoco se han programado los recursos para financiar esta medida durante el Año Fiscal 2021. Asimismo, en el presente Año Fiscal y en los subsiguientes, se incurrirán en costos adicionales para la contratación de mayor personal para cubrir los puestos iniciales que lograron ascender”.

115. En dicho informe (a fojas 76 del expediente virtual) se precisa el costo diferencial que implicaría la implementación de los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039 (ascenso automático de los profesionales de la salud) ascendería a S/ 216 902 739,77.
116. De lo detallado *supra* se advierte que el financiamiento del programa de ascensos del personal de salud por años de servicio, demanda fondos del tesoro no previstos en las leyes presupuestales del sector público y las iniciativas no contaron con la intervención del Poder Ejecutivo.
117. A esto hay que añadir que la actual situación económica del país obliga a todos los órganos y poderes del Estado a proceder de un modo especialmente cauteloso y prudente en el manejo de los recursos públicos, ya que se requiere enfrentar la crisis sanitaria y el impacto que esta produjo en la economía nacional.
118. Precisamente, nuestra Constitución concibe un conglomerado de disposiciones relacionadas a la competencia de la administración de la hacienda pública y el principio de equilibrio presupuestal, para que las propuestas legales que demanden fondos del tesoro público sean acordes con las disposiciones constitucionales en materia presupuestaria.
119. En el presente caso, es evidente que las iniciativas que condujeron a la aprobación de la Ley 31039 sobre el ascenso automático excepcional al personal de salud, han ignorado los principios que orientan la Constitución en materia presupuestaria. Específicamente, al demandar fondos presupuestales para el financiamiento del programa de ascensos, han trasgredido las competencias del Poder Ejecutivo en la administración de la hacienda pública y la prohibición constitucional de los congresistas de crear gasto público en una materia ajena a su presupuesto.
120. Además, como se puede advertir de los párrafos precedentes, la ejecución del programa de ascenso automático al personal de salud, establecido en los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039, implica un gasto público no previsto en el pliego presupuestal de los órganos de la administración pública, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal.
121. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039.

5.2 SOBRE EL CAMBIO DE GRUPO OCUPACIONAL Y CAMBIO DE LÍNEA DE CARRERA

122. Las disposiciones que regulan el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal profesional y técnico administrativo del sector salud se encuentran en los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 31039.

123. Como ya se señaló *supra*, mediante la Ley 30657 se autorizó el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal de la salud del Ministerio de Salud, de sus organismos públicos, y de las Unidades Ejecutoras de Salud de los Gobiernos Regionales. En esa oportunidad, el Poder Ejecutivo presentó una iniciativa legislativa que abordaba el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera (cfr. p. 42 de la contestación de la demanda de autos).
124. Queda claro, entonces, que en este caso hubo un proceso de cooperación entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, con el fin de que la ejecución del plan de cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal de salud esté acorde con los principios presupuestales que emanan de la Constitución.
125. De las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, cuatro de ellas promovieron el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera para el personal de salud. Respecto al análisis costo-beneficio establecían lo siguiente:

PL 5221/2020-CR⁷	“En ese sentido el financiamiento de la presente propuesta legislativa sería cubierto cargo a los saldos presupuestales del Ministerio de Salud, la sostenibilidad presupuestal para los siguientes años deberá ser garantizado por cada una de las entidades comprendidas en el Decreto Legislativo 1153”.
PL 5144/2020-CR⁸	“La presente propuesta legislativa busca reivindicar los derechos del personal de salud (...). Su aprobación, no compromete ninguna partida presupuestal para su implementación, ni menos estará obligado a realizar transferencia financiera alguna, tampoco compromete el sistema de inversión en el sector, por el contrario, se sujeta al presupuesto de Salud asignado”.
PL 5062/2020-CR⁹	“El presente proyecto no irroga gasto alguno al erario nacional, por tratarse de una propuesta de naturaleza declarativa de necesidad pública e interés nacional que busca beneficiar a un número importante de profesionales y técnicos administrativos (...)”.
PL 5049/2020-CR¹⁰	“Debemos entender que el costo económico de estas medidas es una contribución a resolver costos mayores y, de no adoptarse (sic). La presión social que generan las medidas de emergencia nacional sanitaria debe reducirse, con el sacrificio de todos los agentes económicos”.

7 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05221-20200515.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

8 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05144_20200507.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

9 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, pp. 7-8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05062_20200424.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

10 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05049-20200422..pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

126. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el dictamen del proyecto de la Ley 31039, respecto al análisis costo-beneficio del cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera, ignoró el análisis económico y el impacto financiero de su implementación. Así pues, en el referido dictamen se refirió solo que la presente iniciativa legislativa no contraviene la Constitución, ya que:

“en su gran mayoría es cubierta por los pliegos presupuestarios de los respectivos sectores responsables de ejecutar esta norma”¹¹.

127. Precisamente, esta indeterminación en el financiamiento del programa de cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera fue observado por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, el Congreso justificó la aprobación por insistencia de la Ley 31039, señalando lo siguiente:

“(…) lo que se pretende para el año fiscal 2020, es autorizar de manera excepcional al Ministerio de Salud, sus organismos públicos y a los gobiernos regionales, para que realice, el cambio de grupo ocupacional y línea de carrera del personal de la salud, tal como lo contempla el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1153, Decreto Legislativo que regula la política integral de compensaciones y entregas económicas del personal de la salud al servicio del Estado y técnico administrativos con profesión de la salud”¹².

128. Corresponde señalar que en el caso del Decreto Legislativo 1153, la norma fue desarrollada por el Poder Ejecutivo a partir de las facultades delegadas por el Congreso, mientras que en el de los proyectos que condujeron a la aprobación de la Ley 31039 no ha existido una labor de cooperación entre poderes.

129. Conviene tener en cuenta que, en el ya citado Informe 0976-2020-EF/53.04 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (a fojas 75 del expediente virtual), se indica lo siguiente sobre la ley aquí impugnada:

“La medida sobre el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal profesional y técnico administrativo a la que se refiere el Capítulo II, también genera costos incrementales. Al respecto, sobre el financiamiento de dichos costos, en el artículo 11 señala lo siguiente: “(…) La diferencia económica entre la plaza actual y la nueva plaza que se crea para el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera se financia con cargo a los saldos presupuestales de Salud

11 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 19. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

12 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 21. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200820.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

(...)

En ese sentido, es necesario precisar que el Ministerio de Salud no cuenta con saldos y/o créditos presupuestarios disponibles para financiar dicha medida en el presente Año Fiscal. Así, cabe señalar que el citado pliego, a través del Oficio N 1545-2020-SG/MINS, remitió a este Ministerio un proyecto de Decreto de Urgencia para, entre otros, financiar la diferencia económica para el cambio de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera con cargo a los recursos de la Reserva de Contingencia hasta por la suma de S/18 661 590,00”.

130. En dicho informe (a fojas 77 del expediente virtual) se detalla además que el costo diferencial para la implementación de los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Disposición Complementaria Final Cuarta de la Ley 31039 ascendería a S/19 721 705,99.
131. De lo señalado *supra* se advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 31039, implican, necesariamente, un incremento en el presupuesto público de las entidades empleadoras del personal de salud, lo cual trasgrede el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la creación o aumento del gasto público.
132. Como ya se señaló en los párrafos precedentes, la aprobación de medidas que demanden gasto público requiere de la participación del órgano administrador de la hacienda pública, que es el Poder Ejecutivo, lo cual no ocurrió en el presente caso.
133. Además, se advierte que la implementación de dichas medidas desconoce los principios presupuestales de la Constitución, en tanto que su ejecución exige un incremento de recursos del tesoro público en las entidades ejecutoras del cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal reconocido en el artículo 78 de la Constitución.
134. En la contestación de la demanda se señala que el Poder Ejecutivo “no puede emplear a la Ley de Presupuesto del Sector Público, bajo la justificación de la austeridad y la racionalidad en el gasto, como una herramienta para limitar en forma sistemática el derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud, a través de limitaciones presupuestarias anualmente presentadas y mantenidas en forma indefinida, como si el Perú se encontrara en una crisis financiera y económica perpetua” (fojas 52 del escrito de contestación de la demanda disponible en el cuadernillo virtual).
135. Este Tribunal considera oportuno subrayar que, si bien la iniciativa presupuestal corresponde al Poder Ejecutivo, la ley de presupuesto es aprobada por el Congreso de la República y, por ende, se requerirá que ambos poderes cooperen para la adecuada atención del presupuesto destinado al sector salud.
136. Por las razones expuestas, corresponde estimar la demanda en este extremo, y en consecuencia declarar inconstitucionales los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 31039.

6.3 SOBRE EL NOMBRAMIENTO AUTOMÁTICO EN EL RÉGIMEN LABORAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 276

137. Las disposiciones que regulan el nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales del sector salud al régimen laboral del Decreto Legislativo 276, se encuentran en los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039.
138. De las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, cuatro de ellas promovieron el nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276. Sobre el análisis costo-beneficio establecían lo siguiente:

PL 5013/2020-CR¹³	“La implementación de lo dispuesto en la presente Ley se financia con cargo al presupuesto de MINSA, sin demandar mayores recursos al tesoro público ni afectar el gasto e inversión material, infraestructura y demás elementos necesarios para prestación idónea de los servicios de salud, y respetando las disposiciones legales presupuestales”.
PL 5142/2020-CR¹⁴	“La aprobación del presente proyecto de ley, no contraviene a la Constitución Política del Estado ni irroga gasto al erario público (...). Por el contrario, el presente proyecto de ley busca mitigar el pánico social en cuanto a la pedida (sic) de estabilidad laboral y favorece la lucha frente a las consecuencias negativas ocasionadas por el COVID-19, ya que establece mecanismos legales para mitigar sus efectos sociales y económicos”.
PL 5143/2020-CR¹⁵	“El proyecto no irroga costo al tesoro público, su propósito es lograr que se continúe con el proceso de nombramiento, constituyendo en estos momentos una necesidad debido a los momentos difíciles que atraviesa nuestro país, frente a la emergencia sanitaria decretada, para el control, disminución y erradicación de la pandemia”.
PL 5167/2020-CR¹⁶	“La presente iniciativa no genera gasto, ya que el financiamiento de su ejecución es con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Salud, más aún porque la propuesta propone facultar a la entidad a realizar las modificaciones presupuestales siempre y cuando estas no contravengan las inversiones en salud y en infraestructura (...)”.

13 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 6. Recuperado de: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05013-20200406.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

14 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 7. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05142_20200507.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

15 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 5. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05143_20200507.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

16 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 9. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05167-20200512.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

139. Respecto al financiamiento del nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud, el dictamen de la Comisión de Salud y Población menciona lo siguiente:

“La implementación de lo dispuesto en la presente Ley se financia con cargo al presupuesto de MINSA, sin demandar mayores recursos al tesoro público ni afectar el gasto e inversión en material, infraestructura y demás elementos necesarios para la prestación idónea de los servicios de salud, y respetando las disposiciones legales presupuestales. El nombramiento automático de los trabajadores contratados mediante Contratos MINSA, CAS, por Servicios No Personales y/o Locación de servicios; en el sector salud será financiado a través de la conversión de plazas inorgánicas a orgánicas del presupuesto de salud aprobado”¹⁷.

140. El Poder Ejecutivo, en la observación a la autógrafa de la Ley 31039, refirió:

“El nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliar asistenciales de la salud a los que se refiere el Capítulo III de la Autógrafa también genera costos incrementales que no han sido estimados y que no se precisa cómo serán financiados”.

141. Debe tomarse en cuenta que, como ya hemos señalado *supra*, en nuestro ordenamiento jurídico existe todo un conjunto de normas que regulan las competencias de los órganos y poderes del Estado con el fin de evitar el desbalance en el presupuesto público. Las iniciativas que creen o aumenten el gasto público deben respetar, además, los principios de equilibrio y estabilidad presupuestal.
142. De ahí que sea necesario que, ante propuestas que creen o aumenten el gasto público, se requiera la participación del Poder Ejecutivo como órgano encargado de la administración de la hacienda pública.
143. Como se ha señalado *supra*, el ejercicio de dicha competencia debe contrastarse con los principios que orientan las disposiciones de la Constitución sobre equilibrio presupuestal y estabilidad presupuestaria como freno al endeudamiento público.
144. Conviene tener en cuenta que, según el Informe 0976-2020-EF/53.04 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (a fojas 77 del expediente virtual), el costo de la implementación de los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039 se ha estimado en un total de S/ 1 154 301 122,77.
145. De lo señalado *supra* se advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039, implican, necesariamente, un

¹⁷ Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 24. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

incremento en el presupuesto público de las entidades empleadoras del personal de salud, lo cual trasgrede el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la creación o aumento de gasto público.

146. Además, se desprende de la aprobación de la Ley 31039, que el Congreso de la República ha vulnerado las competencias del Poder Ejecutivo respecto a la administración de la hacienda pública. Dicha competencia exige que los proyectos de ley que demanden fondos del presupuesto público anual o de las reservas del tesoro público, sean desarrollados en coordinación con el Poder Ejecutivo.
147. Por lo expuesto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039.

6.4 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA QUE EL PERSONAL CAS DE ESSALUD SEA INCORPORADO AL RÉGIMEN DEL DECRETO LEGISLATIVO 728

148. Las disposiciones que regulan la modificación de los requisitos para que el personal CAS de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728 se encuentran en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039.
149. Cabe señalar que, según el artículo 39 de la LOPE, EsSalud constituye una entidad administradora de fondos intangibles de seguridad social. Asimismo, conforme al artículo 1.2 de la Ley 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (EsSalud), esta entidad tiene por finalidad:
- “(…) dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos”
150. El artículo 11 de la citada ley dispone además que “los recursos que administra EsSalud; de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución Política del Perú, son intangibles y no pueden ser destinados a fines distintos a los de su creación, y se constituyen por:
- a) Los aportes o contribuciones de los afiliados del Seguro Social de Salud (EsSalud), incluyendo los intereses y multas provenientes de su recaudación;
 - b) Sus reservas y el rendimiento de sus inversiones financieras;
 - c) Los ingresos provenientes de la inversión de sus recursos;
 - d) Los ingresos por los seguros de riesgos humanos y las prestaciones de salud a no asegurados; y,
 - e) Los demás que adquiera con arreglo a Ley”.
151. El último párrafo del artículo 8 de la Ley 26790 dispone que, de conformidad con el artículo 12 de la Constitución, estos recursos son intangibles y “sólo pueden ser

empleados en la administración, producción, generación de infraestructura, otorgamiento de prestaciones, en la constitución de reservas técnicas y en las inversiones o colocaciones que sean necesarias para su adecuada rentabilidad”.

152. La intangibilidad a la que alude el artículo 12 de la Constitución tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago o cobertura de beneficios acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental (Sentencia 0014-2007-AI/TC, fundamento 31).
153. A fojas 96 y 97 del expediente virtual, el Poder Ejecutivo adjuntó el Informe 1727-2020-MTPE/4/8, que da cuenta de la grave situación económico-financiera que atraviesa EsSalud:
 - a. Reducción de ingresos por más de S/ 1,200 millones de soles en el año 2020 debido a que gran parte de las empresas dejaron de pagar aportaciones a EsSalud por sus afiliados.
 - b. Incremento de gastos por más de S/ 1,675 millones de soles generados por la contratación temporal de personal asistencial bajo la modalidad CAS y por la adquisición de bienes estratégicos, contratación de servicios complementarios, adquisición de equipamiento médico, ampliación de oferta de camas hospitalarias y camas UCI, entre otros.
 - c. Como consecuencia de la reducción de ingresos y el incremento de los gastos de EsSalud, esta institución estaría culminando el presente año con un déficit económico de más de S/ 2,500 millones de soles.
154. Conviene tener en cuenta que la actual crisis sanitaria por la que atraviesa el país ha obligado a que el Poder Ejecutivo destine recursos económicos a EsSalud con el fin de afrontar esta crisis. Al respecto pueden observarse las siguientes medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo:

Resolución Ministerial 071-2020-TR.	Transferencia financiera con la finalidad de Financiar la habilitación, implementación, adecuación y operación de la Villa Panamericana que realice el Seguro Social de Salud - EsSalud para el tratamiento de pacientes confirmados con el COVID-19 y sospechosos sintomáticos, asegurados y no asegurados.
Resolución Ministerial 081-2020-TR	Transferencia financiera con la finalidad de financiar la habilitación, implementación, adecuación y operación de dos torres adicionales de la Villa Panamericana para la atención de pacientes confirmados por el COVID-19 y sospechosos sintomáticos, asegurados y no asegurados.
Resolución Ministerial 086-2020-TR	Transferencia financiera con la finalidad de pagar los subsidios por incapacidad temporal para pacientes diagnosticados con COVID-19.

Resolución Ministerial 091-2020-TR	Transferencia financiera para financiar la implementación de centros de atención y aislamiento temporal a nivel nacional previstos en el artículo 2 del Decreto de Urgencia 055-2020
Resolución Ministerial 124-2020-TR	Transferencia financiera para financiar la implementación de centros de atención y aislamiento temporal a nivel nacional previstos en el artículo 2 del Decreto de Urgencia 055-2020.
Resolución Ministerial 128-2020-TR	Transferencia financiera con la finalidad de financiar la continuidad de las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud del Seguro Social de Salud – EsSalud y el otorgamiento de la “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID 19”.
Resolución Ministerial 146-2020-TR	Transferencia financiera para financiar la continuidad de la implementación y operación de novecientos doce (912) camas de la Villa Panamericana que realice el Seguro Social de Salud (EsSalud), para el tratamiento de pacientes confirmados con el COVID-19 y sospechosos sintomáticos, asegurados y no asegurados en el marco de lo establecido en el numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto de Urgencia 030-2020.
Resolución Ministerial 175-2020-TR.	Transferencia financiera para Financiar la operatividad de los Centros de Atención y Aislamiento Temporal denominados “Sede la Videnita” ubicado en el departamento de Piura y “Sede Cerro Juli” ubicado en el departamento de Arequipa, con cargo a los recursos transferidos al Pliego Ministerio de Salud, en el marco del artículo 3 del Decreto de Urgencia 055-2020.

155. De las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, cuatro de ellas promovieron la modificación de los requisitos para que el personal CAS de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728. Respecto al análisis costo-beneficio establecían que:

PL 5070/2020-CR¹⁸	“El presupuesto para el pago de las remuneraciones del personal que presta servicios en el Seguro Social de Salud-EsSalud, se financia con recursos provenientes de los aportes de los empleadores del sector público y privado, por lo que su implementación no demandará gastos al erario público”.
PL 5165/2020-CR¹⁹	“La presente propuesta legislativa se implementará a través del financiamiento con cargo al presupuesto de EsSalud, sin que demande recursos al tesoro público ni afecte el gasto e inversión en material, infraestructura y demás elementos necesarios para la prestación idónea de los servicios de salud, y respetando las disposiciones legales presupuestales”.

18 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 4. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05070_20200424.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

19 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 6. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05165-20200512.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

PL 5168/2020-CR²⁰	“Los recursos que implique la aplicación de la propuesta legislativa se afrontarán con el presupuesto de la entidad. Además, se debe tomar en cuenta que el otorgamiento de beneficios y estabilidad laboral no puede entenderse como un simple gasto, por lo que se pueden recortar otros gastos en la entidad que no afecten su misión, garantizando que cumpla con sus responsabilidades sociales en concordancia con su finalidad”.
PL 5219/2020-CR²¹	“La presente propuesta legislativa no genera gasto adicional al Estado, se financia con cargo al presupuesto de los sectores de salud implicados. Al tener una aplicación progresiva permitirá a la entidad cumplir con la presente Ley, con arreglo a su presupuesto institucional”.

156. Este Tribunal advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039, aumentan la demanda de fondos del tesoro público y, por lo tanto, afectan el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la presentación de iniciativas que supongan la creación o aumento del gasto público.
157. Adicionalmente, como ya se señaló *supra*, EsSalud está atravesando una situación de crisis económica debido a la reducción de sus ingresos operativos y al incremento de sus gastos, producto de la emergencia sanitaria del COVID-19. Dicha situación impuso al Poder Ejecutivo la necesidad de realizar diversas transferencias financieras de las que se diera cuenta *supra*.
158. A propósito, en cuanto al impacto económico de la ley impugnada en el presupuesto de EsSalud, el Poder Ejecutivo (a fojas 9 del expediente virtual) cita el Informe 1727-2020-MTPE/4/8, del 25 de agosto de 2020, donde se indica:

“En el contexto actual, debido a la pandemia ocasionada por el COVID-19, EsSalud ha requerido de unas ayudas excepcionales para poder afrontar sus costos que se han evidenciado con una serie de transferencias financieras de parte del Ministerio de Economía y Finanzas para la atención oportuna de los pacientes contagiados de la referida enfermedad, autorizadas extraordinariamente por decretos de urgencia (...).

Las transferencias de recursos financieros antes expuestas se han efectuado teniendo en consideración la precaria situación financiera de EsSalud (...). En total, EsSalud ha recibido del Tesoro Público la cantidad de S/ 289' 902,493.00 (doscientos

20 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05168-20200512.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

21 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 11. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05219-20200515.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

ochenta y nueve millones novecientos dos mil cuatrocientos noventa y tres con 00/100 Soles) para afrontar los gastos necesarios en este contexto de pandemia.

En ese sentido, para afrontar una nueva incorporación de personal CAS al régimen 728, como parece pretender la Ley, se requeriría que el Ministerio de Economía y Finanzas efectúe un nuevo desembolso de recursos financieros que se destinarían a cubrir esta nueva carga de personal, lo que generaría un gasto no previsto para el Tesoro público. La aplicación de esta Ley generaría un desequilibrio en la programación presupuestal tanto de EsSalud como a nivel de toda la Administración Pública porque se destinarán recursos financieros a aspectos no previstos desatendiendo otras necesidades que ya estaban planificadas”.

159. Asimismo, el demandado no ha desvirtuado la imputación formulada en la demanda (p. 19), respecto a que el artículo 18 de la ley impugnada vulnera la prohibición de retroactividad de la ley (artículo 103 de la Constitución) cuando modifica el literal a) del artículo 3 de la Ley 30555. En efecto, el demandado, sin absolver este cargo, se ha limitado a señalar: “resulta evidente que la finalidad de la Ley 31039, objeto de control, es modificar la fecha de referencia para verificar el cumplimiento del requisito de haber estado laborando en EsSalud *“de forma continua dos años como mínimo”*, con el fin de que proceda la incorporación de los trabajadores (...) bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) al régimen laboral del Decreto Legislativo 728” (p. 92 de la contestación de la demanda).
160. A la vista de todo lo anterior, este Tribunal concluye que los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039 colisionan con el principio de equilibrio presupuestal por cuanto los mayores gastos que exige su implementación trasgreden lo dispuesto por el artículo 78 de la Constitución.
161. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039.

6.5 SOBRE LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE LOCADORES BAJO EL RÉGIMEN CAS

162. La contratación directa de locadores bajo el régimen CAS se establece en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 31039, que señala lo siguiente:

“De manera transitoria a los procesos de incorporación bajo el Decreto Legislativo 276 y el Decreto Legislativo 728 según corresponda en las diversas entidades públicas del sector salud, se dispone la contratación directa e inmediata, mediante el régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS), al personal profesional de la salud: médico, no médico y personal técnico y auxiliar asistencial de la salud del Ministerio de Salud, Seguro Social de Salud (EsSalud), y Sanidad de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que se encuentran contratados por la modalidad de servicios de terceros (locación de servicios), ante el riesgo de contagio de enfermedades altamente infecciosas como el COVID-19 y otros.

Para cumplir con lo dispuesto en la presente norma, exonérese al Ministerio de Salud, Seguro Social de Salud (EsSalud), y Sanidad de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, del concurso público establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y su reglamento, para la contratación directa e inmediata de los contratados por servicios de terceros”.

163. Este Tribunal advierte que de las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, dos de ellas promovieron la contratación directa de locadores bajo el régimen CAS. Respecto al análisis costo-beneficio establecían que:

PL 5197/2020-CR²²	“La contratación en el régimen CAS permitirá garantizar que el personal de salud pueda contar con un seguro de salud a través de EsSalud y gozar de las licencias de ley en caso se le diagnostique COVID-19, así como tener acceso al seguro de vida y seguro complementario de trabajo de riesgo. Asimismo, para efectos de esta contratación, se hace necesario que se adopten las previsiones presupuestales necesarias para que el ingreso neto del trabajador no se vea reducido”.
PL 5035/2020-CR²³	“La iniciativa legislativa no demanda gastos al tesoro público, lo que hace es regularizar la situación contractual de prestación de servicios (Locación de servicios) del profesional médico, profesional no médico, personal técnico y auxiliar asistencial de la salud (...), con recursos a cargo de las entidades contratantes, previstos para la contratación de servicios de terceros. (...)”.

164. Como ya se ha señalado en repetidas ocasiones a lo largo de esta sentencia, la presentación de iniciativas legislativas que supongan la creación o aumento de gastos del tesoro público debe contar necesariamente con la participación del Poder Ejecutivo, que es el órgano administrador de la hacienda pública (artículo 118, inciso 17 de la Constitución), lo cual no ha ocurrido en el presente caso.
165. Este Tribunal advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 31039 aumentan la demanda de fondos del tesoro público y, por lo tanto, afectan el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la presentación de iniciativas que supongan la creación o aumento del gasto público.

22 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 11. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05197-20200514.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

23 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. pp.8-9. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05035-20200417.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

166. Por ello, para este Tribunal, la ley impugnada desconoce los principios presupuestarios de la Constitución, en tanto que su ejecución exige un incremento de recursos del tesoro público en las entidades ejecutoras de la contratación directa de personal en el régimen CAS, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal reconocido en el artículo 78 de la Constitución.
167. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucional la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 31039.

6.6 SOBRE LA CREACIÓN DE UNA ENTREGA ECONÓMICA AL PERSONAL DE SALUD

168. Las normas que regulan la creación de una entrega económica al personal de salud se encuentran en las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda y Tercera de la Ley 31039.
169. En el presente caso, este Tribunal nota que de las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, dos de ellas promovieron la entrega económica al personal de salud. Respecto al análisis costo-beneficio, estas indicaban lo siguiente:

PL 4914/2020-CR²⁴	“Esta iniciativa implica un gasto al erario público, sin embargo, la finalidad que persigue otorga un beneficio mayor para el personal técnico y auxiliar asistencial de la salud, y, por ende, para la población en general como receptora de la atención de salud”.
PL 4453/2020-CR²⁵	“(…) los montos de la bonificación señalada, lo establecerán (sic) el Ministerio de Salud con el Ministerio de Economía y Finanzas y será aprobado mediante Decreto Supremo, razón por la cual, el costo de su implementación de la presente Ley (sic), dependerá de los montos fijados por dichos sectores”.

170. Respecto al financiamiento de la entrega económica al personal de salud, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, el 20 de mayo de 2020, emitió un dictamen donde señala lo siguiente:

“(…) La iniciativa no generará mayor gasto al erario nacional, dado que se implementará con cargo a los recursos públicos de las entidades del sector salud y de los gobiernos regionales, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Cabe precisar que los montos de la bonificación señalada lo establecerán el Ministerio de Salud con el Ministerio de Economía y Finanzas y será aprobado mediante

24 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 11. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04914-20200326.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

25 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 6. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0445320190611.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

Decreto Supremo, razón por la cual, el costo de su implementación de la presente Ley dependerá de los montos fijados por dichos sectores”²⁶.

171. Según el Informe 0976-2020-EF/53.04 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (a fojas 78 del expediente virtual), el costo del financiamiento de la entrega económica al personal de salud asciende a S/ 197 802 000,00.
172. En el presente caso, es evidente que las iniciativas que condujeron a la aprobación de la Ley 31039 han ignorado los principios que orientan la Constitución en materia presupuestal. Específicamente, al demandar fondos presupuestales para el financiamiento de la entrega económica al personal de salud, se ha trasgredido la prohibición constitucional de que los congresistas creen o aumenten el gasto público en una materia ajena a su presupuesto y se afecta, además, la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública.
173. Además, como se puede advertir de los párrafos precedentes, la ejecución del programa de creación de una entrega económica al personal de salud implica un gasto no previsto en el pliego presupuestal de los órganos de la administración pública, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal.
174. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda y Tercera de la Ley 31039.
175. Atendiendo a que el artículo 1 describe el objeto de la ley en referencia a las disposiciones declaradas inconstitucionales por los fundamentos expuestos *supra*, corresponde igualmente declararlo inconstitucional por conexidad, de conformidad con el artículo 78 del Código Procesal Constitucional.
176. En relación con el artículo 2 de la ley, que delimita su ámbito de aplicación, corresponde que se mantenga en el ordenamiento por cuanto se relaciona con la Quinta Disposición Complementaria Final que no fuera impugnada por el Poder Ejecutivo.
177. Finalmente, este Tribunal Constitucional considera indispensable señalar que la inconstitucionalidad de la ley no implica que no se pueda regular el ascenso del personal de salud o el cambio de línea de carrera y grupo ocupacional, entre otros beneficios. En efecto, dichas iniciativas podrán darse siempre que se respeten las normas y principios constitucionales identificados en la presente sentencia.

26 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 29. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 1 y 3 al 20, la Única Disposición Complementaria Transitoria y las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 31039.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE FERRERO COSTA

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ**

Las mejoras remunerativas y de condición laboral no se pueden conseguir por cualquier medio y a cualquier costo. El fin no justifica los medios.

1. Adicionalmente a lo expuesto en la sentencia, considero necesario resaltar la importancia que tiene el trabajo conjunto entre trabajadores, poder ejecutivo y poder legislativo en la mejora de las condiciones laborales de las personas que laboran en el sector de salud pública de nuestro país. Es mediante este trabajo conjunto que se deben conseguir tales mejoras y no mediante la imposición de una ley que regule un gasto público no presupuestado.
2. Cuando el poder legislativo expide leyes que crean gasto público no presupuestado genera a su vez graves consecuencias: en primer lugar, una expectativa ciudadana que de todas formas se verá frustrada por haberse dictado contraviniendo los mandatos constitucionales; en segundo lugar, el inicio y desarrollo de actividades administrativas que se verán interrumpidas y anuladas, con el consecuente gasto en recursos humanos y económicos; y, en tercer lugar, una actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional que podría evitarse y así priorizar la atención de casos urgentes en materia de libertad personal, pensiones, entre otros derechos.
3. Existen casos constitucionales que se pueden generar legítimamente a partir de dudas sobre el significado de una disposición constitucional. Así, por ejemplo, las disposiciones que tienen que ver con expresiones como “dignidad humana”, “trato inhumano”, “adecuada protección contra el despido arbitrario”, etc. Pero también existen casos que no conllevan ninguna duda sobre el significado de una disposición constitucional. Esto es lo que sucede por ejemplo con el artículo 79 de la Constitución, cuando establece que: “Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”. Aquí resulta clara la regla según la cual el poder legislativo no puede crear ni aumentar gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. En tal sentido, si la regla constitucional es de la máxima claridad, la ley que cree gasto o aumente público está condenada irremediablemente a ser posteriormente expulsada del ordenamiento jurídico por resultar inconstitucional.
4. Si esto lo saben en el poder legislativo, pues éste es también un intérprete de la Constitución, ¿por qué se expiden estas leyes que crean o aumentan gasto público? Pueden darse variadas respuestas desde lo político, lo social, lo electoral, etc., pero lo que no puede permitirse es la manifiesta vulneración de la Constitución.

5. La Constitución constituye una norma vinculante y por ello de obligatorio cumplimiento por todos. Ésta recoge un contrato social que contiene los acuerdos indispensables para que en nuestra sociedad se respete la libertad y la igualdad, para que se pueda vivir en paz y armonía, para que se pueda lograr un tipo de desarrollo que beneficie a todos y para que todas las personas, más allá de sus diferencias, puedan lograr una igual participación en los beneficios del Estado, de la sociedad y de la cultura.
6. Lo expuesto, trae a colación lo que se ha venido en denominar el “constitucionalismo social”. Una de las características principales de este constitucionalismo es el intento de protección de una serie de derechos sociales indispensables para la satisfacción de necesidades básicas, y con ello, el despliegue de la propia individualidad y libertad. Los derechos sociales fueron concebidos como una intervención correctora de los poderes públicos, evitando que se continúe con la explotación de las personas más débiles y que la igualdad formal se instituya.
7. Así, el constitucionalismo social exige una participación activa del Estado en la vida económica de la comunidad. En ese sentido, el papel del Estado es preponderante, porque si no existe una acción efectiva, los derechos económicos y sociales no podrán ser satisfechos. En este marco, resulta factible la violación de los derechos, incluso por omisión.
8. Ahora bien, el Tribunal también ha señalado que, en el Estado social y democrático de derecho, la economía social de mercado constituye una de las opciones posibles frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos, con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, accionar que se complementa con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material en las condiciones de vida, además de fundamentarse en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución). (STC 0228-2009-AA, FJ 28; STC 00018-2015-AI, FJ 113).
9. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que la configuración del Estado democrático y social de derecho requiere de dos aspectos básicos (STC 02002-2006-AC, FJ 6):
 - a) La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal, y
 - b) La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.
10. En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también ha señalado que, los llamados derechos prestacionales, esto es, los derechos sociales, no son meras normas

programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente. (STC 10063-2006-AA, FJ 7).

11. En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, sobre el derecho a la salud en el Exp. 02016-2004-PA/TC. Dicha resolución tiene especial importancia dado que el Tribunal Constitucional judicializó con su interpretación el principio de progresividad establecido en la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, a favor de la efectiva realización de los derechos sociales:

11. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derechos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

12. Entonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados, incluso, como deberes de solidaridad que involucran no sólo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad (Adame, Jorge Goddard. Op. Cit., pp. 59-85).

13. El reconocimiento de estos derechos exige, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho (...).

Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido, esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho.

12. Ahora bien, uno de los principales problemas con los que se enfrenta el despliegue de los derechos sociales evidentemente es el de su exigibilidad. No obstante, los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentra consagrado en la Constitución en su artículo 3. De ahí que, el Tribunal Constitucional, señale que la exigibilidad se constituye en una categoría vinculada a la efectividad de los derechos fundamentales, pero no determina si un derecho es fundamental o no. (STC 02002-2006-AC, FJ 14).

13. Es evidente que el Estado peruano no puede deslindarse de sus obligaciones, de modo tal que la efectividad de los derechos económicos sociales “requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho”. (STC 10063-2006-AA, fundamento 8).
14. De todo lo expuesto, es evidente que en el presente caso se exponen múltiples problemas sociales que afectan, en el actual contexto, las condiciones de trabajo del personal de salud, así como también la grave brecha de recursos humanos existente en dicho sector.
15. Esta situación ha sido reconocida por el poder ejecutivo, en el texto de la *Política Nacional Multisectorial de Salud al 2030*. En ella, se da cuenta que para que los recursos humanos en salud puedan desempeñar efectivamente sus funciones, necesitan un salario adecuado, condiciones de trabajo seguras y saludables, un desarrollo profesional continuo, oportunidades profesionales, igualdad de trato y protección social. Esta situación todavía no es óptima en los recursos humanos en salud, principalmente de las zonas más alejadas. (...) Las inadecuadas condiciones de trabajo generan problemas para contratar, distribuir y retener a los recursos humanos en salud, que conlleva a la poca disponibilidad de personal de salud calificado y motivado, originando dificultades el acceso a una atención de salud de calidad²⁷.
16. Es innegable que, dichas falencias tienden a potenciarse en situaciones de crisis sanitaria como la que viene generándose con la Covid-19; no obstante, ello no puede implicar que el acceso a la función pública en el ámbito de salud contravenga los requisitos de ingreso a la carrera pública tal como se pretendía con la cuestionada norma. Y es que, soslayar los principios en los que se enmarca el acceso a la carrera administrativa, es a su vez contravenir los principios inspiradores de un Estado de derecho democrático.
17. Ahora bien, debemos señalar que, en efecto, tal como lo propone el Plan de *Política Nacional Multisectorial de Salud al 2030*, como alternativas de solución a la problemática del limitado acceso a una atención personalizada, debido a brechas en recursos humanos en salud, es necesario que el Estado a través de los sectores pertinentes, formule las estrategias de dotación de recursos humanos en salud para su distribución

27 Cfr.<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1257169/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20Multisectorial%20de%20Salud%20al%202030%20.pdf>

equitativa a nivel nacional, regional y local orientada a mejorar la densidad hacia estándares internacionales; adopte las medidas necesarias para fortalecer las competencias profesionales y humanas de los recursos humanos en salud para responder a las necesidades y expectativas de la población; y, diseñe e implemente un sistema de carrera sanitaria que articule mecanismos de evaluación del desempeño, capacitación y desarrollo y remuneraciones.

18. Como vemos, ya existen antecedentes de trabajo conjunto sobre la problemática que involucra a la ley impugnada, de modo tal que se muestra como posible un trabajo conjunto de los diferentes actores estatales, en el marco de la Constitución, para proteger los derechos sociales involucrados en el presente caso, como son los derechos laborales y de alguna forma el derecho a la salud.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Coincidiendo con lo resuelto en la sentencia, considero pertinente emitir pronunciamiento sobre algunas ternas que son de vital importancia para todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

CONSIDERACIONES AXIOLÓGICAS

§1. EL DERECHO A LA IGUALDAD

1. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento 38). Además, cabe recordar que, el conjunto de los derechos consagrados en nuestra Constitución, encuentran su fundamento último en la dignidad de la persona; de esta manera cuando el artículo 1 de la Ley Fundamental establece que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin del Estado”, está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas, por lo que exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 3).
2. Ahora bien, conforme ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia, la igualdad se configura como principio y como derecho, lo cual supone que debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona (cfr. STC 00018-2003-AI).

Se añade en esta última sentencia, que como principio la igualdad implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Y, como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición,

en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Asimismo, se indica que dicha igualdad implica: (i) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y (ii) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.

3. Conviene aquí precisar que el derecho de igualdad ante la Ley debe ser interpretado a la luz del artículo 14, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 7).

Se añade en esta sentencia que, como principio fundamental, la igualdad debe ser entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el legislador, lo cual se encuentra reconocido, entre otros, 103 y 2, inciso 2 de la Constitución. El primero establece que “[p]ueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)”, y el segundo que “[t]oda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (...)”. Analizando ambas disposiciones en función al principio de interpretación constitucional de concordancia práctica se desprende que:

El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.

(cfr. STC 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento 11)

4. Resulta conveniente hacer notar que el principio- derecho a la igualdad posee además una naturaleza relacional, esto es, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 9).
5. Queda claro entonces que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. La primera de ellas se constituye en un límite para el legislador, ya que la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose proscrito establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite de actuación el principio de igualdad, por cuanto aquellas relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a regular deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 10). Ahora, si bien la segunda manifestación de este principio no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
6. Asimismo, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).
7. Sin embargo, y siendo reflexivos con lo expuesto por nuestra jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la igualdad, considero que no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos²⁸. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.
8. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran

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

en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual. No obstante ello, se tratan de construcciones normativas que nos toca aplicar a efectos de evaluar posibles tratos discriminatorios hasta que se puedan ampliar los alcances de este principio derecho conforme a lo ya anotado supra.

9. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido²⁹.

§2. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA, PROMOCIÓN O ASCENSO Y MERITOCRACIA

10. El derecho de acceso a la función pública constituye un derecho de participación. Constituye así manifestación del status activae civitatis. No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de acceso a la función pública pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. Por ello, el contenido por antonomasia de este derecho es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública (cfr. STC 00025-2005-PI, fundamento 42).

En la precitada sentencia se indica que los contenidos de este derecho son: (i) acceso a la función pública; (ii) ejercerla plenamente; (iii) ascender en la misma; (iv) condiciones iguales de acceso, pero también a las ascenso o promoción. Esto último en razón de que al ser la función pública el bien protegido, su menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la misma (que obviamente incluye el ascenso) puede conducir a una afectación del bien protegido.

11. Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser

29 Ídem, pág. 153.

considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia (cfr. STC 00025-2005-PI, fundamento 52).

12. Así las cosas, existen diversos regímenes laborales de contratación en las entidades del Estado, entre generales y especiales. Con relación a los primeros tenemos cuando menos dos regímenes laborales –alrededor de los cuales giran otros más específicos– los regulados por el Decreto Legislativo 276 y el TUO del Decreto Legislativo 728, denominados Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el primero, y Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, el segundo; respecto a los especiales se identifican los regulados por la Ley 28091, del Servicio Diplomático de la República, Ley 23536, que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud, Ley 29944, de Reforma Magisterial, Ley 28359, de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú (anteriormente regulada por la Ley 28857), entre otros. En todos ellos se regulan requisitos, procedimientos de selección u otros aspectos que son utilizados para encaminar el ingreso del personal de manera meritocrática.
13. Corresponde anotar que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el mérito; y que, conforme a sus competencias (...) el Poder Legislativo ha expedido la Ley 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5 establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas (cfr. STC 05057-2013-PA, fundamento 9). Así, este derecho vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general, lo cual significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (cfr. 00025-2005-PI, fundamento 50).

Es pues el mérito personal y capacidad de las personas (meritocracia), el criterio objetivo que permite superar preferencias de diversa índole, en puridad tratos discriminatorios.

14. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 7, inciso c, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 17 de noviembre de 1988, concordante con el artículo 7, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, de los cuales el Perú es parte suscribiente y, por consiguiente, son leyes de la República, la promoción o ascenso del trabajador dentro de su trabajo es un derecho humano que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, tiene el carácter de derecho constitucional y fundamental. En dicho contexto, y si bien el ascenso en la carrera pública no es un derecho automático del administrado, tampoco la discrecionalidad de la Administración es una facultad ilimitada o abierta a la arbitrariedad. Se ingresa a la carrera pública con miras a

ocupar gradualmente mayores responsabilidades en función de las calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicios. Aplicar criterios distintos en la promoción o ascenso de un trabajador, no previstos en la ley ni basados en los merecimientos, constituye un abuso del derecho de la autoridad llamada a otorgarlos y reconocerlos (cfr. STC 02763-2003-AC, fundamento 6).

15. Asimismo, el derecho de promoción o ascenso se debe dar en igualdad de condiciones, ya que tiene su fundamento constitucional en el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona y en el principio-derecho de igualdad de trato y de oportunidades en la relación laboral (artículos 22 y 26 de la Constitución); y es que, este derecho trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a los trabajadores que se encuentran en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyéndose de este modo a la realización y el desarrollo del trabajador, y a la configuración del trabajo decente (cfr. STC 04331-2008-PA/TC, fundamento 8).
16. Por último, me permito afirmar que la presente sentencia no impide una nueva regulación que permita sentar las bases de una reforma sobre el empleo público en el sector salud y las condiciones laborales, pero deberá gestarse en el marco del diálogo que debe primar entre poderes estatales, pues ello permitirá adoptar políticas públicas de Estado que respeten los derechos fundamentales y demás principios reconocidos por la Ley Fundamental.

S.

MIRANDA CANALES

EXP. N.º 00011-2020-PI/TC

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

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Emito el presente voto en fecha posterior, expresando que coincido con la ponencia presentada en autos, que declara **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1 y 3 al 20, la Única Disposición Complementaria Transitoria y las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 31039.

Lima, 24 de mayo de 2021

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto, porque, si bien comparto la decisión adoptada, considero importante acotar que el denominado derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial, el mérito. Véase al respecto el fundamento 10 del EXP. N.º 05057-2013-PA/CC:

“En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012- PI/TC FJ 56)”.

En efecto, como he tenido oportunidad de señalar en el fundamento de voto que presenté en el expediente EXP. ° 05057-2013-PA/TC; me hallo de acuerdo con el modo en el que se ha resuelto el caso, que concilia con la necesidad de modernización del Estado y con la conveniencia de consolidar una carrera que repose en el mérito.

S.

RAMOS NÚÑEZ

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

El principio de separación de poderes

A mi juicio, la inconstitucionalidad por el fondo de la Ley 31039 radica en que sus dispositivos cuestionados infringen las cláusulas constitucionales de prohibición de iniciativa de gasto de los congresistas y de equilibrio y estabilidad presupuestaria.

Empero, siguiendo la línea de mi voto emitido en el Expediente 0006-2018-PI/TC, para llegar a tal inconstitucionalidad no es necesario formular las divagaciones conceptuales respecto al principio de separación de poderes que contienen los fundamentos 8, 9, 11, 12 y 13 de la sentencia.

Ciertamente, algunos de los “rasgos de identidad” que enumera no corresponden a mi comprensión de dicho principio.

El artículo 43 de la Constitución Política del Perú establece que el gobierno se organiza según el *principio de la separación de poderes*; y es de ese modo que debe ser entendido por sus intérpretes.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Una sentencia técnicamente correcta

Coincido con el sentido de la ponencia presentada como solución al presente caso, pero además creo necesario señalar lo siguiente:

1. Aquí hay una fórmula relativamente fácil y clara de resolver técnicamente la presente controversia. Como bien ya se señaló, lo formalmente aquí discutido se centraba en:
 - a) Permitir el ascenso automático excepcional por años de servicio (artículos 3 a 6 de la norma impugnada)
 - b) Proceder al cambio de grupo ocupacional y cambio de grupo de línea de carrera (artículos 7 al 12 y la Disposición Complementaria Final Cuarta).
 - c) El nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276 (artículos 13 a 17)
 - d) La modificación de los requisitos para que el personal bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (en adelante, CAS) de EsSalud está incorporado al régimen 728 (artículos 18 a 20)
 - e) Contratación directa de locadores de servicios bajo el servicio del régimen CAS (Unica Disposición Complementaria)
 - f) Creación de una entrega económica al personal de salud (1,2,3 Disposición Complementaria y Final)
2. Luego de reseñar que se entiende por separación de poderes y que se entiende por ella, y sus diversas e importantes manifestaciones, el Tribunal resalta que una función del Gobierno es obviamente la de la dirección de la política general del Gobierno, y la administración de la hacienda pública (ver, en rigor, y en el mismo sentido del artículo 46 incisos 3, 4 y 5 de la LOPE, hacerse cargo del presupuesto público, la tesorería y el endeudamiento público).
3. Ahora bien, se reconoce que la colaboración de poderes, tiene múltiples manifestaciones, los cuales pueden llegar a buen puerto si que el Congreso recurre a iniciativas de gasto. Esto es patente en temas como el de la legislación delegada (artículo 104 de la Constitución), y aunque alguna sentencia del Tribunal donde no se admite que el Congreso haya generado gasto, en la misma o se le reclama al Congreso el respeto al principio de disciplina administrativa (Decreto Legislativo 1442 y sus artículos 8.2 y 2 inciso 1. Sin embargo, la sentencia 007-2012-PI/TC, donde en su fundamento

treinta establece los principales límites que el Congreso debería seguir para no incurrir en gasto público, criterios que, si son dejados de lado, generación una situación de inconstitucionalidad manifiesta (fundamento 31).

4. Parece estar entonces constitucionalmente planteado un esquema donde hay prohibición del Congreso de crear gasto (artículo 79), y además, que cuando gasta la autoridad competente debe hacerlo siguiendo el principio de equilibrio presupuestal (artículo 78 de la Constitución). Sobre este principio, que claramente a que la necesidad de medidas del propio Estado le permite alcanzar sus fines, existe la conocida STC 2945-2003-AA/TC, la cual nos dice que “el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responda a los criterios de eficacia de necesidades humanas básicas y de descentralización. En ese contexto, el mismo gasto público y sin control no solamente son legítimos y tienen trascendencia social (ver STC 0012-2013-PI/TV t STC 0013-2012-PI/TC, sobre todo en su fundamento 142).
5. Luego se pasa a evaluar. La carrera del Personal y el financiamiento de sus compensaciones. Se comienza participando de la ley 32536 (Normas generales para regular el trabajo y la Carrera de profesionales de la salud, constatando como el artículo 6 de la ley fija la salud, constatando como el artículo 19 de la Ley 23536. En este contexto, el artículo 20 de la ley 23536, lo que se hace en una evaluación personal, una calificación personal, y una constatación de su tiempo máximo de permanencia, que tiene, según la norma en comento tiene un máximo de veinte según la norma en comento tiene un máximo de veinte años para llegar a lo más alto en su categoría.
6. Complementa lo cuidado en la Ley 28561. Es más, el artículo 6 inciso d) reconoce un derecho a una remuneración equitativa y suficiente, en función a nivel académico, desempeño, rendimiento o productividad y responsabilidad asumidos. Finalmente, los trabajadores(as) administrativos del sector Salud (no tienen labores de asistencia, sino de apoyo al ejercicio de funciones de personal de salud.
7. Todo ello parecía diseñar un escenario perfecto, pero lo planteado estaba en las antípodas de la realidad a regular. Comienza entonces una época donde Presidente y Congreso concertaron Ascensos Automáticos Especiales a plazos presupuestadas, pero sin alguien que la ejerza. Esta fórmula, adoptada en el contexto de dos leyes de presupuesto, fue una respuesta ante las deprimidas remuneraciones y condiciones de trabajo en que ya se encuentran los médicos (as) y el personal no médico en el área de Salud.
8. Es recién el 13 de setiembre de 2017, a propuesta del Gobierno que se dicta la ley 30657, que autoriza el cambio de grupo ocupacional y línea de carrera del personal del Ministerio de Salud, son organismos públicos y las Unidades Ejecutoras de Salud de Gobiernos Regionales. Ahora bien, la realidad demostró que es indispensable que estas fórmulas resulten de la cooperación de poderes, pero que la proyección de lo que quisiera incluirse dependerá del respeto a ciertos parámetros de meritocracia.
9. La meritocracia en la función pública es exigible, tanto a quienes provienen de supuestos de la democracia directa como donde se viva una dinámica representativa. De otro

lado, las SSTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (fundamento 43) plantea, siguiendo los parámetros previstos entre los artículos 39 a 42 de la Constitución (dedicados a la función médica) que los parámetros de acceso o ingreso a la función pública se encuentran impregnadas de una requisitoria por recurrir a la meritocracia y el concurso público de mérito, si es lo que se exige del trabajador(a) acceder o ingresar a la función pública, ejercerla plenamente, ascender dentro de ella y tener iguales condiciones para el ascenso.

10. Lo expuesto sin duda beneficia el desempeño del Estado y lo acerca a la ciudadanía en general, pues ve como por lo menos un sector de la Administración pública valora que se dedique a evaluar la capacidad, méritos, habilidades, idoneidad para el cargo y comportamiento ético. En ese sentido, la STC 006-2012-PI/TC (fundamento 45) y luego la STC 0025-2013-PI/TC (fundamentos 75-76).
11. Los y las trabajadores del sector Salud han sido las principales víctimas de la desidia de muchos Gobiernos y Congresos por materializar un verdadero Plan Integral de Salud, servicio público de la mayor relevancia.
12. La reciente pandemia puso en evidencia los problemas existentes: clamoroso déficit de infraestructura; personal que debió enfrentar a la pandemia muy lejos del mejor escenario, sin implementos necesarios, o con materiales de pobre calidad, obtenidos muchas veces de compras cuya objetividad debe por lo menos discutirse; y la existencia de una incorporación de personal al servicio por fórmulas que en el papel eran la de contratos de locación o de administración de servicios, las cuales escondían convocatorias a plazas a tiempo indeterminado, aquellas que en rigor le correspondían.
13. Ser congresista es sin duda una tarea compleja, y, sobre todo la comprensión de su labor de representación. Ser representante de la circunscripción que me llevó al poder no convierte a un congresista en un gestor de negocios para quienes provienen de su sector electoral; el o la congresista es quien lleva al debate parlamentario los pedidos y reclamos de quienes le (la) eligieron, y en ese espacio, y con esa legitimidad, puede controlar al funcionario(a) corrupto(a), determinado su responsabilidad política; y levantándole incluso la inmunidad, y pudiendo ponerlo a disposición de las autoridades competentes dentro del Ministerio Público y el Poder Judicial, para la determinación de una eventual responsabilidad penal. Todo ello sin descartar que un cuestionamiento por mal desempeño pone a quien fuera alto; funcionario(a) ante la posibilidad de la prohibición de desempeñar cargos públicos.
14. Los y las congresistas, por asumir una representación plural de las diferencias perspectivas ciudadanas parecen ser los indicados para aprovechar el Presupuesto General y para dictar las leyes y normas con rango de ley que dictar las leyes y normas con rango de ley que dicta en su condición de intérprete vinculante ordinario. Pueden incluso investigar hechos de interés público, cuidando eso si no duplicar o distorsionar las tareas que en rigor le toca al Ministerio Público y el Poder Judicial Sin embargo, en un Estado Constitucional, su margen de acción tiene límites cuya relevancia no se puede soslayar.

15. Por ello, un(a) congresista, a pesar de constatar demandas sociales cuya legitimidad nadie cuestiona, o aprecia una duda pendiente por trato desigual, por no decir discriminatorio dentro del sector salud, y se comprende además que en los hechos se ha desnaturalizado contratos CAS cuando debería recurrir a un régimen 728, no es pues el organismo habilitado para, aprovechando sus atribuciones legislativas, es ejercer capacidad de gasto, sin tomar en cuenta que esa es tarea de quien constitucionalmente maneja la hacienda pública, con escrupuloso respeto del equilibrio presupuestal.
16. De allí la necesidad de, si una entidad sin competencia de revertir un estado de cosas como el aquí se ha reseñado, no podemos olvidar que debe actuar en estricto cumplimiento de algunos de las manifestaciones más relevante de la separación de poderes. Aquí a lo que debió tenderse es a una colaboración entre Gobierno y Congreso como la que se dio en, por ejemplo, la Ley de Presupuesto del año 2013 y la Ley de Presupuesto del año 2014.
17. Pero eso en rigor no se quiso hacer: las invocaciones del equilibrio presupuestal o al respeto de la meritocracia no pueden ser abandonadas por una lógica de quien cree que es un escenario constitucional lo puede hacer todo, sin tener en cuenta que justamente en un Estado Constitucional el poder es compartido a través de competencias (excluyentes o compartidas).
18. Veamos entonces lo que se planteó a nivel de acceso a la función pública. Entre los artículos 39 y 42 de la Carta de 1993 se regula lo referente a función pública. En ese mismo tenor, se considera en las STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC fundamento 43, que la función pública implica acceder o ingresar a este tipo de actividad, ejercerla plenamente, el ascender dentro de esta función y tener iguales condiciones de acceso. Ello implica, sin duda, meritocracia y concurso público de méritos, lo que beneficia el desempeño del Estado y de la ciudadanía en general (STC 006-2012-PI/TC, sobre todo fundamento 75 y 76). Sin embargo, el derrotero del debate de la ley 31039 fue por otro camino.
19. Ante este esfuerzo, que llevó a la Ley 31039, se presentaron 17 proyectos en el Congreso que proponían ascenso automático. Ninguno de ellos fue consultado o apoyado por el Gobierno. Es más, el Gobierno se quejó por los costos adicionales que generaba la propuesto. La Comisión de la Salud y Población del Congreso invocó la situación que se vivía desde el COVID para nombramiento automático a plazas dentro del Cuadro de Asignación de Personal (CAP), Cuadro de Asignación de Personal Provisional (CAP provisional) o, en la línea de posterior normativa, el Cuadro de Puestos de la Entidad (CAE). El Congreso reconoce que está generando gastos, y para ello autoriza al Ministerio de Salud a efectuar modificaciones presupuestales en su Presupuesto Analítico de Personal (PAP).
20. En el referido al ascenso automático, nadie duda tiene discrecionalidad para regular regímenes laborales en el sector público pero no tiene libertad para presentar iniciativas que creen o aumentan gasto público. El ascenso implica mérito, plaza vacante y

disponibilidad presupuestal. Frente a ello, el Congreso planteó un Ascenso Automático Especial, mediante el cual el Congreso reconoce que genera gasto, en base a que reclama perseguir un beneficio mayor para profesionales de la salud, y con ello alegaba el Congreso que apoyaban a la población. Sin embargo, es claro que el Congreso, de acuerdo con el artículo 79 de la Constitución, no tiene esa competencia. Distinto hubiese sido si hubiese habido una labor de cooperación de funciones. Dicha colaboración con el gobierno nunca se dio, y más bien, se encuentra una invasión de una de sus competencias: el manejo de la hacienda pública.

21. En lo relacionado con el cambio de grupo Ocupacional y el cambio de línea de carrera, debemos tener en cuenta que en el año 2017 se dio la Ley 30657, que fue la clara consecuencia de una colaboración de poderes: el gobierno presenta una iniciativa y el Congreso la hace suya. Es en ese contexto que se dio una modificación de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera sin violación del parámetro constitucional.
22. Lo que acaba de suceder al respecto partió de parámetros muy distintos. Solamente cuatro de las diecisiete iniciativas (todas ellas provenientes del Congreso, sin coordinación con el gobierno) promovían el cambio de grupo y de carrera. El dictamen suscrito por la Comisión parlamentaria correspondiente, a pesar de no contar con un análisis costo-beneficio de esta situación y existiendo indeterminación en su funcionamiento, fue aprobado en el Pleno del Congreso pero rechazado mediante observación del Congreso. El Congreso insistió con su propuesta, donde la generación de gasto público era evidente y donde no se contaba con apoyo alguno del gobierno. El parámetro constitucional volvía a darse.
23. El nombramiento automático de algunos trabajadores(as) en parte del régimen 276, también estuvo planteado en cuatro de las diecisiete iniciativas, todas ellas, claro está sin coordinación con el gobierno. Tres de ellas decían que esto no generaba gasto, pero fácilmente se acreditó que la puesta en práctica de esta medida generaba un desembolso de 1,154,301,722.17 soles. El Congreso aprobó este apartado, el gobierno lo observó y finalmente el Congreso insistió en una flagrante violación a las competencias de gobierno: la de administrar la hacienda pública.
24. La modificación de los requisitos para los CAS de Essalud pueden ser considerados como llena de ribetes dramáticos. En principio, La Ley de Essalud, basada en el artículo 12 de la Constitución y 8 de la Ley 26790, que sus recursos son intangibles y solo pueden ser empleados en la administración, producción, generación de infraestructura, otorgamiento de prestaciones, constitución de reservas técnicas o en inversiones que le otorguen rentabilidad. De otro lado, la pandemia había puesto a Essalud en una situación muy difícil en el año 2020. Dejaron de pagar empresas por 1,200 millones de soles; y tuvieron que contratar temporalmente vía CAS por 1,675 millones de soles, acumulando un déficit a fin de año de más de dos mil quinientos millones de soles. Es de conocimiento público que desde sede gubernamental ha tenido que transferirse dinero a Essalud durante todo el año 2020.

25. Sin embargo, cuatro iniciativas del Congreso, elaboradas al margen de cualquier coordinación con gobierno, insisten en esta iniciativa, la cual rompe abiertamente con la prohibición constitucional Congreso de la República de generar gasto (artículo 79 de la Constitución). Además, el artículo 18 de la Ley 31039 vulnera la prohibición de irretroactividad de la ley (plasmada en el artículo 103 de la Constitución), cuando modifica el artículo 3 de la normativa vigente. Finalmente, el choque de los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039 era directo e indisimulable con el principio de equilibrio presupuestal, recogido en el artículo 78 de la Constitución.
26. Y por si no fuera suficiente, dos de las diecisiete propuestas elaboradas en el Congreso sin coordinación alguna con el gobierno promovían la entrega de dinero al personal de Essalud. Ello se hacía y se hizo con un reconocimiento de aumento de gastos, gasto incluso no previsto presupuestalmente, el cual ascendía a unos 197,802,000 de soles. La vulneración de los artículos 78 y 79 de la Constitución vigente son manifiestas.
27. La actuación del Congreso en este caso ha sido reiteradamente inconstitucional, y eso lo acredita cualquier análisis objetivo sobre lo sucedido. Lo resuelto en la sentencia firmada por unanimidad ha implicado una constatación de que la proscripción de la iniciativa de gasto congresal (solamente abierta para sus propios requerimientos institucionales) o el incumplimiento del equilibrio presupuestal son preceptos constitucionales por los cuales el Congreso no había demostrado tener demasiado respeto.
28. Aquello no es bueno en un Estado Constitucional. Violar las reglas de juego no viene bien, pero si quien incurre en esa infracción es el mismo Congreso de la República, las cosas se ponen mucho peor. La declaración de reconocer como fundada la demanda responde al problema inmediato, evitando un manejo indebido de los fondos nacionales en la coyuntura inmediata. La pregunta es si con ello termina lo que involucra este caso, o lo que ha sucedido es que ante el intento indebido de intervenir en favor de un sector vulnerable nos hemos quedado solamente en evitar el abuso que intentaba cometer el Congreso, pero no se ha resuelto si se va atender (y cómo se va a atender) una situación de vulnerabilidad como la que enfrenta el personal dedicado a labores de salud.

2. Las consecuencias sociales no resueltas por una sentencia técnicamente correcta

29. Como lo he dicho en más de una ocasión, verbalmente o por escrito, debemos desterrar aquella imagen del juez o jueza constitucional como un señorón o señorona distante, que habla y redacta en difícil y no toma contacto con los problemas de la realidad que debe enfrentar. Su rol es uno docente y se inscribe dentro de una dinámica dialógica. Le corresponde informar a la ciudadanía qué es lo que puede hacer y qué no puede hacer un(a) juez(a) constitucional, y obviamente explica el alcance de las sentencias que se emitan, aclarando si coincide en todo, en parte o en nada con aquellos pronunciamientos efectuados por el mismo Tribunal.

30. Y este perfil debe ir acompañado de una dinámica dialógica, que no involucra resolver conforme a lo que simpatice a la mayor parte de la población (el elemento antimayoritarias de las decisiones del juez(a) constitucional, lejos de debilitarse, se ha fortalecido luego de que la Segunda Guerra Mundial demostró el exceso en que podían incurrir las mayorías frente a los derechos de quienes coyunturalmente son parte de una minoría.
31. Una dinámica dialógica a su vez implica nutrirse de todos los elementos que la ciudadanía puede proporcionar a un juez(a) (legitimación activa y pasiva, participación de terceros y *amicus curiae*, posibilidad de *accountability* que asegure acompañar y hasta garantizar el cumplimiento de lo resuelto. Asumir esta tesis no es pérdida de medida ni implica incurrir en riesgos innecesarios (quien no está dispuesto a defender con valentía lo que cree o que resuelve, mejor que no se dedique a juez(a) constitucional). Es legitimar la labor de jueces y juezas constitucionales, pues, por ejemplo, nadie puede aplicar lo que no entiende, esté conforme o no con el resultado obtenido. Y esto no es una invención nuestra, sino el reclamo constante de los más calificados tratadistas modernos sobre la materia, así como las diversas reuniones de jueces y juezas a nivel mundial.
32. Y es que llevar a la práctica principios, valores o derechos tan directamente vinculados con el constitucionalismo siempre ha sido un aspecto clave para el Estado Constitucional. Ahora bien, e incluso antes de la pandemia, y muy a despecho de los importantes alcances avanzados, los problemas de desigualdad y discriminación son claros en América Latina en general, y en el Perú en particular.
33. Lo preocupante en el caso es que el Perú durante muchos años era uno de los Estados con un crecimiento macroeconómico más sostenido no solamente en América Latina, sino a nivel mundial. Sin embargo, una inadecuada distribución de la riqueza comenzó a generar sus lacerantes consecuencias: educación y salud públicas con cobertura insuficiente y de mala calidad, por un abandono sistemático del Estado (solo o en asociaciones público-privadas con particulares); o un retraso en la construcción o la modernización de la infraestructura necesaria son algunos de los ejemplos de enorme gravedad sobre la situación que se vive en el Perú al respecto.
34. Pero, y por si lo expuesto no fuese suficiente, la sociedad peruana se ha caracterizado desde siempre por elementos como los de la concentración del poder económico y político real en ciertos sectores; demostración de ese poder dominante, más no dirigente, al grueso de la población; falta de articulación de grupos de las sociedades civiles locales, regionales y nacionales; y un largo etcétera), ha llevado a lamentablemente fortalecer situaciones y espacios de discriminación; y, lo que es más grave aún, a fomentar una mayor existencia de situaciones de vulnerabilidad en diversos sectores del país.
35. Esto tiene especial relevancia si, como ya he hecho notar en más de una ocasión, hoy está puesto en entredicho el antes inobjetable papel de la dignidad como sustento de los derechos. No lo ha sido en los Estados Unidos, no puede serlo si el sujeto de derechos a tutelar es una persona jurídica; y, lo más grave, que cuando tratamos de

ponernos de acuerdo sobre el significado de dignidad, encontramos respuestas distintas y hasta contradictorias.

36. Es por ello que muchos, siguiendo la línea marcada por Amartya Sen y Norma Nussbaum estamos más próximos a reconocer a la capacidad de satisfacer nuestras necesidades humanas básicas como mayor sustento de los derechos, que habrían devenido en expresiones de dichas necesidades. Esta comprensión acerca sin duda al Tribunal Constitucional con los sectores vulnerables, aquellos que (a diferencia de lo ocurrido con el denominado constitucionalismo de límites e incluso con lo que viene ocurriendo dentro del llamado constitucionalismo de derechos) se convierten hoy en el principal eje de atención de su labor.
37. Los trabajadores y trabajadoras del sector salud son hoy en el Perú, sectores en situación de vulnerabilidad (e incluso de vulnerabilidad interseccional), por ser víctimas a la vez de varias situaciones que acentúan su situación de vulnerabilidad. Por ingreso, son pobres. En su mayoría, son mujeres que vienen de una extracción pobre y prejuicios frente a que una mujer tenga una profesión para mantenerse, estereotipo de género bastante acentuado. Y, formalmente, constituyen parte de la población que está más expuesta a enfermedades y a situaciones con riesgo de muerte o de pérdida total de la salud.
38. La acción del Estado en general, y la del Tribunal Constitucional en particular, no puede ni debe soslayar sin responsabilidad al respecto. Tampoco es dable la respuesta de sentarse a conversar, fijar y firmar un acta para acabar con los conflictos existentes, y poco tiempo después, desconocer o eludir cumplir con lo pactado. Ahora bien, este requerimiento no se puede atender de cualquier forma y por cualquier repartición estatal, como seguramente con la mejor voluntad pienso quiso el Congreso.
39. Debe entonces no eludirse el problema, pero cada quien no tiene que desconocer que el problema existe. Por ello, y aunque ya está aprobado el presupuesto del Estado peruano para el año 2021, se hace indispensable exhortar al actual gobierno a que tome una serie de medidas concertadas por lo menos con el Congreso. No podemos tener en el sector salud contratadas personas como si fuesen locadores(as) o trabajadores(as) CAS sin intentar regularizar su situación, pues en rigor les toca un régimen 728 y esa falta de reconocimiento de la primacía de la realidad debe cubrirse. Ello, claro está, sin desconocer el indispensable elemento meritocrático que necesariamente debe acompañar a este tipo de acciones.
40. La labor de detectar en qué entidades estás completas las plazas de su CAP o los espacios de su CAE no es difícil. Si esas plazas están presupuestadas, una convocatoria a concurso se impone como un acto de justicia. Si hay plazas previstas, pero sin cobertura presupuestal en la actualidad, la primera prioridad para establecer transferencias presupuestales o reconfigurar coberturas al respecto (en diciembre ya es muy claro el nivel de ejecución de gasto de algunas entidades). También es claro lo que las mismas hayan comprometido para poder gastar en el próximo año tomando montos propios del presupuesto del año 2020.

41. De otro lado, y dentro de las funciones de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento del Tribunal Constitucional debería tener como una de sus prioridades a seguir la de la situación de este sector que, a pesar de tener una formación técnica o universitaria que debería garantizar su bienestar, se encuentran a todas luces en una situación de evidente vulnerabilidad. Ojalá el pleno del Tribunal haga suya esta iniciativa.
42. Y es que el problema principal aquí no era el de la invasión de competencias de un organismo a otro. El problema, sobre todo si la preocupación de los tribunales constitucionales cada vez se articula más a la generación de capacidades para atender nuestras necesidades humanas básicas, es el de la ausencia de protección a un sector con altos índices de vulnerabilidad, situación frente a la cual no podemos quedarnos inermes (aunque sí respetar los parámetros de corrección funcional existentes), si realmente decimos creer en alcanzar la plena vigencia de un Estado Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 9 de marzo de 2020

En el Pleno del Tribunal Constitucional, la magistrada Ledesma Narváez (presidenta), y los magistrados Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido sus respectivos votos en el Expediente 00022-2018-PI/TC. Siendo los siguientes:

- El magistrado Ramos Núñez (ponente) declara fundada en parte la demanda. En consecuencia, estimó porque se prohíba la realización de eventos relacionados con peleas de gallos con navajas o espuelas, o cualquier práctica en la que se advierta la intervención humana; ordena al Ministerio de Cultura que identifique los lugares en los que aún se efectúan estas prácticas, con el propósito de evitar su realización; y declara infundada la demanda en lo demás que contiene.
- La magistrada Ledesma Narváez declara fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Final de la Ley 30407.
- El magistrado Blume Fortini opinó que la demanda debe declararse fundada.
- El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera declara fundada la demanda en todos sus extremos.
- El magistrado Ferrero Costa declara infundada la demanda.
- El magistrado Miranda Canales declara infundada la demanda en todos sus extremos.
- El magistrado Sardón de Taboada declara infundada la demanda en todos sus extremos

Estando al cómputo de la votación descrita, se deja constancia de que en el Expediente 00022-2018-PI/TC no se han alcanzado cinco votos conformes para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, conforme a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

El presente caso se relaciona con la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos en contra de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, la cual excluye de dicha protección a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 18 de setiembre de 2018, más de cinco mil ciudadanos interponen una demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declare inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, que excluye de dicha protección a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente. Con fecha 4 de octubre de 2018 este Tribunal admitió a trámite la demanda.

Alegan que dicha disposición tiene vicios de forma por presuntas irregularidades en el procedimiento parlamentario de aprobación de la misma, y vicios de fondo. Así, alegan que vulnera los artículos 1; 2, incisos 22 y 24; 3; 31; y 105 de la Constitución, y el artículo 78 del Reglamento del Congreso.

Por su parte, con fecha 26 de diciembre de 2018, la apoderada especial del Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

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

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda, son los siguientes:

- Los demandantes señalan que la excepción contenida en la Primera Disposición Complementaria Final es inconstitucional por la forma por contravenir los artículos 31 y 105 de la Constitución y el artículo 78 del Reglamento del Congreso.

- Alegan que el Proyecto de Ley 3371/2013-CR (al que después se acumularon otros proyectos similares) fue enviado a dos comisiones del Congreso, a la de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, ambiente y ecología, y a la comisión agraria.
- Ambas comisiones emitieron dictámenes favorables aprobados por unanimidad en abril de 2015, pero agregaron la referida excepción para corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, aunque esta no existía en ninguno de los proyectos originales.
- Sostienen que en ninguno de los dos dictámenes existe opinión de algún organismo del Estado o privado que exponga argumentos a favor o en contra de los espectáculos señalados, por lo que consideran que no existió motivación.
- Agregan que la Iniciativa Legislativa Ciudadana 0133 (respaldada por más de sesenta mil ciudadanos y llamada “Ley que prohíbe el maltrato y sacrificio animal como parte de espectáculos públicos y privados”), ingresó al Congreso el 23 de agosto de 2012 como Proyecto de Ley 1454/2012-IC.
- Dicho proyecto tuvo un dictamen de inhibición de la comisión agraria emitido el 19 de noviembre de 2013, y luego fue acumulado al Proyecto de Ley 3371/2013- CR, el mismo día de su debate en el Pleno del Congreso, ocurrido el 19 de noviembre de 2015.
- Alegan los demandantes que debió efectuarse un debate porque la referida iniciativa ciudadana versaba justamente sobre lo que los legisladores exceptuaron en sus dictámenes, y porque tales iniciativas provenían del pueblo, las que deben tener preferencia en el Congreso, de acuerdo con la Ley 26300, “Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos”.
- En tal sentido, sostienen que debió producirse un proceso deliberativo que incluyera una motivación adecuada, justa y lógica de las comisiones dictaminadoras del porqué de la exclusión de las actividades señaladas *supra*, que debió existir un debate serio y real sobre el fondo del asunto y no solo sobre cuestiones procedimentales, y que debió citarse a las partes interesadas en la prohibición de este tipo de espectáculos.
- Asimismo, señalan que ambos dictámenes de las comisiones son contradictorios, pues si bien en ellos se reconoce que los animales vertebrados tienen la capacidad de sufrir y sentir emociones (por tener un sistema nervioso central y compartir similitudes evolutivas neurológicas con los seres humanos) y que no deben ser objeto de maltrato ni crueldad, se agrega la excepción para los referidos espectáculos sin que existan razones para ello.
- Lo que se cuestiona no es la acumulación de proyectos para dar una ley, sino la acumulación de un proyecto que buscaba la prohibición de espectáculos cruentos con otro que llevó a la aprobación de una disposición que los permite. Esto se hizo mediante la aprobación sin debate de la excepción cuestionada.

- La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso dictaminó dos proyectos que fueron acumulados al Proyecto de Ley 3371/2013-CR, y citó la Sentencia 0017-2010-PI/TC para justificar el límite que hay para la protección de los derechos de los animales, anteponiendo lo que los demandantes llaman el “derecho” a la “cultura” de los aficionados a divertirse con la violencia hacia los animales.
- De acuerdo con los demandantes, la Sentencia 0042-2004-AI/TC tendría mayor valor jurídico que la Sentencia 0017-2010-PI/TC, pues esta tiene efectos vinculantes y exhortó al Congreso a que dicte una Ley Orgánica de la Cultura, en las cuales se establezca las bases constitucionales de la política cultural del Estado, mientras que la segunda solo opinó sobre manifestaciones culturales.
- Adicionalmente, alegan que el Congreso es un órgano que resulta incompetente para haber añadido la excepción cuestionada, pues al tratarse de “espectáculos declarados de carácter cultural”, el órgano competente para hacerlo es el Ministerio de Cultura.
- Por otro lado, los demandantes señalan que la referida excepción también es inconstitucional por razones de fondo. Alegan que permitir que una persona realice violencia contra los animales, y que haga de ello un espectáculo, es un acto agresor de la dignidad humana, pues rebaja y degrada a la persona al incapacitarla para sentir empatía, compasión ni justicia hacia otro ser vivo. Citan al respecto lo dispuesto por el Tribunal en el fundamento 28 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC.
- Añaden que los valores de empatía, compasión y justicia deben ser protegidos por el Estado, pues son intrínsecos a la persona, y es debido a ellos que podemos calificar como seres humanos. El respeto hacia la dignidad debe ser no solo hacia las personas, sino también hacia la naturaleza y los animales.
- Los demandantes sostienen que el permitir que un grupo de personas someta a tortura, tratos crueles y dé muerte a animales, más aún si dichos actos se realizan por diversión en espectáculos públicos, va contra la moral, la psiquis y el espíritu de las personas, vulnerando la dignidad y la naturaleza racional y emotiva del ser humano.
- Alegan también que vulnera el artículo 2, inciso 22, de la Constitución, pues señalan que la violencia de los espectáculos cuestionados trasgrede la paz y es indudablemente contraria a ella, y aunque no atente directamente contra las personas afecta su psiquis y perturba su tranquilidad. Citan al respecto lo dispuesto por el Tribunal en el fundamento 26 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC.
- En su demanda, los ciudadanos recurrentes señalan que, al permitirse espectáculos violencia contra los animales, las personas no pueden librarse de ellos ni decidir que no existan para que no les afecten. La vulneración del derecho puede darse directamente si presencian tales actos, o indirectamente si toman conocimiento por otros medios, como las noticias.
- Asimismo, señalan que también se vulnera el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, pues las personas tienen derecho a ser protegidos de actos violentos que les afecten física, psíquica y moralmente.

- Agregan que la excepción cuestionada vulnera el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. Citan al respecto lo dispuesto por el Tribunal en el fundamento 25 de la Sentencia 0042- 2004-AI/TC.
- Los demandantes también sostienen que la excepción cuestionada vulnera el artículo 3 de la Constitución, pues las personas tenemos el derecho de realizar prácticas morales y éticas que nos permitan perfeccionarnos como seres humanos. Sin embargo, mantener costumbres crueles y violentas contra otros seres vivos y que estas sean legales representa un perjuicio y menosprecio a este derecho implícito.
- Alegan que la Constitución, en su artículo 2, incisos 8 y 19, y en su artículo 17, hace referencia a la cultura, pero desde una visión pluralista, donde se respeta la identidad, idioma y actividades de cada pueblo, siempre y cuando estas no entren en conflicto con los derechos fundamentales. Por ejemplo, la “cultura del robo” es una cultura desde un punto de vista antropológico, pero que comprende acciones reprobadas y sancionadas por ley.
- Así, sostienen que las manifestaciones que son dañinas para la sociedad por ser violentas, donde hay maltrato y muerte, no conducen a la civilización ni contribuyen al desarrollo de un país, por lo que no deben ser avaladas ni protegidas por el Estado. Afirman que la Constitución protege el derecho a la cultura, pero no el derecho a maltratar y torturar animales.
- Sostienen que el deber del Estado de proteger la cultura y el acceso a ella debe tener en cuenta los intereses y valores culturales, y se debe ponderar lo que es mejor para el desarrollo del Estado, aunque reconocen que el concepto de cultura no es inamovible, sino que va transformándose conforme pasa el tiempo, y en relación al contexto social y político.
- En ese sentido, sostienen que en el actual contexto social la mayoría de peruanos está en contra de los espectáculos en que haya violencia contra los animales. Asimismo, alegan que los espectáculos cuestionados, como manifestaciones culturales, carecen de universalidad, pues solo corresponden a un grupo de personas, sin perjuicio de que afecten los derechos señalados *supra*.
- Alegan que la Constitución se basa en valores morales que provienen de una reflexión ética, por lo que al decir que toda persona tiene derecho a su integridad moral o que nadie debe ser víctima de violencia moral, ampara la idea de que el Estado no puede tolerar, permitir y legalizar actos donde se ofenda la moral de las personas. La excepción cuestionada blinda espectáculos violentos ajenos a la moral y a la ética.
- Los demandantes afirman que los animales son sujetos morales, porque tienen capacidad para hacer un bien y sufrir un mal, siendo secundario si son o no seres racionales. En tal sentido, concluyen que no resulta ético ni moral torturar y dar muerte a un animal y hacer de esto un espectáculo. Señalan que ello nos convierte en seres irracionales e inhumanos.

- Por otro lado, los demandantes alegan que la Ley 30407 no ha exceptuado a los espectáculos materia de controversia por ser manifestaciones culturales, sino por ser “espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente”. Señalan que se trata de cosas diferentes, pero el Ministerio de Cultura, a quien compete la función de calificar a los espectáculos como culturales, nunca los ha declarado como tales, ni como patrimonio cultural de la Nación.
- Añaden los ciudadanos recurrentes que el Tribunal no ha corregido su postura sobre la materia contenida en la Sentencia 0042-2004-AI/TC con la Sentencia 0017-2010-PI/TC, ni ha establecido el carácter cultural de las corridas de toros, pues ni tiene competencia para ello (solo ha establecido que son manifestaciones culturales) ni es posible que una sentencia pueda corregir a otra.
- Indican que en la Resolución Viceministerial 004-15-VMPCIC-MC, dicha entidad señaló que no otorgará la calificación de cultural a espectáculos donde haya crueldad, violencia contra personas o animales, o sacrificio de animales, usando como base lo dispuesto por el Tribunal en la Sentencia 0042-2004-AVTC. Señalan que en la misma línea se encuentra la Ley 30870, “Ley que establece los criterios de evaluación para obtener la calificación de espectáculos públicos culturales no deportivos”.
- Por tanto, como la autoridad competente no ha declarado tales espectáculos como culturales, sostienen que la excepción cuestionada sería ilegal y que el Congreso habría usurpado competencias y funciones que no le corresponden, calificando de culturales a espectáculos que por Resolución Viceministerial del Ministerio de Cultura (decretada antes que la Ley 30407 fuera aprobada y promulgada) no pueden ser calificados como tales, ya que contienen maltrato, crueldad, violencia y sacrificio de animales.
- Agregan que la excepción cuestionada es contradictoria con la finalidad y objeto de la misma Ley 30407, consignados en sus artículos 2 y 3, que es garantizar el bienestar y protección de los animales vertebrados e impedir que sufran por causas humanas; y con su artículo 22, literal “b”, que prohíbe la utilización de animales en espectáculos que afecten su integridad física y bienestar, y se aplica a peleas de perros o espectáculos de circo, pero que gracias a la excepción cuestionada no se aplica a corridas de toros o peleas de gallos, aun cuando el maltrato animal en tales eventos es evidente.
- Asimismo, señalan que el Poder Ejecutivo no respetó el artículo 118, inciso 1, de la Constitución, pues no observó y promulgó una norma que se encontraba en contradicción con los lineamientos del Ministerio de Cultura reseñados *supra* sobre los espectáculos considerados culturales.
- Por otro lado, los demandantes hacen referencia al valor que tienen para las democracias modernas las encuestas de opinión a la población, para conocer sus preferencias. En su demanda citan una encuesta realizada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima del año 2007 a nivel de Lima y Callao, y otras realizada por Datum Internacional S.A. a nivel nacional, una el año 2008 y otra el año 2013.

- En todas las encuestas se aprecia un alto nivel de rechazo a las corridas de toros y un muy bajo nivel de aceptación. En la primera encuesta el porcentaje de personas que están de acuerdo pasa de casi 31% en noviembre de 2003 a casi 15% en octubre de 2007, mientras que el porcentaje de personas en desacuerdo pasa de más de 63% a más de 83% en el mismo periodo.
- En la segunda encuesta el porcentaje a favor era 9%, en contra era 68%, y ni a favor ni en contra era 19%. Al 66% le gustaría que se prohíban las corridas de toros, al 16% que no, y el 19% no sabe o no opina. En la tercera encuesta el porcentaje a favor pasó a 15% y en contra a 78%.
- Los demandantes exponen también los casos en que se abolieron las corridas de toros, en lugares tales como en las Islas Canarias, España; Panamá, Argentina, Chile, Uruguay y Cuba. Agregan que en Colombia está en vías de abolición, en Francia solo se mantiene en el sur del país, y en Portugal ya no se da muerte al animal, aunque aún se le tortura. En el caso de Colombia alegan que la Sentencia del 1 de febrero de 2017 sobre protección de animales representa un avance para la pacificación de dicho país.
- Los demandantes también hacen un recuento detallado del sufrimiento y maltrato a que estarían expuestos los toros, caballos y gallos en los diferentes espectáculos protegidos por la excepción cuestionada, y que en muchos casos lleva a la muerte del animal.
- Agregan que los espectáculos en cuestión son crueles por dañar arbitrariamente a seres vivos que sienten dolor (aún si ello se hace sin ánimo de actuar de manera despiadada). Alegan que si no fueran crueles entonces no habría necesidad de que fueran exceptuados mediante la disposición cuestionada.
- Entre los actos de crueldad y tortura descritos se incluyen actos que producen sufrimiento y dolor a los animales, como ser atacados por humanos con armas cortantes de metal que generan lesiones y heridas profundas y sangrantes en sus cuerpos, incluso al punto de seccionar la médula de un toro mediante un estoque que le produce parálisis mientras agoniza.
- Los mismos caballos sufren los embates del toro y lesiones y heridas, a pesar de estar protegidos, mientras que los gallos se pelean con armas cortantes que les generan heridas y la muerte. A los gallos también se les cortan la cresta y la barbilla antes de ser azuzados para pelear.
- En tal sentido, señalan que el objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de la excepción cuestionada, y no que se regule los espectáculos mencionados para que aparezcan ante el público con menor crueldad o sangre. Además, señalan que la reglamentación de estas actividades deja una puerta abierta a la impunidad, pues no sería posible ejercer un control sobre lo que ocurre en cada coliseo o plaza.
- Finalmente, sostienen que un fallo a favor de su demanda por parte de este Tribunal serviría al desarrollo de la cultura, civilización y pacificación del país.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

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

- El demandado señala que en la demanda se cuestiona la forma del procedimiento de aprobación de la excepción cuestionada, pero sin señalar las normas que se habrían vulnerado. En tal sentido, alega que el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes no supone la continuación del procedimiento legislativo mediante un simple cambio de roles, destinado a ratificar o no lo decidido por el Congreso con idénticos poderes de valoración, sino que configura un control secundario a cargo de la jurisdicción, cuyo parámetro es la Constitución y el bloque de constitucionalidad.
- En la contestación se destaca también que este Tribunal estableció en el fundamento 22 de la Sentencia 0020-2005-PVTC tres supuestos en que una norma incurre en una infracción constitucional de forma, apuntando la norma impugnada en autos supuestamente al primer caso: el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación. Este procedimiento está determinado por el artículo 105 de la Constitución y desarrollado en el Reglamento del Congreso.
- La apoderada especial del Congreso de la República señala que el demandante reclama solo por la iniciativa ciudadana para alegar la inconstitucionalidad por la forma, pero fueron once proyectos los que se acumularon en total y que dieron origen a la Ley 30407 con la excepción cuestionada, luego de producirse debate y dictámenes conforme a la legislación nacional.
- Respecto a la presunta falta de motivación y contradicciones de los dictámenes de las comisiones, el demandado señala que el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos fundamentó la excepción cuestionada en argumentos usados por este Tribunal en la Sentencia 0017-2010-PVTC, por lo que no es cierto que no existiera motivación en los dictámenes, lo cual fue discutido en dos sesiones del Pleno del Congreso.
- Por otro lado, respecto a los cuestionamientos de fondo, el demandado alega que el fin supremo de la sociedad es la dignidad humana, por lo que los límites que los derechos tengan deben ser proporcionales y respetar los derechos de los demás. En este caso se trata de la protección de especies no humanas, por ende, sin derechos humanos. Afirman que la Ley 30407 no es constitutiva de derechos.
- Asimismo, el demandado señala que de darse una prohibición de las manifestaciones culturales en debate se estaría violentando el derecho a la cultura y, en consecuencia, la dignidad humana, pues de esta se derivan los derechos fundamentales, por cuanto se afecta la libertad individual y el libre desarrollo de la persona dentro de su propia cultura, que el Estado está obligado a preservar, y no debe prohibir ni adoptar medidas que conlleven a su extinción.
- Sobre la supuesta vulneración del derecho a la paz y la tranquilidad, el demandado destaca que no bastan las meras afirmaciones sin sustento para alegar que estas son

afectadas. La invocación de un sector de ciudadanos a la paz y tranquilidad no puede significar la prohibición de aquellas actividades que les disgusten o desagraden, pero que son realizadas por otras personas.

- Alega que prohibir los espectáculos culturales como la tauromaquia o la gallística porque existe un sector hipersensible a las acciones que en ellas se desarrollan constituye un abuso de derecho, que revela una mirada egocéntrica de la realidad y supone la exclusión de todas las prácticas que nos disgustan a partir de un estándar personal, sin respeto hacia quienes piensan y actúan distinto, en ejercicio de su identidad cultural y de su libertad individual.
- Además, señala que los opositores a estas prácticas no están obligados a asistir a los lugares donde se realizan. Y, en todo caso, cuestiona que se trate de espectáculos crueles, pues señala que la crueldad tiene como elemento intrínseco el ánimo de actuar de manera despiadada, lo que no ocurre en tales espectáculos.
- Sobre la supuesta vulneración a la libertad y seguridad personales, el demandante sostiene que se han hecho nuevamente afirmaciones alejadas de la realidad, por cuanto no afectan derechos de las personas, ni se afecta a terceros.
- El demandado explica que las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos son costumbres que forman parte de la identidad cultural peruana desde hace casi 500 años, y que están incluso mezcladas con festividades religiosas y celebraciones cívico-militares. Las peleas de toros, por ejemplo, son una tradición arequipeña y única en el mundo. Afirma que la gallística, por su parte, tendría raíces romanas.
- Señala que estas prácticas llegaron con la conquista, pero han sido incorporadas a nuestra cultura, y ahora forman parte de la historia y la tradición cultural de nuestro país. Han supuesto, a lo largo de todo nuestro territorio, un sincretismo cultural entre lo español y lo indígena, lo criollo y lo andino, lo cristiano y lo pagano, que forma parte de las costumbres culturales de diversas comunidades.
- Agrega que el ejercicio del derecho a la identidad cultural, que se traduce en las manifestaciones mencionadas, no viola ningún derecho fundamental de la persona. Intentar eliminar estas tradiciones culturales sobre la base de gustos o disgustos constituiría una agresión al derecho a la identidad cultural de quienes participan en ella.
- Señala que esto atenta contra lo dispuesto en el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a su identidad cultural. Y no puede desconocerse el carácter cultural de una manifestación solo porque desagrada a un sector.
- Al respecto, alega también que el Estado peruano es parte de la “Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales”. En tiempos en que la globalización tiende a la uniformización y a poner en riesgo manifestaciones culturales locales o minoritarias, resulta importante protegerlas, que es justamente lo que se busca con la excepción cuestionada.

- El demandado señala también que se ignora el derecho a participar en la vida cultural de la nación, contenido en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución. Diversos gobiernos regionales y locales han reconocido a estas prácticas un carácter cultural y parte de sus tradiciones.
- Por otro lado, la excepción cuestionada garantiza el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libertad de trabajo de las personas que se vinculan con los espectáculos señalados. Existe gran variedad de actividades económicas relacionadas directa o indirectamente, como criadores, fabricantes de alimento, personal de apoyo, administradores, publicistas, dueños de locales, así como actividad turística.
- Asimismo, sostiene que existen centenares de asociaciones sobre la materia, y gran cantidad de plazas de toros y coliseos de gallos en todo el territorio nacional, y tres millones de personas acuden a estos espectáculos.
- Agrega que este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la materia y ha reconocido a la tauromaquia como espectáculo y manifestación cultural en la Sentencia 0017- 2010-PI/TC. Además, en otros países se permiten las corridas de toros, como son: México, Colombia, Ecuador, Venezuela, Portugal, España (donde es parte del patrimonio cultural) y Francia (donde ya no es parte del patrimonio cultural), aunque en algunas regiones de México y España se han prohibido, y en Francia solo se realizan en algunas zonas.

C. TERCEROS Y *AMICUS CURIAE*

El Tribunal ha recibido múltiples solicitudes de diferentes organizaciones y personas para ser incorporados como terceros o como *amicuscuriae* en el presente proceso. En relación con el primer grupo, se admitió en calidad de tercero a las siguientes organizaciones:

- Unión de Galleros del Perú
- Asociación Gallística Moquegua

Por otro lado, en lo que respecta a las solicitudes de *amicuscuriae*, este Tribunal ha admitido a las siguientes personas y/o instituciones:

- Andrés Roca Rey Valdez, Casa Toreros Consorcio Perú y otros
- Asociación Civil sin Fines de Lucro “Animalistas sin Fronteras”
- Asociación Cultural Taurina
- Asociación de Criadores de Gallos de Pelea de Navaja de Chinchá
- Asociación de Criadores, Propietarios y Aficionados de Toros de Pelea de Arequipa
- Asociación de Defensa de los Derechos Animales “Proyecto Libertad”
- Asociación para el Rescate y Bienestar de los Animales

- Daniel Almeyda Velásquez
- José Antonio Espinoza Ballena
- Juan Arce Aguilar Choque
- Luis Adolfo Pareja Aguilar
- Pierre Foy Valencia y Corinne Schirmer

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. La demanda ha sido presentada con el objeto de que se declare inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, la cual establece lo siguiente:

Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.

2. La Ley 30407, como lo señala su artículo 2, tiene como finalidad “garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, en el marco de las medidas de protección de la vida, la salud de los animales y la salud pública”. Mientras que su artículo 3 señala que tiene por objeto:

(...) proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte; así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación. Además, de velar por su bienestar para prevenir accidentes a sus poblaciones y aquellas enfermedades transmisibles al ser humano.

Así como promover la participación de las entidades públicas y privadas y de todos los actores sociales involucrados, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal.

3. En tal sentido, la presente controversia implica determinar si la norma cuestionada, que establece una excepción al cumplimiento de la finalidad y el objeto de la Ley 30407, es o no conforme con la Constitución.
4. Para ello será necesario analizar, entre otras cosas, cada una de las actividades objeto de la excepción cuestionada, como son:
 - i) Las peleas de toros.
 - ii) Las corridas de toros.

- iii) Las peleas de gallos.
 - iv) Los demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente.
5. Por otro lado, los demandantes señalan que la excepción cuestionada es contradictoria con la finalidad y objeto de la misma Ley 30407, señalados *supra*, y con su artículo 22, literal “b”, que prohíbe la utilización de animales en espectáculos que afecten su integridad física y bienestar, pero que gracias a la excepción cuestionada no se aplica a corridas de toros o peleas de gallos, aun cuando el maltrato animal en tales eventos es evidente.
 6. Al respecto, se debe señalar que un proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro.
 7. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).
 8. Pero incluso en tales casos, una disposición legal no puede servir como parámetro y objeto de control en simultáneo, ni disposiciones contenidas en una misma ley como regla y excepción pueden considerarse incompatibles, ni como parámetro de validez una de la otra, pues en tales casos su relación es complementaria y no antinómica.
 9. Ello no significa, en lo absoluto, que tales normas no puedan ser controladas. Pero es preciso recalcar que el parámetro de control es siempre la Constitución, y cuando dicho parámetro es ampliado a normas con rango legal, ello ocurre por derivación y complementariedad, y sin que existan contradicciones entre las normas constitucionales y las normas legales adicionadas al parámetro de control.
 10. En tal sentido, el presente caso debe ser resuelto sobre la base de los principios y reglas constitucionales, y atendiendo a las contradicciones que pudieran existir entre dicho parámetro y las disposiciones impugnadas, y no en virtud de las supuestas contradicciones contenidas en la ley cuestionada.

§2. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

11. Como punto previo, se debe señalar que, de existir una inconstitucionalidad por la forma en el presente caso, la misma afectaría a la Ley 30407 en su totalidad, y no solo a la excepción cuestionada, pues esta no fue aprobada por sí sola ni de forma independiente a la ley en la cual está contenida, de manera que cualquier defecto formal del que adolezca debe extenderse también a la ley.
12. Los demandantes señalan que la excepción contenida en la Primera Disposición Complementaria Final es inconstitucional por la forma por contravenir los artículos 31 y 105 de la Constitución y el artículo 78 del Reglamento del Congreso.

13. El artículo 31 de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante iniciativas legislativas, entre otros mecanismos. Naturalmente esto no significa que sus propuestas deban ser aprobadas, pero sí deben ser debidamente consideradas por el Congreso.
14. Esto implica, en primer lugar, que los proyectos de ley de las iniciativas legislativas sean dictaminados como cualquier otro. El artículo 105 de la Constitución señala que ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso.
15. Los demandantes alegan que no se habría respetado el procedimiento legislativo de la Iniciativa Ciudadana 0133, que se convirtió en el Proyecto de Ley 1454/2012-IC, pues este habría sido acumulado sin dictamen (o con un dictamen de inhibición por falta de competencia en la materia emitido por la comisión agraria) al Proyecto de Ley 3371/2013-CR, que finalmente dio lugar a la Ley 30407.
16. Cuestionan además la acumulación de su proyecto, que buscaba la prohibición de espectáculos cruentos, con otro que llevó a la aprobación de una disposición que los permite.
17. Al respecto, se ha revisado el dictamen del 19 de noviembre de 2013 emitido por la comisión agraria. Si bien es cierto que este finaliza con la inhibición de la comisión por falta de competencia sobre la materia, más allá de la decisión formal se advierte que hubo un análisis sustantivo.
18. Así, respecto a su contenido cabe destacar que para su elaboración se solicitó la opinión de diversas entidades públicas: los ministerios de Agricultura, Ambiente, Cultura; del RENIEC; de los gobiernos regionales de Lima, Ayacucho, Junín, La Libertad y Cajamarca; y de los gobiernos municipales de Lima, Huamanga, Huancayo, Trujillo y Cajamarca.
19. Adicionalmente, fueron consideradas las opiniones de la Asociación para el Rescate y Bienestar de los Animales, de la Asociación Flora Tristán, de Unidos por los Animales, de la Asociación Peruana de Protección de Animales, y de diversos ciudadanos.
20. En el numeral 5.5 del dictamen se señala que “se puede apreciar que el proyecto en estudio es de carácter cultural, por lo que las opiniones versan sobre lo cultural y no sobre lo agrario”. Más adelante se cita lo indicado por el Ministerio de Cultura (con subrayado en el original):
 - a) La corrida de toros es una manifestación cultural.
 - b) La dación de la Ley 27265 Ley de protección de los animales domésticos y los animales silvestres mantenidos en cautiverio trajo consigo la modificatoria del Código Penal mediante la Segunda Disposición Final y Transitoria.

- c) Los espectáculos taurinos no se encuentran calificados como actos o espectáculos proscritos por la Constitución Política o normas destinadas a brindar protección de los animales.
 - d) La Declaración Universal de los Derechos del Animal - UNESCO (15/10/1978) no es vinculante, por lo que no tienen rango de tratado internacional.
21. En el numeral 5.9 se menciona que dicho criterio es concordante con la legislación emitida por el Congreso, como la Ley 28131, “Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante”, cuyo artículo 4 vigente en ese entonces incluía a los matadores, banderilleros, picadores, novilleros y rejoneadores como artistas o trabajadores técnicos comprendidos dentro del alcance de dicha ley.
22. Asimismo, la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Ley 27265, “Ley de protección a los animales domésticos y a los animales silvestres en cautiverio”, vigente en ese momento, incluía una excepción para las corridas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados como de carácter cultural por la autoridad competente.
23. Por otro lado, en los numerales 5.10 y 5.11 del dictamen de la comisión agraria se hace referencia a las sentencias emitidas por este Tribunal en las que se ha pronunciado sobre las corridas de toros, y se hace mención a la variación del criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia 0017-2010-PVTC.
24. Luego de tal análisis, en el numeral 5.12 se señala que:
- Como se puede apreciar es recurrente la consideración del Estado a través del Congreso de la República, de los órganos competentes en materia de cultura y del Tribunal Constitucional, considerar a las corridas de toros como arte y espectáculo, conceptos que no pueden estar escindidos del concepto cultura.
25. Mientras que en el numeral 5.15 se agrega lo siguiente:
- En consecuencia, siendo esta manifestación una expresión de cultura recogida como parte del derecho de acceso a la cultura y a la identidad cultural en nuestra Constitución, la restricción pretendida de este derecho fundamental no se encuentra justificada para que pueda prosperar en un Estado Constitucional de Derecho.
26. Luego de considerar el contenido del dictamen, se concluye que el mismo tiene valor, a pesar de ser un dictamen de inhibición, por tres motivos esenciales:
- i) analiza el fondo del asunto;
 - ii) para realizar dicho análisis fueron consideradas las opiniones de diversas entidades especializadas sobre la materia, tanto públicas como privadas; y,
 - iii) el dictamen estuvo a disposición de la comisión competente para decidir el asunto como resultado de la acumulación de proyectos, es decir, ya no era necesario que esta emitiera un nuevo dictamen.

27. Por otro lado, la decisión de acumular proyectos contradictorios no resulta arbitraria, en tanto es posible acumular proyectos antagónicos siempre que regulen la misma materia.
28. En el presente caso, la Ley 30407 fue emitida para reemplazar a la Ley 27265, “Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres Mantenidos en Cautiverio” que, como se señaló *supra*, ya contenía una excepción similar.
29. Efectivamente, su Tercera Disposición Final y Transitoria señalaba lo siguiente:

Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente.
30. En tal sentido, era posible acumular todos los proyectos relacionados con la protección animal para dar una ley general sobre la materia, aunque se incluyeran excepciones a la misma, como ya había ocurrido con la Ley 27265.
31. Por tanto, considero que el Proyecto de Ley 1454/2012-IC fue dictaminado conforme al artículo 105 de la Constitución, y no se advierte que su acumulación con otros proyectos haya sido arbitraria, y por tanto inconstitucional. Por tales razones, corresponde declarar infundado el extremo de la demanda referido a la inconstitucionalidad por la forma de la excepción contenida en la Ley 30407.

§3. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL ESTATUS JURÍDICO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

3-1. CONSTITUCIÓN Y DIGNIDAD HUMANA

32. La Constitución, como norma fundamental, señala los límites y lineamientos en los cuales se fundamenta el Estado. Cuenta con una parte dogmática, que enumera de manera no taxativa los derechos fundamentales de las personas que se encuentran protegidos; y otra orgánica, destinada a limitar el poder del Estado mediante la división de poderes y la delimitación de competencias de los diferentes entes que lo integran.
33. Pero todo ello se encuentra articulado en función a lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución, que señala que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Así, tal principio no solo es la piedra angular del ordenamiento jurídico, sino que también es la base sobre la cual se construyen nuestra sociedad y nuestra cultura.
34. El Tribunal ha señalado, en el fundamento 217 de la Sentencia 0010-2002-AI/TC, que la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales. El respeto genérico de la misma, por el solo hecho de ser tal, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho.
35. Esto implica, principalmente, que un ser humano no debe ser tratado como un medio, sino que debe ser tratado como un fin en sí mismo. La dignidad es inherente a la

persona, y le es inalienable, por lo que sus acciones no pueden disminuirla. Esto no significa, en lo absoluto, que las acciones dañinas que cometan las personas estén exentas de sanciones penales o de reproches morales. El Estado puede establecer sanciones penales, pero solo puede recurrir a ellas como última *ratio* para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas o de la sociedad en su conjunto.

36. En este orden de ideas, el principal cometido de una Constitución, tal y como se precisó en el fundamento 25 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, es el de “encarnar el consenso jurídico-político alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad”. Ciertamente, ello no impide que la Constitución establezca un consenso mínimo sobre los valores básicos de la convivencia en sociedad. El contenido mismo de la Constitución, que gira en torno a la dignidad humana, el respeto de los derechos fundamentales, la limitación del poder del Estado, la democracia y la forma republicana de gobierno, son el reflejo de dicho consenso.
37. De hecho, es bastante común que los derechos fundamentales encuentren un ámbito de tutela que se superponga a los acuerdos a los que arriban las mayorías parlamentarias. Es así que, aunque ciertamente se trata de un instrumento orientado a alcanzar la paz y libertad en sociedad, en muchas ocasiones también se erige como el último guardián de las libertades, y, en este sentido, precisamente la noción de “dignidad” permite recordar que existen cuestiones que van más allá de los acuerdos.

3-2.LA CONDICIÓN Y EL ESTATUTO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

38. Ahora bien, no ignoro el hecho que, para ciertos sectores, la noción misma de dignidad o los aspectos éticos de la misma pueden ser trasladados a los no humanos. En ese sentido, autores como Peter Singer (en su conocida obra la “*Liberación Animal*”, publicada por primera vez en 1975) sostienen que la ética puede ser trasladada a confines más allá de los reconocidos para la especie humana. Sin embargo, y más allá de compartir o no en lo personal esta clase de posiciones, los magistrados y magistradas de este Tribunal deben administrar justicia en función de lo reconocido o de lo que es posible desprender de nuestra *norma normarum*, y no en razón de criterios particulares.
39. En ese sentido, y desde una perspectiva esencialmente jurídica, no puedo compartir la afirmación de los demandantes de que los espectáculos amparados por la excepción cuestionada son actos agresores de la dignidad humana, que rebajan y degradan a la persona que participa de ellos. En realidad, tanto desde el campo de la filosofía como el de la ética se han discutido ampliamente la naturaleza de los animales en comparación con la de los seres humanos, y se ha planteado la interrogante respecto de su estatus, lo que también conlleva a cuestionarse acerca de la posibilidad que puedan titularizar derechos.
40. La Constitución de 1993 no contiene, a diferencia de otras fórmulas en el derecho comparado, alguna mención específica relacionada con el estatus de los animales en

nuestro ordenamiento interno. De ello no puede, sin embargo, desprenderse que nuestra norma suprema sea completamente indiferente a la situación animal, lo cual obedece a que, como ha ocurrido con distintas materias, la evolución de las sociedades ha generado una consecuente modificación del estatuto animal.

41. En efecto, no ha sido pacífico el análisis en relación con los deberes que la persona guarda con ellos. No sorprende, en este orden de ideas, que en algún momento pensadores como René Descartes desarrollaran una concepción “mecánica” de los animales, según la cual se les consideraba a estos como complejos autómatas carentes de la capacidad de sufrir o de percibir cualquier clase de emociones. Esto suponía, como lo expuso en su *“Discurso del Método”* (1637), que se entendiera que solo la naturaleza podía guiar sus conductas, lo que terminaba por generar una visión antropocentrista del mundo. Los animales vivían, pues, solo para servir a la persona, por lo que cualquier acto sobre ellos se encontraba justificado en la medida en que solo cumplían la finalidad de mejorar las condiciones en las que se desenvolvía la especie humana.
42. Esta visión, durante una considerable cantidad de tiempo, estuvo bastante influenciada por la concepción judeocristiana del mundo, que estimaba que los animales y la naturaleza debían encontrarse al servicio del ser humano. No podía extraerse, entonces, alguna clase de deber u obligación de las personas en relación con los animales, y mucho menos con la naturaleza o el entorno que las rodea. La persona era la que, con absoluta libertad, podía disponer sin ningún grado de responsabilidad de entes que eran asimilados con simples objetos. Esto suponía que los maltratos, abusos, explotación y, en general, cualquier acto de crueldad quedaban justificados desde la moral y el derecho.
43. Cierta nivel mayor de preocupación en tomo a la condición animal empezó a advertirse en el pensamiento kantiano, el cual, es justo decirlo, solo lo hizo en la medida en que las personas podían, en potencia, desarrollar sus virtudes y condición moral a través del trato a otras especies. No se trataba, así, de una preocupación estrictamente vinculada con los animales, sino del potencial peligro que el maltrato hacia ellos podía generar, en un futuro no muy remoto, a la propia especie humana a través del incentivo para la realización de conductas peligrosas hacia otros de la misma condición. Sostenía el pensador nacido en Königsberg que los deberes eran con los de nuestra especie, ya que los seres inanimados “están enteramente sometidos a nuestro arbitrio y los deberes para con los animales son tales en la medida en que nos conciernen” [Kant, Immanuel (1988). *Lecciones de Ética*. Barcelona: Editorial Crítica, pp. 234 y 235]. Este enfoque de los animales también obedecía a que los mismos podían ser de utilidad para terceras personas, por lo que era recomendable no destruirlos o dañarlos.
44. Era, así, moneda corriente estimar, en buena parte de los siglos XVII y XVIII, que los animales no generaban, por sí mismos, obligaciones ni legales ni éticas a las personas, las cuales, en todo caso, debían ofrecerles cierto respeto solo en la medida en que a ellas las hacían moralmente *más valiosas*. John Locke suscribe esta clase de pensamientos cuando menciona, en su *“Somethoughtsconcerningeducation”* (1693), que la costumbre de “torturar y matar bestias endurecerá sus mentes, por grados, incluso hacia los

hombres; y aquellos que se deleitan con el sufrimiento y la destrucción de criaturas inferiores no serán capaces de ser muy compasivos o benignos hacia los de su propia especie”. Se trataba, en buena cuenta, de no infligir daño a los animales en tanto ello permitía que la persona, al menos desde el punto de vista ético, pueda desarrollarse con mayor prolijidad.

45. Ahora bien, esta visión antropocentrista del mundo empezó a generar discusiones bastante trascendentales en particular a raíz de la obra del pensador inglés Jeremy Bentham, el cual, desde su conocida construcción utilitarista, empezó a defender la condición animal, la cual, según su obra, tenía intereses que, como los de los humanos, merecían ser tutelados. En su conocida *“Introducción a los principios de la moral y la legislación”* (1789), Bentham realizaría la siguiente aseveración que, en relación con los animales, mantiene especial vigencia: “no debemos preguntarnos: ¿pueden razonar?, ni tampoco: ¿pueden hablar?, sino: ¿pueden sufrir?”.
46. Es importante, en la obra del pensador inglés, distinguir el acto de ocasionar dolor del relacionado con generar sufrimientos innecesarios a los animales. El primer caso se encuentra, en muchas ocasiones, justificado porque, incluso cuando son atendidos por veterinarios, los animales ciertamente pueden sufrir cierta clase de dolor, pero ello atendiendo a un propósito mayor, que es resguardar su integridad o su vida. En el segundo, por el contrario, se pretende, sin ningún motivo en especial, generar sufrimiento en los animales, los cuales, en muchos casos, se hace por el simple placer de hacerlo.
47. La evolución del tratamiento ético de la condición animal, y que se refleja en la adopción de distintas cláusulas de protección a su favor, obedece a una serie de factores que han empezado a advertirse en las sociedades contemporáneas. Bastante notorio es el hecho que los animales coexisten con la especie humana en el mismo entorno, y que de ellos precisamente se extrae una ayuda bastante considerable para el desarrollo de distintas actividades importantes en la sociedad. El mismo Charles Darwin ya había advertido, cuando publicó en 1859 su *“Origen de las especies por medio de la selección natural”*, que en realidad los humanos también formamos parte del reino animal en la medida que provenimos de un ancestro común, por lo que no estamos en condición de asumir que estamos excluidos de aquel. Es más, en algunos casos dependemos de ellos para optimizar nuestra vida en sociedad.

3-3.EL DERECHO COMPARADO Y EL ESTATUTO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

48. Es posible advertir, de esta forma, que existen numerosas posturas vinculadas con la condición animal, las cuales no han sido explícitamente abordadas por el constituyente de 1993. Y, es justo decirlo, tampoco por los tratados internacionales, los cuales no hacen alguna referencia directa a derechos de los animales. Los problemas en tomo a la condición animal han desembocado en el hecho que no exista un consenso a nivel internacional o comparado sobre su estatus en el derecho. En realidad, las distintas

constituciones y códigos han oscilado entre el absoluto silencio (como el caso peruano) hasta la protección a distintos niveles, que han incluido, en algunos casos, el constitucional. Uno de los pocos escenarios en los que esta cuestión ha sido debatida ha sido el europeo, e incluso a nivel de derecho comunitario, con alguna legislación especial en algunos Estados.

49. Un caso paradigmático es el de Suiza, la cual, desde 1973 cuenta en su constitución federal con un apartado sobre la protección animal, propuesta que fue aprobada por una considerable mayoría de los ciudadanos y cantones suizos a través de referéndum. Del mismo modo, el artículo 20a de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, reformada en el año 2002, hace mención al deber que se tiene para con las generaciones futuras de preservar los fundamentales naturales de la vida y los animales.
50. Esta disposición fue enmendada en el año 2002 para hacer alusión expresa a la protección a los animales (ver: www.gesetze-iminternet.de/gg/BJNR000010949.html, en alemán). A diferencia de lo que ocurre en otros países, la “Ley de Bienestar Animal de 1972 (TierSchG) no define lo que debe entenderse por el término “animal”. Pero establece como principio rector que “nadie debería infligir dolor, sufrimiento o daño a un animal sin un fundamento razonable (evidente)” (ver: www.gesetze-iminternet.de/tierschg/BJNR012770972.html#BJNR01277097_2BJNGOOO_IO3377, traducción libre del alemán).
51. Como puede apreciarse, en Alemania también existe un deber de protección a los animales, el cual se encuentra garantizado constitucionalmente, y el marco legislativo regula cuándo tal deber puede suspenderse, y que suele ser en escenarios en los que existe un fundamento razonable y evidente. La Constitución de Brasil de 1988 indica, por su parte, que el poder público debe garantizar que los animales no sean expuestos a tratos crueles.
52. En el Reino Unido han existido leyes de protección animal desde el siglo XIX. Prueba de ello es la “Ley para prevenir la crueldad y el tratamiento impropio del ganado” de 1822. A esta le siguieron leyes en 1849, 1876 y 1900 (esta última referida a animales silvestres en cautiverio) hasta llegar a la Ley de Protección Animal de 1911 (ver: www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/27, en inglés).
53. Esta última fue reemplazada por la Ley de Bienestar Animal de 2006 (ver: www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/contents, en inglés). En la sección 1 de la misma se señala que, salvo ciertas excepciones, “animal” significa un vertebrado distinto del hombre, y por “vertebrado” debe entenderse todo animal del Sub Filo “Vertebrata” del Filo “Chordata”. Se advierte que tales clasificaciones son concordantes con las usadas en la taxonomía biológica.
54. De este modo, la ley permite que la autoridad nacional correspondiente pueda extender la definición de “animal” para incluir invertebrados, pero solo si existe evidencia científica de que los animales a los cuales se les extiende la protección de la ley son capaces de experimentar dolor o sufrimiento.

55. De acuerdo con la sección 2, los animales protegidos por la ley son aquellos que son comúnmente domesticados en las Islas Británicas, los que se encuentran bajo control del hombre de forma permanente o temporal, y aquellos que no se encuentren viviendo en estado salvaje. La sección 4 de la ley proscribe, de forma similar a la ley peruana, que se genere sufrimiento innecesario a un animal, mientras que la sección 9 regula el deber de asegurar el bienestar animal, lo que incluye:
- (a) su necesidad de un ambiente adecuado;
 - (b) su necesidad de una dieta adecuada,
 - (c) su necesidad de poder exhibir patrones de comportamiento normales,
 - (d) su necesidad de ser alojado con, o aparte de, otros animales, y
 - (e) su necesidad de estar protegido contra el dolor, el sufrimiento, las lesiones y las enfermedades.
56. El Reino Unido tiene un conflicto propio con actividades tradicionales consideradas crueles hacia los animales, como es la caza de animales silvestres usando perros especialmente criados o entrenados para perseguirlos. De hecho, mediante la Ley de Cacería de 2004, se prohibió específicamente la caza usando perros (ver: www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/37/notes/contents), aunque la ley contiene excepciones.
57. Por su parte, la Constitución de Estados Unidos no hace referencia directa a los animales, pero estos tienen protección a nivel federal, mediante la Ley de Bienestar Animal de 1966. Como señala la página web de la Librería Nacional de Agricultura, del Departamento de Agricultura (ver: <https://www.nal.usda.gov/awic/animal-welfare-act>, en inglés):
- Es la única ley federal en los Estados Unidos que regula el tratamiento de los animales para investigación, exhibición, transporte y por comerciantes. Otras leyes, políticas y lineamientos pueden incluir cobertura adicional de especies o especificaciones para el cuidado y uso de los animales, pero todas se refieren a la Ley de Bienestar Animal como el estándar mínimo aceptable.
58. Esta ley tiene una definición particular de lo que es un animal (ver Código de los Estados Unidos, Título 7, Capítulo 54, sección 2131 en adelante: www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2015-title7/html/USCODE-2015-title7-chap54.htm, en inglés), en tanto no incluye a todos los vertebrados, sino a tipos específicos de mamíferos, particularmente aquellos que son usados como mascotas.
59. A nivel del derecho supraestatal, un avance bastante notorio se dio con el Tratado de Lisboa, el cual regula el funcionamiento de la Unión Europea, y que dispuso, en su artículo 13, que los Estados Miembros debían tener en cuenta las exigencias “en materia de bienestar de los animales como seres sensibles”, regulación que, no obstante ello, resguardó un importante margen de discrecionalidad a los ordenamientos internos al

establecer que la Unión Europea debía respetar “las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados Miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”.

60. El derecho comunitario europeo, de hecho, fue uno de los primeros en abordar la cuestión animal. En 1974 se aprobó, la “*Directiva sobre aturdimiento de los animales antes de su sacrificio* (74/577/EEC)” por parte del Consejo de las Comunidades Europeas, la cual, en su preámbulo, indica que la Comunidad debería abolir cualquier clase de crueldad en contra de los animales, y que un primer paso para ello radicaba en eliminar cualquier sufrimiento innecesario que ellos pudieran sufrir al momento del sacrificio. Otro paso importante, esta vez a nivel del Consejo de Europa, se dio con la aprobación del “*Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía*”, aprobado en 1987. En dicho documento se resalta el deber del “hombre [, el cual] tiene la obligación moral de respetar a todas las criaturas vivas, y teniendo presentes las especiales relaciones existentes entre el hombre y los animales de compañía”. Este instrumento tiene una destacada importancia en cuanto a la regulación de la situación de los animales de compañía, los cuales, según sus disposiciones, tienen una destacada “contribución a la calidad de vida y su consiguiente valor para la sociedad”.
61. Se resalta, así, que los animales, por su propia condición, no deben sufrir de manera innecesaria ni ser abandonados, y a ello se agrega que esto se debe a las relaciones que las personas entablan con ellos. Esta primera fase de reconocimiento tiene un punto álgido con la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo de fecha 21 de enero de 1994, en la que se considera a los animales como seres sensibles y no como meros productos agrícolas.
62. En el caso de tratados u obligaciones internacionales que puedan vincular al Estado peruano, la parte demandante sostiene que existe el deber de cumplir con lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos del Animal, instrumento que, según sostiene, es de obligatorio cumplimiento. Al respecto, noto que, en el primer punto de la exposición de motivos presentada junto con la iniciativa ciudadana, se señala lo siguiente:

La República del Perú es una Nación soberana que ha hecho suya la preocupación por la protección animal. En esa línea, y como miembro de la comunidad internacional, el Perú es suscriptor de la Declaración Universal de los Derechos del Animal, proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y posteriormente aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).
63. Al respecto, el Tribunal Constitucional solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores información referida a las obligaciones internacionales vigentes del Perú en materia de prohibición del maltrato animal. Como respuesta, y mediante Oficio SGG 3-O-E/440, dicho ministerio adjuntó el Informe (DGT) 016-2019, emitido

por la Dirección General de Tratados, en el que se señala que “se puede afirmar que no existe una ‘Declaración Universal de los Derechos de los Animales’ que haya sido adoptada por la ONU, ni por la UNESCO”. Agrega que, si bien se tiene conocimiento de la existencia de dicho documento, este tiene naturaleza privada, y el Perú no podría ser parte ni haberlo ratificado “pues no cuenta con la naturaleza jurídica de tratado”.

64. De este modo, y ante la ausencia de un instrumento internacional vigente para el Estado peruano, surge la pregunta en tomo a la condición o esencia de los animales. Y, particularmente en el modelo peruano, ello ha sido objeto de algunas aparentes contradicciones a nivel legislativo, el cual no ha terminado de identificar el concreto estatuto que ellos ostentan en nuestro ordenamiento jurídico. Si se atiende a la regulación prevista en la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar animal, cuestionada en este caso, ella tiene como propósito, conforme se dispone en su artículo 2, el garantizar “el bienestar y protección de todas las especies de animales vertebrados o silvestres mantenidos en cautiverio, en el marco de protección de la vida, la salud de los animales y la salud pública”. De ello podría desprenderse que, para el legislador, los animales no son estrictamente patrimonio o bienes, lo que los alejaría de una visión netamente civilista de la condición animal.
65. Estos ejemplos demuestran que, aunque embrionariamente, la cuestión animal ha empezado a ser objeto de debate en distintos países, aunque ciertamente con diversos matices. El caso alemán, por ejemplo, destaca que la protección y responsabilidad con los animales apunta a los deberes con las generaciones futuras, lo cual permite colegir que, más que la protección que ellos merecían en particular, la tutela se relaciona para con terceras personas. En Brasil, por otro lado, se resalta que la obligación del poder público se encuentra más configurada por acciones negativas (no infligir un trato cruel) que por deberes positivos de tutela, y en ambas experiencias no queda claro si absolutamente todos los animales merecen el mismo nivel de protección, aspecto que, se entiende, corresponde al legislador ordinario. En todo caso, lo que debe destacarse es que, en cada vez mayor forma, se está superando la visión antropocéntrica de la comunidad, la cual empieza a asumir que convive en el mundo con otras especies y seres vivos.

3-4.LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL ESTATUTO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

66. Ahora bien, es llamativo el hecho que, en una considerable cantidad de países, los aspectos concernientes a la condición y el estatuto de los animales no humanos no hayan sido regulados a nivel constitucional, como ocurre en el caso peruano, y esto guarda conexión con que no estén completamente delimitados los deberes (y en qué medida) que es necesario observar en relación con ellos. De ello, sin embargo, no puede colegirse que el ordenamiento peruano deba ser completamente indiferente a lo que ellos afrontan. En realidad, ya el legislador nacional, con la adopción de leyes como la ahora

cuestionada, demuestra una primera intención de graficar que no se tratan de simples bienes, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de bienes que suelen ser objeto de regulación en el seno del derecho civil.

67. En efecto, la omisión en nuestra Constitución de alguna cláusula explícita que, como la alemana o la brasileña, regule la condición animal no permite concluir que nada pueda afirmarse acerca de su estatuto, más aun cuando se trata de un asunto de especial repercusión para la misma sociedad, y que involucra distintas cuestiones de relevancia jurídica. En efecto, es claro que, en el ámbito jurídico constitucional, que es el que ciertamente compete al Tribunal Constitucional, los animales no fueron considerados expresamente por el constituyente como destinatarios de derechos ni de obligaciones. Ello guarda relación con el hecho de que los animales no son sujetos morales ni son responsables por su conducta, a diferencia de las personas, que sí tienen conciencia de sus actos.
68. Advierto que, aunque no de manera expresa, la protección de los animales tiene ciertamente un sustento constitucional en el artículo 68 de la Constitución, el cual señala que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica. De esto se extrae que el Estado tiene el deber primario-aunque no absoluto, como se verá más adelante- de prevenir la extinción de las especies animales y, por tanto, de protegerlas.
69. El artículo 2, inciso 22, brinda, también, un sustento constitucional indirecto, pues hace referencia al derecho de las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y los animales son parte esencial del medio ambiente, el cual cohabitan con la especie humana. De esta forma, el deber de conservación del medio ambiente y de la diversidad biológica extiende la protección a todas las especies animales, sean domésticas, silvestres o silvestres mantenidas en cautiverio, pues todas contribuyen a la diversidad biológica del país.
70. No obstante ello, este deber de conservación y protección no puede entenderse como absoluto, pues no garantiza el mismo grado de protección a todas las clases o especies animales. Efectivamente, no resulta razonable proteger especies que son dañinas para los seres humanos -o incluso para los animales domésticos o de granja- por transmitir enfermedades o perjudicar los cultivos, por todos los males e inconvenientes que ello puede generar no solo para la sociedad en su conjunto, sino incluso, en algunos casos, para otras especies animales.
71. Por el contrario, podría argumentarse que existe más bien un interés social en erradicarlos o fumigarlos, como ocurre con mosquitos que transmiten el dengue o la malaria, o con otros animales que representan un riesgo para la salud de las personas, como puede ocurrir con las ratas o las cucarachas. Por tanto, este deber de protección animal deberá materializarse mediante leyes, y será el legislador el encargado de determinar el grado de protección adecuado que corresponderá a cada especie o clase de animales.

72. Los elementos que deberá usar el legislador para realizar esta diferenciación podrán estar basados en la conservación de la salud de las personas o los animales; razones científicas, como la capacidad para experimentar emociones de las diferentes clases o especies animales; o, por razones culturales, como la protección especial que tienen los animales de compañía; u otros motivos legítimos y razonables. De hecho, la misma Ley 30407 es un reflejo de esta diferenciación necesaria, pues protege, especialmente, a los animales vertebrados, y reconoce un estatus especial a los animales de compañía, como se verá más adelante.
73. La razón de la protección especial que se otorga a los animales vertebrados y que excluye a los invertebrados sería, principalmente, de orden científico, pues la mayoría de opiniones apuntan a que los primeros tendrían en general mayor capacidad cerebral para sentir dolor o sufrimiento que los segundos (aunque diversos estudios científicos atribuyen significativas capacidades intelectuales a ciertos tipos de invertebrados, como los cefalópodos, que, sin embargo, han sido excluidos de protección directa). Sin perjuicio de ello, también pueden encontrarse razones de orden práctico: muchos invertebrados son tan pequeños que los seres humanos pueden dañarlos involuntariamente mientras realizan las actividades cotidianas de su vida. Extender la protección a este tipo de seres vivos dificultaría en exceso el normal desarrollo de las actividades humanas.
74. A modo de referencia, en el plano internacional tenemos que la Unión Europea lleva varias décadas implementando políticas o acuerdos sobre protección animal. En el año 2009 fue enmendado el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, uno de sus documentos de máximo rango. En efecto, en el artículo 13, del Título II del referido instrumento -al cual se hizo referencia *supra*- se reconoció a los animales como seres sensibles y la obligación de asegurar su bienestar (ver: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX: 12012E/TXT &from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN), en inglés):
- Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.
75. Pero tal protección no equivale a otorgar derechos a los animales ni es absoluta. Por ejemplo, la Directiva 2010/63/EU, de 2010, sobre protección de animales usados para fines científicos, incluye dentro de su ámbito de protección, delineado en el artículo 1, numeral 3, únicamente a los animales vertebrados no humanos vivos, y a los cefalópodos vivos (ver: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:276:0033:0079:EN:PDF, en inglés).

76. En nuestro ordenamiento algunos animales silvestres, como ciertos peces o crustáceos, también pueden ser considerados como recursos naturales, por lo que de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución son patrimonio de la Nación, aunque por ley orgánica se pueden fijar las condiciones para su utilización y otorgamiento a particulares. Además, se debe promover su uso sostenible, conforme lo dispone el artículo 67, y la conservación de la diversidad biológica, como se indicó *supra*.
77. Así, es posible sostener que estas disposiciones constitucionales sirven como fundamento jurídico -más allá de las razones éticas y morales que puedan justificar el trato digno de los animales- para limitar el comportamiento de los seres humanos hacia otros seres vivos y evitar, en la mayor medida posible, su sufrimiento innecesario.
78. La protección a los animales que se deriva de la Constitución ha sido materializada principalmente en la Ley 30407, que a su vez reemplazó la regulación introducida por la Ley 27265, en cuanto busca proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte, y que reconoce en su artículo 14 que los animales vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio son seres sensibles.
79. Cabe destacar que, si bien la Ley 30407 aparenta tener un ámbito de protección limitado únicamente a los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, su artículo 24 establece la prohibición de atentar contra animales silvestres, y su artículo 26 establece la prohibición de atentar contra vertebrados acuáticos, lo que incluye también animales silvestres.
80. Lo señalado, entonces, no implica que los animales en estado salvaje o los invertebrados no tengan protección, pues, como se indicó *supra*, forman parte del medio ambiente y la diversidad biológica, y ambos están protegidos mediante la Ley 28611, “Ley General del Ambiente”, y la Ley 29763, “Ley Forestal y de Fauna Silvestre”.
81. A esto hay que añadir otras normas de carácter reglamentario, tales como el Decreto Supremo 004-2014-MINAGRI, que aprueba la actualización de la lista de clasificación y categorización de las especies amenazadas de fauna silvestre legalmente protegidas, que incluye a especies de animales invertebrados (ver: spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2014/Abril/08/DS-004-2014-MINAGRI.pdf).
82. Independientemente de lo hasta aquí expuesto, debo recalcar que este régimen de protección no transforma la situación jurídica de los animales en titulares de derechos o en sujetos de derecho, sino que establece límites al comportamiento humano, y limita también el derecho de propiedad sobre los animales. Es decir, si bien los animales pueden ser usados como medios, existen límites respecto a cómo y para qué pueden ser usados, pues no resulta éticamente aceptable en nuestra cultura que la vida de los animales sea desperdiciada sin sentido, ni que se les haga padecer sufrimientos innecesarios o injustificados.

83. De esta forma, la noción de sufrimiento, de la mano con la del interés legítimo de los animales a que no se les realice daño alguno, empezará un nuevo debate en torno a la condición animal, y en la que esencialmente ya se ha dejado de lado la visión materializada en la idea simplista del carácter mecánico de los que no son integrantes de nuestra especie. Esta superación de la concepción tradicional de la vida animal también supuso que se supere lo que se ha denominado como “especismo”, esto es, la exclusión de cualquier consideración ética por el solo hecho que existan seres que no integran la misma especie. Lo que, en todo caso, aun se mantiene como problemático es conocer en qué medida dichas consideraciones de carácter moral inciden en el ordenamiento jurídico, y particularmente respecto de qué clase de animales, cuestión que corresponde ser resuelta por el Congreso de la República en estrecha colaboración con otros órganos.
84. La necesidad que sea el ser humano, a través de los distintos órganos estatales, el que intente delimitar los deberes que debe tener para con los animales -partiendo de la premisa de la proscripción de cualquier sufrimiento innecesario- también puede notarse en el hecho que estos últimos no manejan un lenguaje complejo y visual. Así, aunque cuenten con formas de comunicarse, ello no les permite manifestar alguna suerte de oposición o reclamo frente a alguna medida que los perjudique. De hecho, es bastante llamativo que, particularmente entre los siglos XIV y XVI, existiera la posibilidad de instaurar procesos en contra de los animales, pese a que ellos no tenían, a su vez, facultad alguna de reclamar algo en su beneficio.
85. Uno de los ejemplos más documentados se presentó en 1386, en Normandía, y que tuvo que ver con el “asesinato” de un integrante de la familia Le Maux por parte de un cerdo, lo cual ameritó su encierro y su posterior enjuiciamiento “vestido con un blusón y unos calzones, como una persona” [Rogel, Carlos (2018). *Personas, animales, y derechos*. Madrid: Reus Editorial, p. 83], luego de lo cual fue ejecutado. Sobre ello, Hans Kelsen recuerda que, cuando en estos ordenamientos primitivos se sancionaban a los animales con el propósito de regular su conducta, ello se basaba en “la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres” [Ver, al respecto: Kelsen, Hans (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba].
86. Esto demuestra, pues, que la cuestión animal no ha sido tratada con indiferencia por parte de los ordenamientos jurídicos, incluso de aquellos no modernos. Pocas dudas se mantienen en la actualidad en tomo a la existencia de deberes éticos en lo que respecta al no infligir sufrimientos innecesarios a los animales. No obstante, ese solo punto de partida no termina por resolver todos los inconvenientes concernientes a la clase de animales que pueden verse beneficiados por la adopción de normas por parte del Estado. No se cuestiona, por ejemplo, que, en ciertos contextos, los animales mamíferos puedan sentir sufrimiento ante determinados actos ocasionados por el hombre. Lo que es objeto de debate es si es posible demandar el cumplimiento de ciertas conductas a todos los seres humanos, independientemente de las características del animal del que se trate.

87. Esta especial situación de los animales, que ha generado la progresiva adopción de medidas por parte del legislador, empieza a modificarse a través de la asunción de la idea que explica que ellos ostentan la condición de seres sintientes, lo que algunos han denominado incluso como una suerte de “dignidad animal” (con el notorio propósito de distinguirla de los alcances de la dignidad humana), aunque sin trascender, claro está, de la condición de bienes sujetos de regulación a la de titulares de derechos. Efectivamente, el legislador les ha asignado esta suerte de estatus especial al prohibir primero, y criminalizar más tarde, el maltrato animal.
88. La condición de los animales no humanos es muy particular, ya que ellos generan ciertas obligaciones para las personas, pero no titularizan alguna en función a que no se les puede imputar algún nivel de responsabilidad. Esto es, legalmente no puede exigírseles el cumplimiento de deberes. De esto no se desprende que ellos ostenten alguna clase de ventaja en relación con los humanos, ya que, como se advirtió con anterioridad, ellos, por ejemplo, no pueden acudir a las cortes de justicia a reclamar frente a actos que supongan crueldad en su contra, ni tampoco cuentan con cuerpos o colectivos organizados que hagan saber a las autoridades públicas qué obligaciones mínimas deberían resguardarse a su favor.
89. Ahora bien, lograr precisión en la determinación del grado de sufrimiento que pueda sentir cada grupo de animales es una labor que es bastante compleja desde el punto de vista técnico como para que pueda ser asumida por un tribunal de justicia, y demanda la indispensable colaboración que pueda prestar la ciencia. Lo que no puede dejar de observarse es que los animales no humanos, pese a los significativos aportes que realizan para la convivencia pacífica en la sociedad o incluso en la preservación del medio ambiente, han sido en muchas oportunidades invisibilizados. Puede verse, por ejemplo, el caso de animales como los perros, los cuales pueden hacer las veces de guías, rescatistas o policías; los narvales y su importante rol en las actividades para enfrentar el cambio climático; las abejas que son los polinizadores más importantes del planeta, y las denominadas africanizadas, que han permitido la detección de toda clase de explosivos. Estos solo son algunos supuestos en los que se puede advertir de qué forma los animales no solo han pasado a desarrollar un rol de simple coexistencia, sino que son fundamentales para el entorno en que nos desenvolvemos, lo que debería ameritar que no sean tratados como simples objetos.
90. Se advierte, pues, que se trata de una cuestión que, aunque se encuentre lejos de ser resuelta, plantea por lo menos un punto de partida: la proscripción del sufrimiento innecesario a los animales. Ahora bien, se ha determinado que, en su amplio margen de discrecionalidad, el Congreso puede determinar los niveles y formas de protección de los animales. Sin embargo, ello no supone que, en dicho abanico de posibilidades, este órgano pueda *omitir* regular alguna clase de tutela de los animales, ya que precisamente la implementación de este tipo de medidas se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente obligatorio. Cuestión distinta es, como ya se ha advertido, la forma y el modo en que estas medidas son aprobadas por parte del Congreso de la República.

Así, su adopción obedece a lo que puede denominarse como un *deber constitucional*, el cual, en principio está dirigido al mismo Estado, pero que también abarca las conductas desplegadas por los particulares en la medida en que exponga a una situación de peligro a otras especies o a terceras personas.

91. Este deber tiene que materializarse en políticas específicas, a través de las cuales los operadores puedan diferenciar, de manera correcta, qué especies, y en qué supuestos, pueden ser las beneficiarias de una ley de protección. Un caso particular puede advertirse cuando, por ejemplo, la ley define como animal de compañía a toda especie doméstica que vive en el entorno humano familiar, cuyos actos puedan ser controlados por el dueño o tenedor; o cuando define a los animales de granja o de producción como especies domésticas que son especialmente criadas para destinarlas al consumo humano; pero, al realizar dicha tarea, no señala qué animales corresponden a una u otra, de manera que la clasificación de los animales como de granja o compañía es algo que ocurre conforme a los usos y costumbres, y está vinculada a la cultura y a los hábitos alimenticios de la población que de aquella se deriven. De esta clase de clasificaciones es posible extraer importantes consecuencias jurídicas.
92. En tal sentido, estimo que debe reconocerse lo siguiente:
 - (i) Existe un deber constitucional de protección hacia los animales, que deriva de su condición de seres vivos sintientes. La sociedad tiene un interés legítimo en asegurar su bienestar y evitarles sufrimientos innecesarios o injustificados. Esta protección, así como la que corresponde al medio ambiente, les corresponde *per se*, es decir, por el valor que tienen en sí mismos, más allá de la utilidad que tengan para los seres humanos.
 - (ii) Este deber de protección puede limitarse o suspenderse siempre que existan motivos razonables y legítimos para ello, vinculados con las necesidades humanas. Esto permite la crianza de animales para el consumo, su tenencia como animales de compañía, su uso restringido en actividades culturales o deportivas de notorio arraigo en las tradiciones nacionales, entre otros. En lo pertinente, estas actividades deben realizarse conforme a ley.
93. La relación entre ambos puntos se explica por el estatus especial que tienen los animales en el ordenamiento jurídico. Y tal relación se ve reflejada en la definición que tiene la Ley 30407 sobre el concepto de crueldad contra los animales: “todo acto que produzca dolor, sufrimiento, lesiones o muerte innecesarias de un animal”.
94. Esto quiere decir, como se expuso *supra*, que las necesidades humanas y el bienestar animal deben equilibrarse incluso cuando los animales sean usados como medios para el bienestar humano, pues no pueden ser usados arbitraria e ilimitadamente. Su uso debe ocurrir por razones legítimas y estar sujeto a reglas racionales y proporcionales. En concordancia con ello, el artículo 5 de la Ley 30407 impone deberes a las personas respecto de los animales, tales como:

5.1. Toda persona tiene el deber de procurar la protección y el bienestar de los animales, cualquiera sea su especie, evitando causarles daño, sufrimiento innecesario, maltrato de tipo físico que altere su normal comportamiento, lesión o muerte.

95. Por otro lado, el abandono y los actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres se encuentran penados en el artículo 206-A del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

El que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

Si como consecuencia de estos actos de crueldad o del abandono el animal doméstico o silvestre muere, la pena es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ciento cincuenta a trescientos sesenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

96. Pero también resulta evidente de la Ley 30407 que los animales pueden ser usados en beneficio de las personas, y que algunos animales pueden recibir un trato diferenciado por razones culturales. Así, el artículo 27, literal c), de la misma prohíbe la crianza y el uso de animales de compañía con fines de consumo humano. Se advierte, así, que más allá de la regulación contenida en la Ley 30407, subsiste una marcada tradición de calificar a los animales como parte integrante del patrimonio de la persona. Ciertamente, la ley impugnada intenta revertir, en cierta medida, dicha calificación al hacer mención a un deber de garantizar su bienestar y protección, pero es importante que el Congreso de la República pueda regular, con un nivel mayor de prolijidad, el estatus o la condición animal, pues de ella se van a desprender múltiples consecuencias en nuestro ordenamiento.
97. De este modo, asimilar a los animales con el patrimonio puede generar que los mismos propósitos pretendidos por la Ley 30407 se vean, en buena medida, frustrados. La lógica de la asimilación de la condición animal con la de simples bienes puede ocasionar que ellos sean susceptibles de todas las operaciones mercantiles o de otra índole propias del derecho civil, como puede ocurrir con el arrendamiento, la compraventa o la destrucción del bien mismo, lo cual puede problematizar la ejecución de las metas que pretende materializar el legislador con las leyes de protección animal.
98. Ahora bien, también estimo la idea que los animales no pueden asimilarse a las personas, lo que genera que el ordenamiento jurídico no se encuentra obligado a dispensarles *necesariamente* el mismo trato. En este ámbito, el legislador, observando los cánones de la ciencia, tiene un importante margen de discrecionalidad para regular todos los aspectos relativos a las relaciones entre humanos y animales. Sin embargo, esto no supone que estos últimos puedan ser considerados exclusivamente como simples bienes.

99. Advierto también que muchos de los aspectos necesarios para determinar la existencia y el deber que tanto el Estado como los particulares deben observar con los animales se encuentra, en buena medida, estrechamente vinculado con los progresos y avances de la ciencia, cuestiones que no le correspondería, en principio, al máximo intérprete de la constitución dilucidar. Esto es aun más importante si se destaca el hecho que, de dichas determinaciones científicas, se extraerán consecuencias en los umbrales de protección de los animales, partiendo de la premisa que no todos ellos, como ya se expuso, por su anatomía o estructura interna, se encuentran en la misma posición.
100. Por ejemplo, existen clasificaciones de animales que los dividen en salvajes y domésticos; vertebrados e invertebrados; ovíparos, vivíparos y ovovivíparos; díblásticos y triplásticos, y un considerable etcétera. Cada una de estas agrupaciones obedece a la distinta estructura animal, y que, en algunos casos, amerita diferencia en el trato que el legislador les pueda brindar. En la experiencia comparada se han tomado en consideración características como el que el animal pueda convivir con personas, la posibilidad que infrinja daño a terceros, el hecho que posea un sistema nervioso central o, como en culturas como en la India, hasta factores de índole religiosa. Es evidente, por indicar un supuesto, que no puede regularse de la misma forma el trato que deba dársele a un perro, que es por lo general un animal de compañía, del que pueda brindársele a un león, el cual, por su instinto y naturaleza, no podría convivir con seres humanos, a los cuales puede incluso poner en peligro.
101. De similar forma, un animal de compañía no podrá ser criado para consumo, pues existe una prohibición legal al respecto, pero un animal de granja sí podrá ser criado como animal de compañía, pues tal conducta no se encuentra prohibida. Cabe aclarar que este hecho no convierte a la especie animal en su conjunto en especie de compañía.
102. Sin embargo, de todo lo expuesto se desprende que existe un deber, inicialmente estatal pero que se extiende a los privados, de considerar a los animales como sujetos de protección, lo que empieza por la obligación de no generarles sufrimientos innecesarios.
103. No pasa desapercibido el hecho que los animales permiten que las personas puedan coadyuvar a realizar cuestiones como el transporte o el desarrollo de distintas labores, lo cual ha justificado que, en distintas épocas, hayan sido asimilados con bienes que podían ser objeto de apropiación, y que, en consecuencia, se sometían al ámbito de los derechos reales.
104. No obstante, ello no es óbice para advertir que ellos también generan importantes vínculos afectivos con las personas, a lo que debe agregarse su capacidad para sentir dolor y, que, en algunos casos, expresan emociones, por lo que no se trata de seres inanimados que, sin más, puedan ser tratados y abordados desde el derecho como simples objetos. De este modo, también se presentan como seres sensibles y sintientes, lo que genera que el legislador deba adoptar, dentro de su amplio margen de

actuación, todas aquellas medidas que estime pertinentes para su protección, lo cual se condice con las directrices trazadas por organismos intergubernamentales como la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE).

105. Esta idea tiene una repercusión directa en el debate sobre si lo que debe reconocerse o implementarse en el ordenamiento jurídico son derechos para los animales o políticas para asegurar su bienestar. Conforme a lo señalado *supra*, la segunda opción es la adoptada en nuestro país que, además, resulta dominante en el plano internacional.
106. El reconocimiento de derechos a los animales, o considerar que son fines en sí mismos, como propuso el filósofo animalista Tom Regan, podría implicar, como consecuencia lógica, que los animales no puedan ser usados de ningún modo por los seres humanos. En cambio, la implementación de políticas de protección a los animales implica que esto pueda ocurrir por razones legítimas y razonables, a la par que se garantice su bienestar general en la mayor medida posible.
107. Proscribir cualquier clase de uso es el fin último de algunos grupos protectores de los animales. Así, por ejemplo, la organización por los derechos de los animales “Personas por el Trato Ético de los Animales” (PETA, por sus siglas en inglés), tiene este lema en el encabezado de su página web:

Los animales no son nuestros para experimentar, comer, vestir, usar para el entretenimiento ni abusar de ellos en ninguna forma (ver: www.petalatino.com).

108. En su página en inglés, PETA señala que el trato ético, que asocia con la llamada “Regla de Oro” (básicamente el no tratar a otros como uno no quisiera ser tratado) así como con los principios de bondad y no violencia, debe extenderse a todos los seres vivos: reptiles, mamíferos, peces, insectos, aves, anfibios y crustáceos (ver: www.peta.org). Otras organizaciones tienen fines más limitados. El Proyecto Gran Simio (GAP). por ejemplo, señala en su página web (ver www.projetogap.org.br/es) que:

El GAP es un movimiento internacional cuyo objetivo mayor es luchar por las garantías de los derechos básicos a la vida, a la libertad y a la no tortura de los grandes primates no humanos - Chimpancés, Gorilas. Orangutanes y Bonobos. nuestros parientes más próximos en el mundo animal.

109. Evidentemente, no puedo anticipar si los ideales de las organizaciones de protección de los animales serán aceptados masivamente por las personas en el futuro, y si eventualmente serán incorporados en el ordenamiento jurídico, sea de forma total o parcial, pero sí advierte que existe una tendencia general en la cultura occidental hacia la “descosificación” de los animales y el Perú no es ajeno a dicha corriente. No obstante, no es posible negar que en nuestro ordenamiento jurídico los animales son actualmente considerados como sujetos de regulación jurídica, lo que posibilita que, en determinadas circunstancias y en ciertos contextos, sean usados como medios y

no como fines en sí mismos -aunque ello esté sujeto a límites, como se verá más adelante-.

110. Sin embargo, y más allá de distintos avances a propósito de la aprobación de la ley que ha sido cuestionada en el presente proceso de inconstitucionalidad, si es que se examinan las disposiciones pertinentes del Código Civil o del Código Penal, se podrá apreciar que existe una aparente contradicción, pues, a diferencia de la condición que se le atribuye a un grupo de animales en la ley impugnada, lo cierto es que existen otras disposiciones que la asimilan con el patrimonio de la persona. En el caso del Código Civil, el artículo 930 dispone que “[l]os animales de caza y peces se adquieren por quien los coge, pero basta que hayan caído en las trampas o redes, o que, heridos, sean perseguidos sin interrupción”. Lo curioso es que esta cláusula se encuentra contenida en el Título 11, denominado “Propiedad”, de la Sección Tercera de dicho cuerpo normativo, el cual regula los derechos reales.
111. Esto último resulta evidente en el uso que se da a los animales en la industria alimentaria, donde se cría algunas especies para consumo humano, o de las normas del Código Civil que, si bien no incluye de forma expresa a los animales en el listado que hace de los bienes muebles en el artículo 886, en otros artículos los trata como objetos con contenido patrimonial que pueden ser materia de transacciones económicas. Así, en el Código Civil se dispone lo siguiente respecto de los animales:

Apropiación por caza y pesca

Artículo 930.- Los animales de caza y peces se adquieren por quien los coge, pero basta que hayan caído en las trampas o redes, o que, heridos, sean perseguidos sin interrupción.

Caza y pesca en propiedad ajena

Artículo 931.- No está permitida la caza ni la pesca en predio ajeno, sin permiso del dueño o poseedor, según el caso, salvo que se trate de terrenos no cercados ni sembrados.

Los animales cazados o pescados en contravención a este artículo pertenecen a su titular o poseedor, según el caso, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

Accesión natural

Artículo 946.- El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario.

Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.

En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe.

Vicios ocultos en transferencia de animales

Artículo 1521.- En la transferencia de animales, el saneamiento por vicios ocultos se regula por las leyes especiales o, en su defecto, por los usos. A falta de estos últimos, se observarán las normas que anteceden.

Imprudencia del saneamiento en la transferencia de animales Artículo 1522.- No hay lugar al saneamiento por vicio oculto en la transferencia de animales y ganado hecha en feria o en pública subasta, ni en las de caballería de desecho o en circunstancias equivalentes.

Responsabilidad por daño causado por animal

Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

112. De una manera similar, el Código Penal, en el artículo 206-A, tipifica el delito de “Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres” en los siguientes términos: “[e]l que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36”. La regulación de este tipo penal, en el Capítulo IX, relacionado con los Daños, y que a su vez es parte del Título V, que se relaciona con los delitos contra el patrimonio, permite ver la posición que, en este punto, asume el legislador peruano en lo que respecta al estatus de los animales.
113. Resulta evidente, de todo lo expuesto, que los animales no son ni pueden ser considerados simples cosas, pues son seres vivos con capacidad para expresar emociones, entre ellas, el sufrimiento. Pero tampoco es necesariamente cierta la fórmula que aboga por asimilarlos completamente al estatus y derechos que titularizan las personas. Como seres vivos que son, los animales tienen un instinto de supervivencia que los impulsa a protegerse y evitar el sufrimiento como intereses primordiales. Por ello, más que ser en estricto simples “cosas”, los animales se presentan ante el ordenamiento jurídico como una suerte de *tertiumgenus*, esto es, una condición que no apunta ni a considerarlas específicamente personas, pero tampoco como objetos a entera disposición de ellas.
114. La forma en que los animales experimentan emociones es diferente a la humana, pues no tienen capacidad para comprender las circunstancias ni los motivos que los llevaron a una situación particular, ni las consecuencias que se derivan para sí mismos o para otros. Pero no por ello su interés en la autoconservación deja de ser valioso. Es el reconocimiento de esta capacidad que tienen los animales de sufrir y el querer evitarles dicho sufrimiento lo que está en el núcleo del debate ético entre aquellos que están a favor de los espectáculos cuestionados y los que buscan su prohibición.

115. Los animales merecen, entonces, un estatus especial, de manera que no solo es posible -sino también necesario- establecer un régimen de protección legal a su favor, siempre que no se afecten los derechos fundamentales de las personas, los intereses esenciales de la sociedad, ni lo dispuesto en la Constitución u otras normas de orden público.
116. Uno de los aspectos en los que se pueden advertir razones considerables para que el legislador pueda introducir restricciones al principio de la proscripción del sufrimiento radica en la existencia de prácticas culturales que cuenten con un importante arraigo en una zona determinada. En nuestra realidad social, por ejemplo, los animales de compañía son principalmente el perro y el gato, aunque este es un dato que bien puede presentarse como coyuntural. Prueba de ello es que, en otras culturas, los perros son criados para consumo, mientras que los cuyes, criados para consumo desde épocas precolombinas en nuestro territorio, son considerados como animales de compañía en otros países.
117. Es así que la cultura se presenta como una manifestación inescindible de la naturaleza humana, necesaria para su bienestar, y los animales han sido parte de ella desde tiempos prehistóricos, ocupando roles distintos dependiendo de cada contexto particular. De esta manera, la cultura es uno de los motivos legítimos por los cuales las personas podemos usar a los animales como medios. Esto nos permitiría establecer, respecto de ciertas manifestaciones culturales, limitaciones al deber constitucional de protección animal.
118. Resulta evidente que la excepción cuestionada permite, bajo el argumento de que se trata de manifestaciones culturales, que se realicen actos que, en principio, calificarían como actos de crueldad contra los animales y que en otras circunstancias no estarían permitidos, o que incluso estarían penados. Por tanto, para resolver la presente controversia y determinar la constitucionalidad de la excepción cuestionada será necesario analizar si el aspecto cultural de cada una de las manifestaciones concernidas justifica el trato que reciben los animales como parte de las mismas, es decir, si se justifica la limitación del deber de protección animal.
119. Por todo lo expuesto, y a fin de resolver el presente caso, es pertinente definir el concepto de cultura y sus límites constitucionales, pues no todas las manifestaciones culturales resultan conformes con los principios inherentes a un Estado Constitucional.

§4. LA CULTURA Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

120. La definición de lo que debe entenderse como “cultura” o “práctica cultural” es, para este caso, sumamente relevante, pues permite determinar si es que, al establecer excepciones en relación con el ámbito protegido de la Ley de Protección y Bienestar Animal, el legislador ha actuado en resguardo de ciertos bienes de relevancia constitucional. Ahora bien, es claro que no todo lo que sea invocado como cultura contará con sustento constitucional, sino solamente aquello que no ponga en riesgo o suponga una vulneración de otros derechos o principios constitucionales.

121. Al respecto, la Constitución reconoce, en su artículo 2, inciso 8, el derecho de toda persona a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como la propiedad sobre dichas creaciones y su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.
122. En el inciso 17 del mismo artículo se reconoce el derecho de toda persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida cultural de la nación, mientras que el inciso 19 se relaciona con el derecho a la identidad étnica y cultural, y señala que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.
123. Por otro lado, el artículo 21 regula el concepto de Patrimonio Cultural de la Nación, compuesto por los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Los bienes así declarados están protegidos por el Estado.
124. Adicionalmente, el artículo 14 establece el deber de los medios de comunicación social de colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural, mientras que el artículo 17 señala que el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural, y el artículo 18 que la educación universitaria tiene entre sus fines la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica.
125. Todos estos artículos componen lo que en conjunto puede denominarse como “Constitución cultural”. Pero debo recalcar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición explícita de lo que es cultura, por lo que resulta necesario esbozar algunas ideas sobre lo que debemos entender cuando hablamos de cultura.
126. Lo que será entendido por cultura gira en torno a dos ideas primordiales: (i) la cultura es un derecho fundamental estrechamente vinculado con la libertad, que tiene ciertos límites, como se verá más adelante; y, (ii) el Estado tiene un rol en la vida cultural de la sociedad.
127. La UNESCO, en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, realizada en México en 1982, señaló que:
 - (i) En su sentido más amplio, la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.
 - (ii) La cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A

través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden.

128. Por otro lado, los Lineamientos de Política Cultural para el periodo 2013-2016, emitidos por el Ministerio de Cultura, señalan lo siguiente:

La cultura puede ser entendida de diversas maneras, aunque estas se concentran en dos grandes definiciones. Por un lado, hace referencia al modo de vida de una comunidad, sustentado en las creencias, cosmovisiones, costumbres, símbolos y prácticas que se han sedimentado y estructuran la vida de esa comunidad. Por otro lado, la cultura también se refiere a un conjunto de objetos y prácticas, a obras de arte o expresiones artísticas en general, que han adquirido valor simbólico y material. Desde la primera definición, la cultura es un indicador de una forma de vida, vale decir, se refiere a las prácticas cotidianas que se han afianzado en las personas. Desde la segunda, son culturales aquellos objetos y prácticas que son fruto de la creatividad humana y que han conferido sentido con imágenes, sonidos y significados en la vida personal y colectiva.

La política cultural debe responder a ambas definiciones y se ocupa del estilo de vida de los ciudadanos haciendo visibles los buenos y malos hábitos que se han sedimentado, las experiencias que marginan, los poderes que excluyen. Al mismo tiempo, debe promover la mayor democratización de los objetos y las prácticas culturales existentes. Si la definición de cultura se encuentra inscrita en la tensión entre producir cultura y ser producido por ella, la política cultural busca generar mejores condiciones para el libre desarrollo de la producción cultural, por un lado y, por el otro, aspira a hacer más visibles las maneras en que los ciudadanos somos constituidos culturalmente por un orden social que nos antecede y que nos sirve de espacio privilegiado para el aprendizaje.

129. A modo de referencia, el Diccionario de la Lengua Española define la cultura como el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc. Mientras que califica como cultura popular al conjunto de manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.
130. De todo lo anterior se concluye que la cultura es un elemento esencial de la experiencia humana y producto de su libertad de pensamiento. La creación o ejercicio de manifestaciones culturales son actividades libres que desarrollan las personas. Es así que el derecho a la cultura se configura como un derecho autónomo, pero vinculado con el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad.
131. La cultura se expresa en manifestaciones materiales e inmateriales. Las primeras se plasman en la realidad física como bienes tangibles, mientras que las segundas están constituidas por las lenguas, las instituciones, las creencias, los usos, las prácticas, las

ideas, las representaciones mentales o psicológicas, las expresiones, los conocimientos y las técnicas que las comunidades, los grupos o los individuos reconocen como tales.

132. Pero también debe considerarse que los usos y costumbres se encuentran vinculados con un tiempo y espacio concretos, y están sujetos a variación, análisis y reinterpretación. En tal sentido, pueden ser aceptados o rechazados, tanto moral como jurídicamente, por el mismo grupo que los ha adoptado.
133. En el fundamento 29 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que:

(...) los usos y costumbres son relativos en el tiempo y en el espacio; en tal sentido, lo que antaño –como la esclavitud o la servidumbre– pudo ser considerado como un derecho o costumbre, no lo es hoy; o lo que en un lugar se acepta como consuetudinario, puede no serlo en otro, aun cuando temporalmente haya coincidencia.
134. Nuestra Constitución, el ordenamiento jurídico y las sentencias son expresiones de nuestra cultura jurídica, aunque por su naturaleza todas ellas son vinculantes y obligatorias.
135. Y ha sido también nuestra cultura la que ha desarrollado con el tiempo la idea de que la crueldad innecesaria contra los animales es inmoral, lo que ha llevado a la incorporación de normas jurídicas en favor de los animales para protegerlos de este tipo de comportamientos.
136. Casi cualquier actividad humana tiene un trasfondo cultural, de manera que las personas no necesitan una autorización estatal, previa o posterior, para desarrollar la gran mayoría de manifestaciones culturales existentes. Su ejercicio está garantizado por lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, literal a), de la Constitución, pues nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe.
137. Sin embargo, como cualquier actividad que desarrollen las personas, el ejercicio de las manifestaciones culturales está sujeto a límites dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Estos límites están constituidos por el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales de las demás personas, y el respeto a las normas de orden público.
138. En esa línea de ideas, el Tribunal Constitucional ha reconocido en la Sentencia 02765-2014-PA/TC, que:

(...) la tolerancia, en tanto valor y aspiración, implica también entender que, en el marco de una sociedad plural, existan distintas concepciones de lo bueno, y que ellas deben ser tratadas con igual consideración en tanto no supongan un quebrantamiento de los derechos fundamentales y de los principios elementales que configuran el Estado Constitucional en los términos del artículo 43 de la Constitución (...).

Por otro lado, una indiferencia estatal (...) nos puede conducir a lo que se ha denominado la “paradoja de la neutralidad”. En efecto, asumir esa posición implicaría,

de manera contraria a esta misma noción, que solo se asuman y protejan aquellos proyectos de vida que son producto de un valor objetivo: la misma neutralidad. De este modo, solo se respetarían los planes de vida que sean, a su vez, neutrales, lo cual implica ya una valoración de la conducta. No es este el diseño que la Constitución ha trazado. Antes bien, fomenta y protege las distintas creencias y culturas que existen en el país (fundamentos 9 y 12).

139. En consecuencia, el Estado no tiene, en principio, que adoptar una postura necesariamente activa frente a todas las manifestaciones culturales existentes, sino que su postura, por defecto ante la mayoría de ellas, es la no intervención, respetarlas y garantizarlas, proscribiendo solo aquellas que atenten contra los valores constitucionales y los derechos fundamentales. De esta forma, la intervención estatal en esta clase de escenarios debe limitarse a aquellas prácticas que, bajo el ropaje de las prácticas culturales, no reflejan más que un cuadro sistemático de vulneraciones a los derechos, principios o bienes que emanan de la constitución.
140. También entiendo que las posturas activas frente a manifestaciones culturales se presentan, por ejemplo, cuando el Estado adopta todas aquellas medidas necesarias para preservar bienes o prácticas que permiten individualizar lo autóctono. En efecto, cuando nuestra constitución, por ejemplo, hace referencia al deber estatal de preservar las lenguas aborígenes y autóctonas, adopta una postura activa frente a conductas direccionadas a menoscabar dichas manifestaciones de cultura. Es, pues, constitucionalmente justificable que el Estado no permanezca inactivo frente a eventuales menoscabos de la cultura que caracteriza algún espacio geográfico, y que bien puede permitir individualizar aspectos que nos identifican como peruanos.
141. En consecuencia, el Estado puede decidir adoptar alguna de las siguientes acciones frente a determinadas manifestaciones culturales:
 - (i) Reconocimiento: efecto meramente declarativo del carácter cultural de una manifestación;
 - (ii) Fomento: existe una política implementada por una entidad estatal, de cualquier nivel de gobierno, para apoyar o promover la realización de determinada manifestación cultural;
 - (iii) Protección: el Estado protege la manifestación cultural y busca conservarla, como ocurre con aquellas que se encuentran dentro del ámbito de la Ley 28296, “Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación”;
 - (iv) Regulación: el Estado regula el ejercicio de determinadas manifestaciones culturales, como ocurre con aquellas que se encuentran dentro del ámbito de la Ley 30870, “Ley que establece los criterios de evaluación para obtener la calificación de espectáculos públicos culturales no deportivos”;
 - (v) Prohibición: la prohibición de determinadas manifestaciones culturales puede ocurrir de forma directa o indirecta. Será directa cuando a través de una norma se

prohíba una manifestación específica, pero será indirecta cuando mediante normas de orden público se prohíben conductas generales, lo que impide que sean incorporadas en manifestaciones culturales (el sacrificio humano no requiere una prohibición expresa en tanto ya está penado el homicidio).

142. Para realizar acciones de regulación y prohibición, el Estado debe tomar en consideración los derechos fundamentales de las personas, particularmente los derechos a la libertad de creación, al libre desarrollo de la personalidad y a la cultura, implementando restricciones justificadas y proporcionales, y debe prohibir solo aquellas que sean contrarias a los valores que busca promover la sociedad.
143. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado anteriormente que en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra -integrada por culturas autóctonas y originarias, y por una cultura de origen hispánico que ha dado lugar a lo mestizo o criollo- es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se debe establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo.
144. Pero el concepto de lo cultural no debe restringirse solo a los grupos vulnerables o minoritarios, sino que dicho concepto debe extenderse a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local con identidad significativa. De hecho, este ha sido el criterio desarrollado en la STC 0006-2008-PI/TC.
145. Por otro lado, el Estado debe realizar las acciones de reconocimiento, fomento y protección, respecto de manifestaciones culturales que respeten la dignidad y los derechos fundamentales de las personas, así como las normas de orden público. Sobre este punto, es evidente que la noción de “cultura” no tiene por qué abarcar, necesariamente, todo el territorio nacional, ya que bien puede relacionarse con un espacio geográfico específico. Las manifestaciones culturales suelen ser el legado de sociedades marcadas por particularismos, y que precisamente por ello pueden brindar un importante nivel de diversidad que termina por enriquecer el patrimonio nacional.
146. Por tanto, el Estado debe valorar la presencia de los siguientes elementos antes de adoptar una acción concreta frente a una determinada manifestación cultural:
 - (i) El ámbito geográfico donde se desarrolla, es decir, las localidades o regiones en que se practica la actividad.
 - (ii) El ámbito temporal en que se realiza, es decir, las fechas o temporadas en que tiene lugar la actividad.
 - (iii) Su arraigo tradicional, es decir, la antigüedad de la práctica y su consistencia a lo largo del tiempo.
 - (iv) La existencia de un grupo de sujetos involucrados en su práctica, sea de forma directa como ejecutantes, o indirecta como espectadores.

- (v) Si involucra la realización de actividades expresamente penadas o prohibidas.
147. Debido a que las acciones que puede adoptar el Estado frente a las prácticas culturales son realizadas como parte de su política cultural, resulta pertinente entonces determinar quién tiene la competencia para fijar dicha política.
148. Conforme al artículo 102 de la Constitución, una de las atribuciones del Congreso de la República es la de dar leyes. De esto se deriva, como consecuencia necesaria, que una de sus facultades es la de establecer los lineamientos generales en el ordenamiento jurídico nacional de cualquier materia o política que pueda legítimamente ser regulada mediante una ley. El Congreso también puede delegar estas facultades legislativas al Poder Ejecutivo siempre que respete los límites establecidos en el artículo 104 de la Constitución.
149. Así, el legislador puede, por ejemplo, emitir normas que señalen cómo deberán realizarse las acciones señaladas *supra*, como hizo efectivamente al emitir la Ley 28296 y la Ley 30870, establecer prohibiciones indirectas vía normas penales, u ordenar que determinada manifestación cultural sea objeto de reconocimiento o protección.
150. En el caso específico de los espectáculos públicos culturales no deportivos, el artículo 2 de la Ley 30870 ha establecido que los criterios de evaluación para que una manifestación cultural obtenga tal calificación son: a) el contenido cultural de dicho espectáculo; b) su mensaje y aporte al desarrollo cultural; y, c) su acceso popular.
151. En tal sentido, es incorrecta la afirmación del demandante de que el Congreso no tiene competencia para incorporar la excepción cuestionada en la Ley 30407, pues tanto la cultura como la protección y bienestar de los animales son materias que pueden ser reguladas por ley y, por tanto, por el Congreso.
152. Una vez que ha sido establecido el marco legislativo general corresponderá al Poder Ejecutivo dirigir la política estatal en materia cultural, conforme a las pautas dadas por el legislador. Para ello el Congreso emitió la Ley 29565, mediante la cual creó el Ministerio de Cultura como organismo del Poder Ejecutivo encargado de dicho sector.
153. El Poder Ejecutivo no debe inobservar los mandatos imperativos del Congreso que se encuentran en las leyes, pero dentro de tales límites goza de autonomía y discrecionalidad para dirigir la política cultural del país.
154. Por otra parte, cabe citar la Carta de la Defensoría del Pueblo 30-2019-DP/PAD, de fecha 14 de marzo de 2019, dirigida a la Unión de Galleros del Perú, e incorporada al expediente del presente caso mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2019, del que se diera cuenta *supra*.
155. A juicio de la Defensoría, en la presente controversia se encuentran enfrentados dos bienes jurídicos: el reconocimiento de manifestaciones culturales, y el deber de protección animal, que deriva de la obligación del Estado de promover la conservación

- de los recursos naturales, la diversidad biológica, el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y la función ecológica de la propiedad.
156. La Defensoría señala que “esta controversia deberá ser resuelta mediante un pronunciamiento que armonice los bienes jurídicos en disputa”, y concluye que “es necesario que la labor interpretativa responda a una valoración que compatibilice el debido respeto por nuestra fauna sin llegar a decisiones extremistas de erradicar las tradiciones culturales”.
157. En el presente caso, ha sido el legislador quien ha establecido, mediante la disposición cuestionada, que las peleas de toros, peleas de gallos y corridas de toros se encuentren exceptuadas del deber constitucional de protección a los animales, en el entendido de que son espectáculos culturales. Pero como tal potestad ha sido expresada en una norma con rango de ley se encuentra sujeta al control constitucional concentrado del Tribunal Constitucional.
158. Ahora bien, independientemente de lo hasta aquí expuesto, es importante destacar que, de acuerdo con los demandantes, la Sentencia 0042-2004-AI/TC tendría mayor valor jurídico que la Sentencia 0017-2010-PI/TC, pues esta tiene efectos vinculantes y exhortó al Congreso a que dicte una Ley Orgánica de la Cultura, en las cuales se establezca las bases constitucionales de la política cultural del Estado, mientras que la segunda solo opinó sobre manifestaciones culturales.
159. Conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, lo dispuesto en las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.
160. Respecto a la posibilidad de variar sus criterios, se ha indicado, en el fundamento 20 de la misma Sentencia 0017-2010-PI/TC, que la decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *Civil Law*, como en los del *Common Law*.
161. El argumento que respalda dichos cambios es el mismo en ambos sistemas: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades y que el Derecho no quede petrificado en el tiempo. Por el mismo motivo, lo señalado podrá volver a ser revisado en el futuro en un nuevo proceso de inconstitucionalidad, siempre que exista una norma con rango de ley que sea cuestionada ante el Tribunal Constitucional, y ello tendrá un impacto en las políticas culturales sobre la materia.
162. Conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, la cultura no es una materia que deba ser regulada por ley orgánica, a pesar de lo señalado en la Sentencia 0042-2004-AI/TC. Aun así, ello tampoco sería un impedimento para que el Tribunal Constitucional revise sus lineamientos o recomendaciones, pues las leyes orgánicas no tienen un rango superior a las leyes ordinarias, ni es imposible modificarlas, sino que se diferencian de aquellas por su temática y requisitos de aprobación.

163. Efectuadas las precisiones anteriores, resta determinar en qué medida las corridas de toros, peleas de gallos, y otras actividades relacionadas pueden ser consideradas como manifestaciones culturales, y si es que, por esto mismo, pueden ser prácticas amparadas por la ley. Para ello, en primer lugar, estimo que es necesario realizar una revisión de lo dispuesto en el derecho comparado a fin de determinar si, en otras latitudes, existe un marcado consenso en cuanto a la prohibición de la realización de esta clase de eventos, factor que puede influir en la decisión de este colegiado en torno a la validez de las prácticas aquí cuestionadas.

§5. CORRIDAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS Y OTRAS ACTIVIDADES RELACIONADAS: ALGUNOS ASPECTOS DESDE LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

164. Considero pertinente analizar lo que ha ocurrido en la jurisprudencia comparada sobre las corridas de toros, peleas de gallos y otras actividades similares, pues mucho se ha dicho sobre la materia en países que, como el Perú, tienen una tradición taurina o gallística, así como lo ocurrido en otros países respecto a prácticas que afecten a los animales.
165. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre las corridas de toros ha ido variando con el tiempo, pero en líneas generales se ha desarrollado a favor de las mismas. En la Sentencia C-1192 de 2005 se confirmó la constitucionalidad del Estatuto Taurino, Ley 916 de 2004.
166. En aquella oportunidad la referida corte señaló que la tauromaquia se relaciona inescindiblemente al concepto de cultura, y que el legislador puede reconocerla como expresión artística y cultural del Estado y de quienes la practican. No obstante, dejó abierta la posibilidad de que en un futuro ello dejara de ser así, si cambiaban las circunstancias.
167. Por otro lado, la Sentencia C-666 de 2010 reprodujo una controversia similar a la que se aborda con la presente controversia. Mediante la Ley 84 de 1989 se adoptó en Colombia el Estatuto de Protección de los Animales, el cual contiene una excepción en su artículo 7 que permite la realización de corridas de toros, peleas de gallos y otros espectáculos, en contradicción con el deber general de protección del artículo 6.
168. Los demandantes en aquel caso alegaron, entre otras cosas, la vulneración del principio de diversidad étnica y cultural, por cuanto se desconocen las manifestaciones culturales de quienes consideran a los animales sujetos dignos de protección por parte del ordenamiento jurídico.
169. Asimismo, alegaron el deber estatal de protección del medio ambiente y, señalaron que los animales tenían reconocido en la ley un derecho a no ser tratados cruelmente, ni ser torturados, así como la prohibición de torturas y penas crueles, inhumanas o degradantes.

170. La Corte Constitucional de Colombia señaló que en su ordenamiento jurídico existe un deber constitucional de proteger el ambiente y los recursos naturales, y que la dignidad humana y el principio de solidaridad son el fundamento del deber de protección a los animales y la búsqueda de su bienestar. Asimismo, mencionó la función social y ecológica de la propiedad como fundamento a la prohibición del trato cruel hacia los animales.
171. Resaltó que la Constitución no deja opción respecto de la protección animal, aunque el sistema de protección que se cree debe atender las limitaciones derivadas de la concreción de otros principios de índole constitucional que en determinados casos puedan ser afectados por la protección que se cree para los animales.
172. En consecuencia, las excepciones que existan en el ordenamiento jurídico respecto de la protección prevista para los animales, no pueden ser fruto del capricho o discrecionalidad de los poderes constituidos, sino que tendrán que estar sustentadas en criterios de razonabilidad o proporcionalidad acordes con los valores y principios que prevé el ordenamiento constitucional.
173. A continuación, la corte colombiana señaló que existen límites legítimos al deber constitucional de protección animal, como la libertad religiosa, los hábitos alimenticios de los seres humanos, la investigación y experimentación médica, y la cultura, en cuanto bien jurídico protegido por el Estado.
174. Agregó que las manifestaciones culturales deben estar en armonía con los otros valores, derechos y principios que integran el sistema constitucional colombiano, y que será tarea del juez constitucional determinarlo en cada caso en base a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
175. Hizo notar que la contradicción aparente entre los artículos 6 y 7 de la ley cuestionada, no constituía el problema jurídico a discutir, sino el determinar si con la excepción del artículo 7 se desconocía, sin justificación legítima, el deber constitucional de protección animal.
176. Señaló que el fundamento de la permisón de maltrato animal en el desarrollo de ciertas actividades radica en que se trata de manifestaciones culturales con arraigo social en ciertas regiones del territorio nacional. Pero agregó que es necesario armonizar dichas manifestaciones culturales con el deber de protección animal.
177. La Corte Constitucional de Colombia afirmó también que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede llegar a prohibir las manifestaciones culturales que implican maltrato animal, si considera que debe primar el deber de protección animal sobre la excepcionalidad de las expresiones culturales que implican agravio a seres vivos.
178. Dicho órgano sostuvo que la excepción del artículo 7 de la Ley 84 de 1989 se encuentra acorde con las normas constitucionales únicamente en aquellos casos en

donde la realización de dichas actividades constituye una tradición regular, periódica e ininterrumpida de un determinado municipio o distrito, y que tengan lugar única y exclusivamente en aquellas ocasiones en que usualmente se hayan realizado en los respectivos municipios o distritos en que estén autorizadas.

179. Concluyó que el Estado podrá permitir las cuando se consideren manifestación cultural de la población de un determinado municipio o distrito, pero deberá abstenerse de difundirlas, promocionarlas, patrocinarlas, o construir con fondos públicos instalaciones destinadas exclusivamente a dichas actividades. Lo contrario implicaría el desconocimiento absoluto de un deber constitucional, y el consiguiente privilegio irrestricto de otro.
180. En el año 2017 la Corte Constitucional de Colombia emitió la Sentencia C-041. En dicha oportunidad se solicitó la inconstitucionalidad, entre otras normas, del artículo 5 de la Ley 1774 de 2016, que adicionó el artículo 339B del Código Penal referido a los delitos contra la vida, integridad física y emocional de los animales, cuyo parágrafo tercero excluyó a quienes realicen las conductas descritas en el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, reseñada *supra*.
181. La corte colombiana señaló que el legislador es quien tiene la competencia para establecer los delitos, pero que la norma en cuestión generó un déficit de protección constitucional hacia los animales, y declaró inexecutable, es decir, inconstitucional, el parágrafo tercero del artículo 339B del Código Penal, otorgando dos años al congreso colombiano para adaptar la legislación a la jurisprudencia constitucional.
182. Posteriormente, mediante el Auto 457 de 2018, la Corte Constitucional de Colombia declaró la nulidad de la Sentencia C-041 de 2017, al considerar que dicho fallo desconoció los efectos de la cosa juzgada constitucional de la Sentencia C-666 de 2010, cuyas conclusiones reafirmó.
183. Por otro lado, en España la tauromaquia ha sido establecida como patrimonio cultural de todos los españoles, con protección en todo el territorio nacional, conforme a la Ley 18/2013, y los poderes públicos deben garantizar su conservación y promover su enriquecimiento.
184. Algunas Comunidades Autónomas han intentado legislar la materia de diferente manera, pero han obtenido fallos adversos del Tribunal Constitucional de España, pues conforme a su Constitución la materia debe ser regulada por el Estado.
185. Así, el Parlamento de Cataluña emitió la Ley 28/2010, cuyo artículo 1 modificó el artículo 6 del Decreto Legislativo 2/2008, Ley de protección de los animales, que prohibió las corridas y espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal.
186. Posteriormente, el Estado aprobó la referida Ley 18/2013, la cual debe ser aplicada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, que señala que los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de

España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

187. Luego fue emitida la Ley 10/2015, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, cuyo artículo 1 señala que su objeto es regular la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el patrimonio cultural inmaterial, en sus respectivos ámbitos de competencias.
188. El Tribunal Constitucional de España, mediante Sentencia 17712016, de fecha 20 de octubre de 2016, declaró inconstitucional y nulo el citado artículo al considerar que se incurrió en un exceso en el ejercicio de las competencias autonómicas que invadió o menoscabó las establecidas en el artículo 149, numeral 2, de la Constitución de España.
189. De acuerdo con dicho artículo, sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural con ellas.
190. Dicho tribunal manifestó que, si bien la Ley 18/2013 y la Ley 10/2015 no constituyen parámetro directo de constitucionalidad (pues lo determinante son las reglas constitucionales de distribución de competencias), deben ser consideradas como un elemento añadido de análisis. Asimismo, recordó que la conservación de la tradición de las corridas de toros ya fue destacada por la Ley 10/1991, cuya exposición de motivos puso de relieve la dimensión cultural de las corridas de toros, determinante de su relación con la competencia estatal de fomento de la cultura.
191. Sobre el particular, señaló que la consideración de la tauromaquia, y, por tanto, de las corridas de toros, como patrimonio cultural inmaterial español que operan las leyes estatales antes citadas podría discutirse desde el punto de vista de la opción tomada por el legislador, pero no puede considerarse un ejercicio excesivo de las competencias que corresponden al Estado en materia de cultura conforme al artículo 149, numeral 2, de la Constitución.
192. En ese sentido expresó que el hecho que la aceptación de ese carácter no sea pacífico, no priva a las corridas de toros, en la decisión del legislador estatal, de su carácter cultural pues, existiendo en la realidad social española, el Estado contribuye a su conservación mediante una acción de salvaguarda de una manifestación subyacente que entiende digna de protección, en tanto que integrada en el genérico concepto constitucional de cultura, cuya preservación incumbe a todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias.
193. Afirmó que, en lo que respecta a la naturaleza de las disposiciones estatales, ambas expresan una actuación legislativa en materia de cultura, dirigida específicamente a la preservación de las corridas de toros, pues, se comparta o no, no cabe desconocer la conexión existente entre estas y el patrimonio cultural español, lo que, a estos efectos, legitima la intervención normativa estatal.

194. En dicha sentencia se constató la relación existente entre la cultura y las corridas de toros y espectáculos similares en tanto fenómeno histórico, artístico y cultural; y precisó que no es razonable entender que la obligación prescrita en el artículo 46 de su Constitución, imponga la obligación de mantener de modo incondicional una interpretación que tienda al mantenimiento de todas las manifestaciones inherentes a los espectáculos tradicionales, sin tener en cuenta otros intereses, derechos protegidos y otros valores culturales, a veces contrapuestos, que han de ser también adecuadamente ponderados.
195. En ese sentido, estimó que, desde la lógica de la concurrencia competencial existente en materia de cultura, las concepciones que los diversos poderes públicos encargados de cumplir el mandato del citado artículo 46 puedan tener de lo que se entienda como expresión cultural susceptible de protección, pueden ser comunes y también heterogéneas, e incluso opuestas.
196. Y agregó que esa valoración entra también dentro de la libertad de configuración que corresponde al legislador autonómico a la hora de legislar en el ejercicio de sus competencias sobre espectáculos públicos. También enfatizó que dichas diferencias han de manifestarse de modo conforme al orden constitucional de distribución de competencias en el que las decisiones autonómicas encuentran su fundamento, de manera que no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura amparadas en su Constitución.
197. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional de España concluyó que el artículo cuestionado, al incluir una medida prohibitiva de las corridas de toros y otros espectáculos similares, menoscabó las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto afectó a una manifestación común e impidió en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal.
198. De otro lado, en la Sentencia 134/2018, el tribunal español emitió un fallo en el que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de diversos preceptos de la Ley 9/2017, emitida en las Islas Baleares para regular las corridas de toros y proteger a los animales, y confirmó lo establecido en la Sentencia 177/2016, que se acaba de glosar.
199. Por su parte la Suprema Corte de Justicia de México, en el Expediente 163-2018, analizó la legitimidad constitucional de una medida adoptada por la legislatura que prohibía la pelea de animales en el Estado de Veracruz.
200. Señaló que en términos constitucionales la protección del medio ambiente no puede equipararse con la protección del bienestar animal, por lo que determinó que la protección de toda la vida animal no es una cuestión que pueda reconducirse a la protección del medio ambiente o de los recursos naturales.

201. Agregó que la cultura es una creación del hombre en oposición a la naturaleza como resultado de la evolución y hace referencia a que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la Observación General 21, ha precisado que el concepto de cultura incluye a las costumbres y tradiciones, por las cuales los individuos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas.
202. Asimismo, respecto al derecho a participar en la vida cultural como dimensión del derecho a la cultura precisó que este no es un derecho prestacional, sino un derecho de libertad, que otorga a las personas la posibilidad de incursionar libremente en una gran variedad de actividades; y que también impone un deber al Estado de no realizar interferencias arbitrarias en esas prácticas culturales.
203. En tal sentido, la Corte Suprema de México señaló que no todas las prácticas culturales que estén arraigadas en la población encuentran cobertura *prima facie* en el derecho a la participación en la vida cultural. En base a ello concluye que la expresión cultural que se examina no afecta directamente a las personas, sino a los animales utilizados en ella, por lo que cualquier práctica que suponga el maltrato y el sufrimiento innecesario de los animales no puede considerarse una expresión cultural amparada por la Constitución.
204. Por otro lado, la corte determinó que la prohibición de realizar peleas de animales tiene como finalidad la protección del bienestar de los animales, a pesar de que de la Constitución de México no se desprende un mandato expreso dirigido al legislador para proteger a los animales.
205. Seguidamente, la corte determinó que, a pesar de que no existe una prohibición constitucional de realizar peleas de animales, ello no implica que el legislador no tenga la potestad de restringir esa actividad. Al respecto, determinó que la protección del bienestar animal es una finalidad legítima que puede justificar la limitación de derechos fundamentales a las personas, como la garantía de la propiedad y la libertad de trabajo.
206. Por otro lado, la Corte Suprema de México resolvió que la finalidad mediata de la prohibición de las peleas de animales es el principio de protección del bienestar animal, mientras que la finalidad inmediata es el estado de cosas que exige alcanzar como principio el bienestar animal que se concreta en la prohibición de maltrato o de los tratos crueles.
207. Concluyó que la medida adoptada alcanza en un alto nivel la finalidad que se propone (proteger el bienestar animal) toda vez que la conducta prohibida causa daños físicos a los animales en las peleas, asimismo, la Corte señaló que la restricción es necesaria para proteger el bienestar de los animales, en base a que no se advierten medidas alternativas que interfieran en menor medida en los derechos de los recurrentes y que puedan promover el fin con la misma intensidad que la medida adoptada.

208. Por último, determinó que la medida resulta proporcional, ya que logra conseguir un alto nivel de eficacia en la promoción del bienestar animal, y al mismo tiempo las restricciones al ejercicio del derecho a la libertad trabajo y la propiedad son leves, en base a que restringe su ejercicio solo en ciertas actividades concretas y no de manera amplia o general.
209. Finalmente, en Francia, el Consejo Constitucional resolvió en el año 2012 que las corridas de toros son conformes con la Constitución. Estas se realizan en el sur del país. Los demandantes habían solicitado que se declare la inconstitucionalidad del artículo 521-1 del Código Penal, que reprime actos de crueldad hacia los animales, pero excluye la aplicación de tales disposiciones a las corridas de toros.
210. El órgano de control constitucional francés señaló que esta exclusión está limitada a los casos en los que se puede invocar que la tradición local se ha mantenido de forma ininterrumpida y solo para los actos que emanan de la tradición. Así, justificó entonces que la autoridad actuara de forma diferente ante actividades de la misma naturaleza celebradas en zonas geográficas distintas.
211. En otro fallo del año 2015 dicho ente confirmó el criterio reseñado, y también hizo referencia a las peleas de gallos, que se encuentran permitidas y exoneradas de consecuencias penales, siempre que se realicen en ciertas localidades del norte del país, y en la isla de la Reunión, donde son tradicionales.

§6. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL CUESTIONADAS DE LAS ACTIVIDADES

212. Expuesto lo anterior, corresponde determinar si es que la inserción de supuestos de excepción en la Ley de Protección y Bienestar Animal supone o una vulneración de principios o bienes reconocidos en la Constitución. Para ello, será indispensable analizar, por separado, cada una de las prácticas cuestionadas.
213. El análisis tendrá como propósito examinar si es que las prácticas invocadas como inconstitucionales cuentan (o no) con alguna clase de sustento basado en la tradición, y, de ocurrir ello, si es que es justificable la restricción del deber de no ocasionar sufrimientos innecesarios a los animales.

6-A. PELEAS DE TOROS

214. Conforme al artículo 22, literal d), de la Ley 30407, se encuentran prohibidas las peleas de animales tanto domésticos como silvestres, en lugares públicos o privados, lo que afectaría directamente la legalidad de las peleas de toros si no fuera por la existencia de la Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley.
215. Las peleas de toros no ocurren en otros países, por lo que se trataría de una tradición propia del sur del Perú, nacida en Arequipa. Esta actividad se desarrolla desde la segunda mitad del siglo XIX, donde es practicada particularmente por los ganaderos

y por las comunidades agrícolas, aunque dicha práctica, en parte por su carácter de costumbre autóctona, atrae a una gran cantidad de personas.

216. Adicionalmente, advierto que el Tribunal ha recibido valiosa información sobre la naturaleza y regulación de las peleas de toros por parte de la Asociación de Criadores, Propietarios y Aficionados de Toros de Pelea de Arequipa (ACPATPA). Según esta organización, se trata de una tradición cultural arequipeña y de otros lugares del Perú, que se remonta a la segunda mitad del siglo XIX.
217. Señala, además, que en toda la historia de las peleas de toros jamás se ha registrado la muerte de un toro durante la contienda o posterior a ella. Estos animales son usados cotidianamente en labores agrícolas, pero antes de enyugarlos estos pelean para determinar quién será el dominante, y recién después de ello se les puede amarrar para hacer la labranza. De esta forma habría nacido costumbre de enfrentar a los toros, a quienes no se les enseña a pelear, sino que lo hacen por instinto.
218. La ACPATPA señala que la actividad cuenta con un Reglamento de Peleas de Toros, aprobado el 20 de octubre de 2015, el mismo que ha adjuntado al informe presentado al Tribunal Constitucional. De la revisión de dicho reglamento, rescato los siguientes elementos:
- i) Su objeto es regular las peleas de toros, fomentar dicha tradición como patrimonio cultural, y proteger y preservar al toro de pelea como especie (Norma II del Título Preliminar).
 - ii) Las actividades que se realizan cuentan no solo con seguridad y servicio médico para las personas, sino también con servicio médico veterinario para los toros, con equipos y productos mínimos para atender emergencias (artículo 15).
 - iii) Existe la obligación de denunciar actos violentos cometidos entre los asistentes a los espectáculos ante las autoridades (artículo 16).
 - iv) Se incentiva la participación de toros ganadores, mientras que se desincentiva la participación de toros que hayan perdido anteriormente (artículos 20 y 21).
 - v) Los toros pueden recibir premios y distinciones (artículos 22 y 23); un toro tri-campeón en cualquier categoría recibe una distinción especial y pasa a retiro, no pueden participar una cuarta vez (artículo 31).
 - vi) Los toros están divididos en categorías: la mediana incluye toros desde los 520 a los 940 kilogramos de peso vivo, y la pesada a los toros que excedan dicho peso (artículo 25).
 - vii) Está prohibido que un toro pesado o que peleó con toros pesados descienda de categoría y pelee con toros medianos (artículo 26). Los toros tienen además un ranking (artículos 27 a 30).

- viii) Existen restricciones para los toros participantes, no podrán pelear aquellos toros que sean menores a 3.5 ni mayores a 12 años; ni se podrá cotejar a un toro ganador contra uno perdedor; ni podrá pelear si no han transcurrido mínimo 60 días desde su última pelea, o 20 días si no hubo pelea efectiva o si terminó ileso (artículo 33).
- ix) Los toros antagonistas deben tener condiciones similares en cuanto a edad, peso, asta y ranking; los animales deben competir en igualdad de condiciones. La AC-PATPA puede observar la programación si no se cumplen las condiciones de igualdad (artículo 32).
- x) Si se evidencia durante la pelea que no hay condiciones de igualdad, los jueces de la misma pueden declararla nula (artículo 32). Si un toro sufre menoscabo evidente en sus aptitudes naturales durante la pelea, aunque muestre intención de seguir peleando, los jueces deben darla por finalizada, separar a los animales y declarar empate (artículo 57). También puede pararse la pelea si tras 20 minutos es notorio el cansancio y daño en los toros (artículo 58).
- xi) Los toros deben estar en buenas condiciones corporales y de salud para pelear, sin lesiones que mengüen sus aptitudes naturales para la pelea; no debe cotejarse animales agresivos a las personas pues constituyen un peligro para sus propietarios, autoridades de peleas y público en general (artículo 32). Los toros deben pelear con sus astas naturales en buenas condiciones (artículos 45 y 46).
- xii) Se permite que el toro se niegue a combatir, en cuyo caso se considera que no ha hecho cara a su rival y la pelea es nula (artículos 29, 52 y 53). Incluso se permite que el animador titular que conduce al toro a la cancha resigne y decline la pelea en salvaguarda de la integridad física del animal (artículo 56).
- xiii) El reglamento también exige el bienestar y adecuado trato que las personas deben brindar al toro de pelea, particularmente el propietario, que es responsable de criarlo. Se indica que el animal goza de bienestar en la medida en que esté sano, bien alimentado, instalado en espacio cómodo y seguro, y pueda realizar comportamientos naturales (artículos 39 y 40).
- xiv) Estas condiciones deben evitar que padezca dolor o sufrimiento, y debe protegerse de las enfermedades y accidentes; también deben contar con atención médica veterinaria permanente (artículos 39 y 40).
- xv) El animal debe recibir buen trato, debe poder moverse libremente, tener un ambiente silencioso y un lugar de descanso apacible, y se le debe permitir estar cerca a otros animales de su especie para satisfacer su instinto gregario (artículos 39 a 41).
- xvi) Es obligación del propietario evitar crueldad y sufrimiento en la pelea, impedir el maltrato, lesión o muerte del animal (artículo 39).
- xvii) Se rechazan los actos que atenten contra la protección, preservación y bienestar del toro de pelea, como: abandonarlos en la vía pública o lugares que no reúnan las

condiciones mínimas para su bienestar; castigarlos, sacrificarlos, matarlos o mutilarlos innecesariamente; utilizar drogas sin un fin terapéutico supervisado por un médico veterinario; entre otros. La ACPATPA está en la obligación de denunciar estos actos ante las autoridades competentes.

219. De las disposiciones reglamentarias reseñadas, se evidencia que los organizadores de las peleas de toros han regulado dicha actividad de manera que se garantice el bienestar de los animales, tanto dentro como fuera de las canchas de pelea, y que se conserve su especie, a la cual le dan un cuidado especial.
220. Advierto que, si bien en estos espectáculos los toros pelean entre sí, se trata de un comportamiento que estos animales tienen de forma instintiva en estado natural, y que realizarían incluso en estado salvaje.
221. Además, no puedo ignorar que las peleas de toros ocurren prácticamente sin intervención humana, y enfrentan a un animal con otro de similares condiciones en un ambiente controlado. La participación humana se encuentra limitada a facilitar la ocasión de dicho enfrentamiento, y a asegurar que las peleas ocurran en condiciones equitativas, y sin producir daños graves o permanentes, ni la muerte del toro.
222. Por lo demás, y más allá de las medidas previstas a nivel reglamentario con el propósito de resguardar la integridad tanto de los animales como de las personas que participan en estos eventos, también noto que, en los lugares en donde se realizan, constituyen una práctica cultural con un considerable arraigo.
223. Ahora bien, independientemente de lo hasta aquí expuesto, es evidente que esta clase de prácticas, para su realización, deben estar prolijamente reglamentadas, pues ello es indispensable para salvaguardar la integridad tanto de las personas como de los toros que participan en esta clase de eventos. No escapa tampoco a mi consideración el hecho que esta clase de eventos se efectúen en algunas zonas específicas, y que no se trate de una actividad de alcance nacional, por lo que el respeto a dichas tradiciones debe efectuarse en los lugares en los que, por el paso del tiempo, sean ya asumidas como tradiciones.
224. Por tales razones, concluyo que, más allá de que las peleas de toros se encuentren exceptuadas mediante la Ley 30407 de la prohibición de peleas de animales, estas ocurren en el marco de una actividad tradicional controlada donde el sufrimiento del animal es mínimo y se encuentra protegido frente a daños permanentes, además de ocurrir sin intervención humana, por lo que no puede considerarse que este tipo de actividades constituyan maltrato animal.
225. Finalmente, para que el Estado pueda adoptar acciones concretas frente a las peleas de toros, es necesario analizar dicha práctica conforme a los elementos señalados *supra*. Usando la información presentada por las partes, por los terceros y *amicuscuriae*, así como por la obtenida mediante pedidos de informe e investigación propia, puedo notar lo siguiente:

- i) El ámbito geográfico donde se desarrolla principalmente la actividad es el departamento de Arequipa, en particular entre las comunidades agrícolas.
 - ii) El ámbito temporal durante el que se realizan la actividad abarca todo el año, y suele coincidir con celebraciones religiosas.
 - iii) La actividad tiene un importante arraigo tradicional, pues se practica hace aproximadamente 150 años, y ha sido desarrollada de forma autóctona en el Perú, concretamente en Arequipa, donde es reconocida como una tradición cultural.
 - iv) La actividad involucra a un sector importante de la sociedad arequipeña, principalmente entre las comunidades agrícolas, pero también en las ciudades, y representa además un atractivo turístico.
 - v) La práctica no involucra la realización de actividades penadas o prohibidas, en tanto existe una excepción legal específica que la permite. Además, las peleas de toros no constituyen maltrato animal infligido por las personas.
226. En tal sentido, advierto que existen elementos suficientes para considerar que las peleas de toros son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Por tanto, la decisión del legislador de exceptuar a tales espectáculos mediante la disposición cuestionada no resulta arbitraria y se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido o posible. Es importante precisar que, pese a encontrarse dentro de dicho ámbito, nada impide que, en algún momento posterior, sea posible introducir alguna prohibición legal para su realización.
227. Por tales razones, las peleas de toros, siempre que se realicen de acuerdo con las pautas de una regulación similar a la reseñada y que garantice el bienestar de los toros, no constituyen maltrato o crueldad animal. En consecuencia, corresponde declarar infundado el extremo de la demanda aplicable a las peleas de toros.

6-B. PELEAS DE GALLOS

228. Como ocurre con el caso de las peleas de toros, las peleas de gallos también se encontrarían prohibidas por lo dispuesto en el artículo 22, literal d, de la Ley 30407, que proscribire las peleas de animales tanto domésticos como silvestres, en lugares públicos o privados, de no ser por la existencia de la Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley.
229. A diferencia de lo ocurrido con las corridas de toros (que será analizado más adelante), las peleas de gallos fueron objeto de prohibición durante el periodo republicano. La legislación que se emitió sobre las peleas de gallos en el siglo XIX muestra que su objeto no era proteger la integridad o la vida de los gallos, sino que se consideraba que realizar este tipo de actividades era un vicio que atentaba contra la moral pública, por lo que había que reprimirla con pena privativa de libertad, aunque luego se volvieron a permitir.

230. El Libertador José de San Martín, emitió un Decreto Protectoral, el 3 de enero de 1822, en el que señaló que el juego de gallos era un delito, pues atacaba la moral pública y arruinaba las familias; el castigo para “los dueños de las casas en que se consientan” era de dos meses en prisión y seis en caso de reincidencia.
231. El dispositivo señalaba además que los que fueran sorprendidos jugando a los gallos sufrirían un mes de arresto y los reincidentes servirían como soldados durante la guerra. Los presidentes de los departamentos, gobernadores y tenientes gobernadores, así como los oficiales del ejército y comisarios, entre otras autoridades, quedaron especialmente encargados de velar por la observancia de dicho decreto y su puntual ejecución.
232. Durante el gobierno del Marqués de Torre Tagle, mediante decreto del 16 de febrero de 1822, emitido de acuerdo con el espíritu del anterior, se abolió el juego de gallos, por lo que se anuló el contrato celebrado el 15 de octubre de 1804 entre el gobierno español y los empresarios del coliseo de gallos.
233. Como fundamento para ello se señaló que “nada importaría hacer la guerra a los españoles, si no la hiciésemos también a los vicios de su reinado, salgan de nuestro suelo los tiranos, y con ellos todos sus crímenes”.
234. Posteriormente las peleas de gallos serían permitidas o toleradas nuevamente, y luego otra vez prohibidas por disposición municipal. El 7 de diciembre de 1858 se emitió un decreto en el que se revocó dicha disposición municipal al considerarse que:
- [...] la lidia de gallos es un juego que no está prohibido por las leyes y que desde años se ha permitido por la autoridad pública; que las diversiones a que está acostumbrado el pueblo no deben suprimirse violentamente sino por el influjo de la civilización en la mejora de las costumbres; que la prohibición del juego de gallos en el Coliseo, sería ineficaz para extinguir la afición a este espectáculo, porque se lidiarían en lugares ocultos, donde por la falta de la autoridad y de la fuerza pública podrían cometerse los mayores desórdenes; que los que han ocurrido algunas veces en la casa de gallos pueden impedirse remitiendo la fuerza suficiente para que los reprima y haga cumplir las decisiones de la autoridad que debe presidir el espectáculo de conformidad con lo expuesto por el ministerio fiscal; se resuelve, que continúe el juego de gallos en el Coliseo solo los domingos y días feriados, cuidando la prefectura de que se mande la fuerza necesaria para mantener el orden y hacer respetar la autoridad.
235. De particular relevancia resulta la frase “las diversiones a que está acostumbrado el pueblo no deben suprimirse violentamente sino por el influjo de la civilización en la mejora de las costumbres”. Ello va, en alguna medida, en la línea de lo señalado *supra* sobre la variabilidad de las prácticas tradicionales de los pueblos.
236. En concordancia con aquel decreto, el 25 de enero de 1859 se emitió uno posterior, en el cual se indicó que correspondía al alcalde presidir las lidias de gallos, conforme

al artículo 22 de la ley del 4 de diciembre de 1856, según el cual le correspondía presidir espectáculos y diversiones públicas.

237. Como puede apreciarse, la legalidad de las peleas de gallos ha ido variando en el tiempo, y ha sido prohibida y permitida por diferentes gobiernos, por lo que no puede negarse su presencia en la historia de nuestro país.
238. En las peleas de gallos se distinguen dos modalidades: a pico y a navaja. Se trata de especies instintivamente muy agresivas debido, en parte, a la selección genética realizada por los criadores, y a las características o comportamientos innatos de la especie. Además, cuentan con una particular condición fisiológica por la que tendrían un umbral del dolor muy alto. Sin embargo, estos elementos de juicio no resultan determinantes, en sí mismos, para permitir o prohibir las peleas de gallos.
239. El Tribunal Constitucional ha recibido valiosa información sobre la naturaleza y regulación de las peleas de gallos por parte de la Unión de Galleros del Perú. Según esta, la gallística se remonta a la antigüedad clásica, donde era practicada por los griegos, incluso San Agustín hace referencia a la pelea entre dos gallos en sus escritos. Llega al Perú con los españoles, pero actualmente ya constituye una manifestación cultural propia; el primer coliseo de gallos formal sería de 1762.
240. Añade que los combates entre gallos son narrados, explicados o aludidos en varias obras de la literatura peruana, tales como: *El caballero carmelo* de Abraham Valdelomar, *El Gallo* de Jorge Antonio Percy Gibson Möller, *El Gallo Blanco* de Adolfo Bermúdez Jenkins, *El duelo* de Enrique Aramburú Raygada, *La apuesta* de Jack Flores, *El último combate* de Francisco León, *El jardín de la doncella* de Carlos Rengifo, *Panorama hacia el alba* de José Ferrando, *El ring de los gallos* de Juan José Rojas, *El gallo de mi tía Chula* de Henry Quintanilla, *El Gallo Moro del Cura* de Dagoberto Torres, *Fanal* de Jorge Donayre Belaunde, *El crimen más aplaudido* y *El canario triste* de Luis Felipe Brignole Roy, *Mi gallo* de Américo Silva Ognio. Asimismo, en el plano latinoamericano tenemos las obras de Gabriel García Márquez, *El coronel no tiene quien le escriba* y *El general en su laberinto*.
241. Agrega que la pelea de gallos también ha sido recogida por pintores como Pancho Fierro, Víctor Humareda Gallego, Sérvulo Gutiérrez, Manuel Zapata, Teodoro Núñez Ureta y Víctor Delfín. En el ámbito cinematográfico se encuentra *El gallo de mi galpón*, de 1938, del director Sigfredo Ávila. En el ámbito musical destaca *El Gallo Camarón* de Chabuca Granda, mientras que la danza del baile del tondero representa una alegoría de una pelea de gallos, como señala que se hizo notar en una publicación de *El Mercurio Peruano* del 20 de enero de 1791.
242. Tampoco puede dejarse de lado la información proporcionada por los *amicuscuriae* sobre la extensión de esta manifestación cultural en nuestro país. Existen coliseos de gallos en casi todo el territorio, y las encuestas proporcionadas revelan que a ellos acuden muchas personas.

243. Finalmente, para que el Estado pueda adoptar acciones concretas frente a las peleas de gallos, es necesario analizar dicha práctica conforme a los elementos señalados *supra*. Usando la información presentada por las partes, por los terceros y *amicuscuriae*, así como por la obtenida mediante pedidos de informe e investigación propia, concluyo lo siguiente:
- i) El ámbito geográfico donde se desarrolla la actividad incluye a varios departamentos del Perú; advirtiéndose que en algunos únicamente se desarrolla la pelea de gallos a navaja y en otros solo a pico.
 - ii) El ámbito temporal durante el que se realizan la actividad abarca todo el año.
 - iii) La actividad tiene un importante arraigo tradicional, pues habría llegado en el siglo XVI con los españoles. El primer coliseo de gallos sería del siglo XVIII. Además, forma parte de nuestra historia y de múltiples representaciones culturales a lo largo de los años como ha sido evidenciado *supra*.
 - iv) La actividad involucra a un sector importante de la sociedad, entre criadores, fabricantes de alimento y espectadores. Estos últimos pueden llegar a ser decenas o cientos de miles.
 - v) La práctica no involucra la realización de actividades penadas o prohibidas, en tanto existe una excepción legal específica que la permite.
244. En tal sentido, existen elementos suficientes para considerar que las peleas de gallos son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Por tanto, la decisión del legislador de exceptuar a tales espectáculos mediante la disposición cuestionada no resulta arbitraria y se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido o posible. Como se precisó en el caso de las peleas de toros, esto también supone que no existe ningún impedimento para que, a futuro, el mismo legislador pueda también encontrarse facultado de prohibirlas.
245. Lo anterior no significa que las peleas de gallos puedan realizarse sin regulación o en cualquier lugar, ni que se suspenda de forma absoluta el deber de protección animal en el marco de estas actividades. Efectivamente, las mismas deben realizarse de acuerdo con las prácticas y usanzas tradicionales en los lugares en los que cuenta con un importante nivel de arraigo, y no podrán desarrollarse otras nuevas que sean aún más violentas que las actuales.
246. Resulta necesario que se emitan reglamentos en todos los lugares en que se realicen peleas de gallos para regular la actividad y garantizar la seguridad de las personas que participan en las mismas. Además, se debe garantizar la conservación de las especies de gallos de pelea y su bienestar general fuera de las canchas de pelea, pues en tales circunstancias son de aplicación las normas de protección animal.
247. En tal sentido, la autoridad administrativa pertinente deberá supervisar que se implementen tales reglamentos, conforme a lo ya dispuesto y en la normativa sobre

protección animal en lo que resulte aplicable, y deberá verificar que no se realicen actos de maltrato previos a que el gallo entre a la cancha y que pudieran menoscabar su salud, integridad o sus capacidades.

248. Ahora bien, e independientemente que se haya declarado la constitucionalidad de las prácticas relacionadas con las peleas de gallos, una situación especial se presenta con los eventos en los que estos animales son armados con navajas o espuelas. En efecto, al declararla validez de las peleas de toros se consideró que, en dichos eventos, su realización se caracterizaba por la falta de participación humana, la cual únicamente se reducía a facilitar la ocasión para el enfrentamiento y para asegurar que el mismo se desarrollara en condiciones equitativas.
249. Sin embargo, es notoria esta intervención cuando los gallos son armados con espuelas o navajas, ya que, en estos casos, se incorpora un elemento adicional a la natural agresividad de estos animales. Esta clase de agregados tienen distintas medidas y variables, y se implementan con la finalidad de intensificar el desarrollo de la pelea, ya que esto garantiza que los gallos se inflijan heridas en una considerable proporción. De hecho, su empleo suele depender de la raza y el tipo del gallo, lo que supone un análisis previo por parte de los organizadores de sus características para el combate, lo que, nuevamente, denota la palmaria participación humana para la realización de dichos espectáculos.
250. Los gallos de pelea suelen usar los espolones como armas naturales, por lo que resulta innecesario agregar elementos artificiales para el combate. Debe destacarse, sin embargo, que también existen prácticas en las que se añaden, para su realización, otra clase de armas, tal y como ocurre con los espolones de plástico o huesos de pescado. Evidentemente, y en la medida en que también denotan la intervención humana a través de la alteración de las condiciones naturales de la pelea, corresponde también declarar su prohibición.
251. En ese sentido, la participación humana con el propósito de garantizar que los gallos de pelea padezcan un daño adicional al que se espera de un combate natural supone una vulneración del deber de no ocasionar un sufrimiento innecesario a los animales, tal y como ha sido expuesto.
252. En consecuencia, estimo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de las peleas de gallos en las que estos sean armados con navajas, espuelas, o cualquier otro elemento adicional que denote la participación humana para la intensificación de la realización del combate. Del mismo modo, considero que corresponde ordenar al Ministerio de Cultura que adopte las medidas que sean necesarias para identificar los lugares en los que aun se practican esta clase de eventos, con el propósito de evitar su realización.

6-C. CORRIDAS DE TOROS

253. Las corridas de toros también han sido exceptuadas de la aplicación de la Ley de Protección y Bienestar Animal. En opinión de la parte demandante, se trata de prácticas

en las que no solo se degrada a los toros, sino que, de manera indirecta, también inciden en las personas que participan en esta clase de eventos. La parte demandada, por su parte, indica que son tradiciones con un importante nivel de arraigo en nuestro país, y que se remontan incluso a la época de la colonia.

254. Las corridas de toros no han sido, ni en todas las épocas ni por todas las personas, unánimemente respaldadas, incluso en épocas remotas. No es esta, de hecho, la primera ocasión en que la justicia constitucional debe resolver dilemas de esta naturaleza. En el caso de España, país que exportó al Perú esta tradición, han existido numerosas oportunidades en las que se ha intentado abolir, aunque sin éxito finalmente, su realización, como ha ocurrido en los reinados de Isabel, Carlos III, Carlos IV y Felipe V. De hecho, en la dinastía de los Borbones, ante el atractivo particular del deporte, aquella práctica perdió popularidad, lo que casi termina por generar su extinción [cfr. Desmonde, William (2005). La corrida de toros como ritual religioso. En: Revista de Estudios Taurinos, Sevilla, Nº 19-20, pp. 115 y 116].
255. Las distintas controversias suscitadas entre los que abogaban por la abolición y los que defendían su realización va a extenderse a distintos escenarios, como va a ocurrir en la Segunda República Española (1935), época en la que se aprobó un Reglamento de Policía y Espectáculos Públicos, e incluso en la actualidad pueden advertirse ejemplos como los de Catalunya, en la que se adoptaron disposiciones tendientes a generar su extinción.
256. Las corridas de toros también han recibido distintos cuestionamientos por parte de la Iglesia Católica, entidad que ha ejercido una importante labor en nuestra historia republicana. Uno de los episodios más controversiales se presentó cuando el Papa Inocencio XI requirió a Carlos II para que “ponga fin a los sangrientos espectáculos con toros que, a su juicio, son incompatibles con la ejemplaridad de una corte cristiana” [Martínez-Novillo, Alvaro (1996). Los toros en la Guerra de Sucesión: los inicios de la tauromaquia profesional. En: Revista de Estudios Taurinos, Sevilla, Nº 4, p. 224]. En efecto, la Iglesia, en distintas oportunidades, ha mostrado cierta animadversión a la celebración de esta clase de eventos, y un buen ejemplo se pudo advertir en el IV Concilio de Letrán de 1215, cuando se prohibió a los clérigos a asistir a las corridas de toros. En esta misma línea, se pudo presenciar un escenario de tensión mucho más complicado cuando Pío V promulgó la bula *De Salute Gregis*, la cual sancionaba con la excomunión a todos los príncipes que permitieran la celebración de corridas de toros en sus reinos. Incluso, en épocas más recientes, el Papa Benedicto XV condenó las corridas de toros, a las que calificaba de sangrientas y vergonzosas.
257. Las corridas de toros llegaron a nuestro territorio con los españoles en el siglo XVI. La plaza de toros de Acho es una de las más antiguas del mundo, pues fue inaugurada en 1766. La regulación referente a las corridas de toros se extendió a nuestra época republicana. Así, a modo de ejemplo, tenemos que en 1849 se emitió un decreto de fecha 4 de diciembre, en el que se estableció que la carne fresca de toros muertos en lidias no era perjudicial para la salud pública, según lo expuesto en el informe de la

junta directiva de medicina, por lo que se permitió la venta de carne fresca de los toros muertos en las corridas de Acho y se derogó el artículo 188 del reglamento de policía de la capital que lo prohibía.

258. En 1857 un arzobispo solicitó al entonces presidente que no se permitiera lidiar toros en la plaza de Acho los domingos y días festivos. La respuesta, mediante decreto de fecha 16 de marzo, fue que la lidia de toros era organizada por una empresa particular en virtud de un contrato de arrendamiento realizado en pública subasta y con las formalidades de ley, y que en el uso de aquel establecimiento debían regir las condiciones estipuladas, que no podían ser alteradas ni por la empresa ni por el gobierno.
259. Por otro lado, mediante la Ley 13450 de 1960 se adjudicó a la Municipalidad del Rímac el íntegro del producto del impuesto a los espectáculos que gravaron la temporada taurina de dicho año en la plaza de toros de Acho. Se dispuso que los fondos obtenidos debían emplearse, preferentemente, en la reconstrucción de la Alameda de los Descalzos.
260. En 1965, se emitió la Ley 15503, en la cual se dispuso que el Concejo Distrital del Rímac disfrute del íntegro del producto del impuesto a los espectáculos taurinos que se realicen en Acho, sin referencia a un límite temporal, pero con la indicación de que los fondos debían invertirse exclusivamente en la ejecución de obras públicas.
261. Asimismo, mediante Decreto Supremo 011-84-AG, aún vigente, se declaró de interés nacional la crianza y preservación del ganado vacuno de lidia. En los considerandos del mismo se indicó que la lidia nacional, así como el espectáculo que esta genera, constituyen actividades tradicionales del Perú que es necesario proteger.
262. Como puede apreciarse, las corridas de toros eran actividades comunes tanto en la época colonial, como en la republicana, y los impuestos recaudados en ellas eran usados para financiar obras públicas. En tal sentido, no puede negarse que son parte de la historia de este país.
263. Considerando la antigüedad de la plaza de Acho, resulta natural que la regulación sobre las corridas de toros haya afectado especialmente al distrito del Rímac. Actualmente, la Municipalidad Distrital del Rímac tiene un Reglamento General de Espectáculos Taurinos, que fue publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 16 de octubre de 1999. Fue aprobado mediante Acuerdo de Concejo 090-99-MDR y ratificado mediante Ordenanza 011-MDR, que con diversas modificaciones se encuentra vigente hasta la fecha.
264. De acuerdo con este reglamento, los espectáculos taurinos incluyen no solo a las corridas de toros, sino también las corridas de rejoneadores, novilladas con picadores y sin picadores, festivales, becerradas, toreo cómico y otros festejos taurinos populares. Este reglamento regula diferentes aspectos relacionados con las corridas, incluyendo la categoría de matador de toros y los requisitos para ser considerado como tal, con

la indicación que existe homologación con el escalafón de toreros de España, pues los principales matadores participan en ferias tanto allí como en otras partes de América.

265. Reglamentos similares se han aprobado en otros lugares del Perú. Por ejemplo, en Trujillo existe un Reglamento de Espectáculos Taurinos aprobado mediante Decreto de Alcaldía 28-94-MPT; la Municipalidad Distrital de Miraflores, en Arequipa, aprobó un Reglamento Taurino para su plaza de toros mediante la Ordenanza Municipal 019-MDM; y la Provincia de Chota aprobó un Reglamento General de Espectáculos Taurinos, mediante la Resolución de Alcaldía 222-2007- MPCH/A, para la plaza “El Vizcaíno”.
266. Pero no todos estos espectáculos regulados implican la muerte del toro. Los toreros bufos o cómicos, por ejemplo, no matan a los animales. No obstante, advierto que los espectáculos materia de controversia, y que cierto sector de la sociedad tiene interés en conseguir que se prohíban, son aquellos en los cuales se da muerte al toro.
267. Al respecto, cabe destacar que el Tribunal Constitucional estableció, en el fundamento 29 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, que los espectáculos taurinos en los que el toro es “asesinado” no constituyen manifestaciones culturales que el Estado tenga el deber de promover.
268. Sin embargo, en el fundamento 19 de la Sentencia 0017-2010-PI/TC, señaló que “en diferentes circunstancias y transcurridos seis años de dicha sentencia, se enfrenta nuevamente al análisis del valor cultural de los espectáculos taurinos”, y consideró que había “llegado el momento de revisar el criterio jurisprudencial en tomo al tema, teniendo en cuenta especialmente el debate suscitado” en la sentencia citada previamente.
269. Así, en la Sentencia 0017-2010-PI/TC, el Tribunal concluyó lo siguiente respecto a las corridas de toros:
 23. A juicio de este Tribunal, la actividad taurina es en nuestro país una manifestación cultural, traída con la conquista española e incorporada a nuestro acervo cultural por una afición de siglos, que se manifiesta en fiestas conmemorativas en Lima y diversas provincias del Perú, como veremos más adelante. De este modo, puede decirse que, aunque española en su origen, la tauromaquia (el “arte” de lidiar toros, según la definición del Diccionario de la Real Academia) se ha incorporado a nuestra cultura mestiza y es una expresión artística que forma parte de la diversidad cultural del Perú.
 24. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “como manifestación de la diversidad y pluralismo de la sociedad, la tauromaquia (...) ha sido reconocida a lo largo de la historia como una expresión artística y cultural de los pueblos iberoamericanos. Lo anterior ha sido registrado de diferentes maneras por artistas del mundo como Goya, Mariano Benlliure, José Ortega y Gasset,

Pablo Picasso, García Lorca, Ernest Hemingway, Orson Welles y Vicente Blasco Ibáñez” (sentencia C-1192/05, consideración 12).

25. En nuestro país, podemos mencionar, por ejemplo, desde la literatura, a Ricardo Palma (cfr. “Tauromaquia”, en *Tradiciones Peruanas Completas*, Aguilar, Madrid 1964, pp. 46-53), que ha destacado lo inveterado y secular de la tauromaquia en nuestro país. En la pintura, la actividad taurina está presente, por ejemplo, en las famosas acuarelas de Pachó Fierro (siglo XIX) —que reflejan admirablemente la vida y costumbres del Perú de su época— donde “destacan las que dedicó al capeo ecuestre, suerte exclusiva del Perú que no se conocía en España ni se practicó en ningún país de nuestro continente” (Ugarte Eléspuru, Juan Manuel, *De Re Taurina*, Lima, Peruarte, 1992, p. 211).
26. Desde la historia, Del Busto Duthurburu resalta que la Plaza de Acho de Lima, de 1776, es la más antigua de América, aventajada en vejez sólo por dos plazas en el mundo: Sevilla (1760) y Zaragoza (1764). Este historiador da cuenta del éxito en Madrid, a fines del siglo XVIII, del torero limeño Mariano Cevallos, inmortalizado por Francisco Goya como “El Indio Cevallos” o “El Indiano” [cfr. Del Busto Duthurburu, José Antonio, *Plaza de Acho, Toreros Negros y Toros Bravos*, en “Copé”, vol. 10, Nº25 (dic. 2000), pp. 12-13]. (Sobre la tradición taurina del Perú, puede constatarse también la obra especializada de José María De Cossío, *Los Toros. Tratado Técnico e Histórico*, Madrid, Espasa-Calpe, 1961, t. IV, pp. 169- 202).
27. Por ello, a JUICIO de este Tribunal, no puede señalarse apriorísticamente que los espectáculos taurinos son, sin más, una simple y pura exhibición de tortura, tratos crueles y muerte de un animal; pues mientras hay quienes asumen esta postura, otros sostienen lo contrario, incluso en la jurisdicción constitucional, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, para quien la tauromaquia puede ser considerada como un *espectáculo*, en el que “(a)un cuando en su desarrollo se pone en peligro la integridad del diestro o torero, se infringe dolor y se sacrifica el toro, dichas manifestaciones no corresponden a actos de violencia, crueldad, salvajismo o barbarie, sino a demostraciones artísticas, y si se quiere teatrales, de las disyuntivas constantes a las que se enfrenta el quehacer humano: fuerza y razón, arrojo y cobardía, vida y muerte” (sentencia C- 1192/05, consideración 12).
270. Ciertamente, las corridas de toros incluyen actos de violencia contra los animales que participan en ellas, y estos sufren un severo daño antes de morir, pues se les clavan lanzas, banderillas y finalmente estoques. A los que sobrevivieron al estoque y se encuentran agonizantes se les clavan más estoques o dagas hasta que finalmente mueren.
271. De lo anterior se extrae un elemento de las corridas de toros que las diferencia de forma radical respecto de las peleas de toros o de gallos: en las primeras el enfrentamiento se realiza entre el ser humano y el animal. Este elemento, que a primera

impresión podría considerarse como fuente de injusticia y crueldad, es la razón de ser del espectáculo.

272. Para los aficionados a las corridas de toros, estas no representan actos crueles sin sentido realizados arbitrariamente para torturar a los animales. La tauromaquia sería apreciada, principalmente, por tratarse de una manifestación cultural con un valor simbólico, que representa la lucha heroica y la conquista de la naturaleza por el ser humano. Representa además los ideales de la cultura hispánica, combinados en el Perú con elementos autóctonos.
273. Los aficionados aprecian el arrojo y la destreza del torero, a la que dan un valor artístico, e incluso aprecian la bravura del toro. Cabe destacar que hasta en una fecha tan reciente como el 5 de setiembre de 2018, cuando se modificó el artículo 4 de la Ley 28131, “Ley del Artista Intérprete y Ejecutante”, esta reconocía como artistas a los matadores, novilleros, picadores, banderilleros y rejoneadores.
274. Incluso, en la actualidad, el artículo 28 de la citada ley hace referencia a los espectáculos taurinos y a la necesidad de que en todas las ferias participe al menos un matador nacional, igual que en las novilladas y becerradas. Con lo cual, al estar aún incluidos en una ley que regula a los artistas, el legislador sigue considerándolos como tales.
275. Por otro lado, cabe destacar que en los espectáculos taurinos que terminan con la muerte del animal también exponen su vida los toreros, pero ello no es razón para prohibir tales actos, en tanto se trata de actividades que sujetos adultos y capaces realizan voluntariamente. Lo mismo puede decirse de otras actividades deportivas o recreativas que realizan las personas, y que no por ello son ni deben ser prohibidas.
276. Tampoco puede dejarse de lado la información proporcionada por los *amicuscuriae* sobre la extensión de esta manifestación cultural en nuestro territorio. Existen alrededor de 200 plazas firmes para realizar corridas de toros en casi veinte departamentos del país. La afición taurina no está compuesta solamente por una élite costeña, sino que tiene un carácter popular, y se extiende también al interior del país, por los Andes. Negar estos aspectos significaría negar las tradiciones culturales de diversas comunidades.
277. Además, las corridas de toros se desarrollan en algunas ocasiones en el contexto de fiestas religiosas, siendo una de las más conocidas la del Señor de los Milagros, donde celebración religiosa y celebración taurina coinciden en el tiempo. De hecho, la temporada taurina en Lima coincide con dicha celebración, y vienen toreros de España y otros países a presentarse en Acho.
278. Finalmente, para que el Estado pueda adoptar acciones concretas frente a las corridas de toros, es necesario analizar dicha práctica conforme a los elementos señalados *supra*. Usando la información presentada por las partes, por los terceros y *amicuscuriae*, así como por la obtenida mediante pedidos de informe e investigación propia, puedo concluir lo siguiente:

- i) El ámbito geográfico donde se desarrolla la actividad incluye a varios departamentos del Perú, particularmente en la costa y sierra, como se detallará más adelante.
 - ii) El ámbito temporal durante el que se realizan la actividad abarca todo el año, y suele coincidir con celebraciones religiosas.
 - iii) La actividad tiene un importante arraigo tradicional, pues habría llegado en el siglo XVI con los españoles. La plaza de Acho es del siglo XVIII, y existen casi 200 plazas en todo el país que se identificarán detalladamente más adelante. Además, forma parte de nuestra historia y de múltiples representaciones culturales a lo largo de los años, como ha sido evidenciado *supra*.
 - iv) La actividad involucra a un sector importante de la sociedad, entre criadores y espectadores. Estos últimos pueden llegar a ser decenas o cientos de miles.
 - v) La práctica no involucra la realización de actividades penadas o prohibidas, en tanto existe una excepción legal específica que la permite.
279. En tal sentido, destaco que existen elementos suficientes para considerar que las corridas de toros son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Por tanto, la decisión del legislador de exceptuar a tales espectáculos mediante la disposición cuestionada no resulta arbitraria y se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido o posible.
280. Ahora bien, las corridas de toros, aunque ciertamente mantienen una notable presencia a lo largo del territorio peruano, no han estado exentas de críticas de distintas instituciones, tal y como se advirtió al inicio de este apartado. Soy también consciente que, de alguna eventual preferencia, no puede extraerse, necesariamente, que su celebración sea *per se* incompatible con la Constitución. No es, en principio, competencia del Tribunal Constitucional el determinar qué festividades o celebraciones merecen integrar el patrimonio cultural de la nación, lo cual es una atribución de los órganos técnicos y especializados de la administración.
281. Sin embargo, la competencia del Tribunal para intervenir en esta clase de labores sí se puede legitimar en el escenario en que las prácticas y tradiciones supongan una manifiesta transgresión de aspectos de relevancia constitucional. Es pertinente recordar, como se hizo con anterioridad, que la cultura es plenamente moldeable, por lo que bien puede ocurrir que determinadas tradiciones o prácticas que antes contaron con respaldo institucional hoy se encuentren abolidas. Por ello, como se expuso en los anteriores casos, nada exista en la constitución que impida que, en algún momento posterior, el legislador pueda prohibir la realización de esta clase de eventos.
282. En efecto, dichos reconocimientos ameritan un análisis pormenorizado de los factores que puedan contribuir a esta clase de declaración, la cual incluye componentes históricos, geográficos o sociológicos que no corresponde a una corte de justicia dilucidar. Sin embargo, dichos actos involucran a la justicia constitucional cuando

se validan prácticas que pueden ser contrarias a bienes, derechos o principios que encuentran sustento en la Constitución. De esto no se desprende, claro está, que pueda asimilarse, sin más, la existencia de una suerte de “declaración de derechos de los animales” inserta en la norma suprema, pero sí obliga al Tribunal Constitucional a no permanecer indiferente frente a prácticas en las que se puede ocasionar, eventualmente, alguna clase de sufrimientos a animales.

283. Es así que, contrapuestos tanto el factor histórico que sustenta la parte demandada, y el relativo a la protección animal que invoca la demandante, estimo que es necesario encontrar alguna clase de respuesta que, sin suponer una injerencia excesiva en la determinación de las prácticas, costumbres o preferencias de la población, no suponga el completo desamparo de los animales que se encuentran involucrados en esta clase de eventos.
284. Lo anterior no significa que las corridas de toros puedan realizarse sin regulación, ni que se suspenda de forma absoluta el deber de protección animal en el marco de estas actividades. Efectivamente, las mismas deben realizarse de acuerdo con las prácticas y usanzas tradicionales, y no podrán desarrollarse otras nuevas que sean aún más violentas que las actuales.
285. De este modo, y en lo que respecta particularmente al caso de los toros, considero que la administración debe desarrollar una completa y exhaustiva determinación de las zonas geográficas en las que existen, de manera institucional y reglamentada, la realización de corridas de toros. Esta labor tiene la finalidad de evitar que esta clase de tradiciones se extiendan a lugares en los que su práctica no es predominante, ya que, al comprometer la integridad de los toros, la tendencia debería ser a reducir antes que a aumentar la celebración de esta clase de eventos. Por otro lado, de las distintas reglamentaciones que han sido remitidas por las entidades y personas que se han constituido como *amicicuriaes*, es posible advertir que se emplean, en lo posible, medidas que tienden a dotar de cierto nivel de organización a esta clase de prácticas. En ese sentido, corresponderá a la autoridad administrativa, en la realización de labores de fiscalización, determinar si en los espacios geográficos en los que se realizan las corridas de toros se han expedido las normas de autoorganización respectivas.
286. Reglamentos como los señalados *supra*, que regulan las corridas de toros, deben implementarse en todos los lugares en que estas se realizan. Deben garantizar la seguridad de las personas que participan en las corridas y del público asistente, y también la conservación de la especie de los toros de lidia y su bienestar general fuera del ruedo, pues en tales circunstancias son de aplicación las normas de protección animal.
287. En tal sentido, la autoridad administrativa pertinente deberá supervisar que se implementen tales reglamentos, conforme a lo que aquí se ha dispuesto, así como lo que figure en la normativa sobre protección animal, en lo que resulte aplicable. Se deberá verificar, además, que no se realicen actos de maltrato previos a que el toro entre al ruedo y que pudieran menoscabar su salud, integridad o sus capacidades.

6-D. OTRAS ACTIVIDADES DECLARADAS COMO CULTURALES POR LA ACTIVIDAD COMPETENTE

288. La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, establece lo siguiente:

Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.

289. Como fue señalado *supra*, de dicha disposición se advierte que el legislador ha delegado a la autoridad competente, esto es, al Ministerio de Cultura, la potestad para declarar el carácter cultural de los espectáculos exceptuados.

290. El Tribunal Constitucional solicitó al Ministerio de Cultura que informara cuáles son los espectáculos que han sido declarados como de carácter cultural conforme a lo dispuesto en dicha disposición.

291. Mediante Oficio 236-2019-SG/MC, dicho ente presentó el Informe 000090- 2019/ DGINVMPCIC/MC, emitido por la Dirección General de Industrias y Artes Culturales, en el cual se indica que:

En principio corresponde informar que la excepción contemplada en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30407, Ley de protección y bienestar animal, no ha sido aplicada en el Ministerio de Cultura.

292. Pero como he expresado en este voto, la potestad de los entes estatales para declarar un espectáculo como cultural se encuentra sujeta a límites, pues no toda manifestación cultural puede ser permitida, en la medida en que algunas se encuentran reñidas con los valores y principios constitucionales.

293. En tal sentido, resalto que en nuestro país existen ciertas prácticas poco extendidas, como el yawar fiesta, el jalatoro o el jalapato, que atentan flagrantemente contra el deber de protección animal, y que no han sido expresamente reconocidas o protegidas por el legislador o por la autoridad competente.

294. Además debe tenerse en cuenta que estas actividades resultan relativamente recientes y tienen un ámbito de desarrollo territorial limitado por lo que no pueden ser calificadas como culturales de acuerdo al estándar establecido *supra* e involucran una forma evidentemente grave de maltrato animal.

295. Caso aparte constituye, por ejemplo, el “curruñao” o matanza de gatos que ocurre en la fiesta de Santa Efigenia, que se desarrolla en la ciudad de Chíncha. Cabe destacar que, el artículo 27, literal c), de la Ley 30407 prohíbe la crianza y el uso de animales de compañía con fines de consumo humano.

296. Como se indicó *supra*, la ley no señala qué animales corresponden a la categoría de animales de compañía o de granja, que sí pueden destinarse al consumo humano. De

esta manera, la clasificación de los animales como de granja o compañía está vinculada a la cultura, particularmente a los hábitos alimenticios de la población.

297. En nuestra realidad social, los animales de compañía son principalmente el perro y el gato. Por tanto, se advierte que en el Perú se encuentra prohibido criar a estos animales para consumo humano. En tal sentido, la realización de festivales que comercialicen carne de animales de compañía como el gato se encuentran proscritos en nuestro país, así como todo otro acto de crueldad que se realice contra estos animales.
298. Por tanto, observo que prácticas como las señaladas en esta sección no podrán ser reconocidas, fomentadas o protegidas, sino que, por el contrario, al encontrarse en contra de lo dispuesto en la Ley 30407, la autoridad administrativa competente deberá verificar que no se realicen y sancionar a los responsables que continúen con estas prácticas.

§7. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PAZ Y LA TRANQUILIDAD

299. Los demandantes alegan que la realización de los espectáculos cuestionados vulnera su derecho a la paz y a la tranquilidad, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Señalan que, al permitirse espectáculos de violencia contra los animales, las personas no pueden librarse de ellos ni decidir que no existan para que no les afecten. La vulneración del derecho puede darse directamente si presencian tales actos, o indirectamente si toman conocimiento por otros medios, como las noticias.
300. En el fundamento 26 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que:
- (...) el Estado tiene el deber de asegurar que las personas no actúen con violencia frente a otras personas, ni con crueldad contra los animales, lo cual tiene un fundamento jurídico y ético. Desde la perspectiva jurídica, cabe señalar que dicho deber, se basa, en primer lugar, en el derecho fundamental al bienestar y a la tranquilidad de las personas (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) que sí se sienten afectadas en sus sentimientos al presenciar ya sea directamente o al tomar noticia de la existencia de la realización de actos crueles contra los animales.
301. Sin embargo, el Tribunal Constitucional varió su jurisprudencia posteriormente, pues en el fundamento 32 de la Sentencia 0017-2010-PI/TC, señaló que:

Como es evidente, una persona que esté en desacuerdo con los espectáculos tau-rinos podrá no asistir a ellos, como también debe ser libre y voluntaria su concurren-cia, por ejercicio en ambos casos del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, que, según ha reconocido este Tribunal, es un “*derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución)” (Exp. N.º 0007-2006-PI/TC,

fundamento 47). Por tanto, no podría alegarse la afectación a derecho constitucional alguno por la sola oferta de los espectáculos taurinos, mientras no se coaccione la asistencia a ellos.

302. Al respecto, considero pertinente reafirmar la postura establecida en la Sentencia 0017-2010-PI/TC. Efectivamente, no resulta acorde con el derecho a la libertad de las personas, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, que ciertos actos sean prohibidos porque otras personas los consideren ofensivos o insensibles y porque “no pueden librarse de ellos ni decidir que no existan para que no les afecten”.
303. Al respecto, cabe citar la Carta de la Defensoría del Pueblo 30-2019-DP/PAD, ya aludida *supra*. En esta se indica que “en el marco de un Estado Constitucional, el rechazo o desaprobación que genera en la ciudadanía este tipo de espectáculos, debido al empleo de ciertos animales, no representa una razón jurídicamente válida para justificar su restricción, aun cuando goce del respaldo de un sector mayoritario de la sociedad”.
304. Los motivos por los cuales el Estado prohíba una conducta concreta deben ser legítimos, racionales y proporcionales, y deben ponderarse frente a los demás derechos fundamentales, sin llegar a desnaturalizados o restringir su núcleo protegido.
305. Pero las opiniones o los sentimientos de las personas respecto a lo que consideran ofensivo o intolerable no puede ser un motivo para que se utilice la fuerza del Estado para prohibir una conducta o restringir un derecho de forma general, pues estas valoraciones son subjetivas y no pueden ser consideradas verdades absolutas oponibles a otros.
306. Ciertamente las actividades culturales discutidas podrían ser prohibidas eventualmente, pero ello no puede ni debe ampararse en el rechazo que genere en ciertas personas la realización de dichas prácticas, sino en motivos legítimos, como la contradicción de principios constitucionales. De lo contrario se abriría la posibilidad de censurar otras actividades en base a los sentimientos o al parecer de la mayoría, lo cual resulta inaceptable en un Estado Constitucional.

§8. EFECTOS DE LA DECISION

307. Reconozco que, si bien las corridas de toros y las peleas de gallos pueden permitirse por ley, esto ocurre como excepción a la regla general de protección animal. Y esto no significa que deban ser permitidas eternamente, pues como se indicó *supra*, es posible que en el futuro se analice nuevamente el valor de dichas prácticas culturales para la sociedad y si merecen o no protección. De hecho, soy de la opinión que el legislador deba analizar el estado del debate en la sociedad nacional sobre esta clase de prácticas cada veinte años, con el propósito de analizar si es que debe prohibirlas o mantenerlas.

308. Esto es así porque el hecho de que temporalmente se permitan estas prácticas no niega que contienen elementos innatos de violencia hacia los animales. Y como estas prácticas actualmente se permiten o justifican únicamente por razones culturales, en el futuro estas razones podrían reconsiderarse, y dichas prácticas perder su legitimidad para limitar el deber de protección a los animales.
309. Como estas prácticas contienen elementos de violencia pública hacia los animales, y se hace de esta violencia un espectáculo, estimo pertinente que, en armonía con el deber de protección a los animales, el Estado no deberá fomentar ni proteger tales prácticas, aunque sí podrá reconocerlas, regularlas y, eventualmente, prohibirlas.
310. Lo contrario, como señaló en su oportunidad la Corte Constitucional de Colombia, implicaría el desconocimiento absoluto de un deber constitucional, y el consiguiente privilegio irrestricto de otro.
311. Esto no impide, naturalmente, que se fomente o proteja la crianza de las especies animales usadas en estos espectáculos, pues son parte de la fauna nacional.
312. En tal sentido, corresponderá al Poder Ejecutivo, representado por el Ministerio de Cultura, establecer cuáles son los departamentos y provincias en los cuales las corridas de toros y las peleas de gallos constituyen tradiciones culturales, conforme a las pautas establecidas.
313. Respecto a las corridas de toros, a modo de referencia, en el informe de *amicuscuriae* presentado por Andrés Roca Rey, Casa Toreros Consorcio Perú y otros, se menciona un estudio realizado en el año 2012 por parte del periodista taurino Dikey Fernández Vásquez sobre la cantidad y ubicación de plazas firmes en el país. En el informe se menciona que existen 208 plazas, aunque advierto que la lista realmente contiene solo 199 localidades.
314. Conforme con dicho estudio, en el año 2012 la cantidad de plazas firmes por departamento era la siguiente:

Departamento	Número de plazas firmes
Amazonas	Ninguna
Ancash	18
Apurímac	15
Arequipa	26
Ayacucho	20
Cajamarca	23
Callao	Ninguna
Cusco	14
Huancavelica	3
Huánuco	4
Ica	1

Junín	12
La Libertad	8
Lambayeque	1
Lima	28
Loreto	Ninguna
Madre de Dios	Ninguna
Moquegua	Ninguna
Paseo	2
Puno	1
San Martín	22
Tacna	1
Tumbes	Ninguna
Ucayali	Ninguna
Total - Perú	199

315. Esto habrá de ser verificado por el Ministerio de Cultura. Las corridas de toros estarán restringidas a las localidades en que son tradición y no podrá expandirse a otras.
316. Por otro lado, hago notar que, conforme al artículo 4 de la Constitución, la comunidad y el Estado protegen especialmente, entre otros, al niño. En virtud de este deber de protección especial es que se ha emitido el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Ley 27337.
317. De acuerdo con el artículo 3-A de este cuerpo legal, los menores de edad tienen derecho a recibir una educación no violenta. En el artículo 4 se reconoce su derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
318. En virtud de este deber de protección y de estos derechos es que se deriva la obligación de impedir que los menores de edad vean o tengan acceso a actividades o eventos que tengan contenidos violentos o sexuales que sea perjudiciales para su libre desarrollo. Esto debe ser controlado por parte de los padres, familiares, cuidadores y educadores, pero la obligación también puede recaer en terceros.
319. Como ejemplo de ello tenemos lo dispuesto en la Ley 28278, “Ley de Radio y Televisión”, cuyo artículo 40, dirigido a los difusores de contenido, establece lo siguiente:

La programación que se transmita en el horario familiar debe evitar los contenidos violentos, obscenos o de otra índole, que puedan afectar los valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes. Este horario es el comprendido entre las 06:00 y 22:00 horas.

320. Pero las responsabilidades del Perú en materia de protección infantil no derivan únicamente de la legislación nacional. En el plano internacional, nuestro país es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.
321. El Comité de los Derechos del Niño es el organismo que tiene la función examinar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, asumidas en función de dicho tratado internacional.
322. Dicho comité emitió, el 2 de marzo de 2016, sus “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú”, en el cual se pronunció, entre otras cosas, sobre sus preocupaciones y recomendaciones en materia de violencia contra los niños (ver: www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/obs-finales-cuarto-quinto-combinados-2016.pdf).
323. En dicho documento el Comité sostuvo que “... sigue profundamente preocupado por el elevado número de casos de violencia y de malos tratos que sufren los niños, incluida la violencia doméstica y sexual. Está particularmente preocupado por lo siguiente: ... g) El hecho de que haya niños que se formen para ser toreros y participen en espectáculos conexos, lo que entraña un elevado riesgo de accidentes y de graves lesiones, además de que los niños espectadores quedan expuestos a la extrema violencia de la tauromaquia” (numeral 41, literal g), página 10).
324. Consecuente con lo anterior el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado que prohíba la formación de niños como toreros y también su participación e ingreso a dicho tipo de espectáculos con miras a garantizar “. . . la protección de los niños espectadores y sensibilice sobre la violencia física y mental vinculada a la tauromaquia y sus efectos en los niños” (numeral 42, literal i, página 10).
325. Considero pertinente que se acojan tales recomendaciones y que se hagan extensivas a las peleas de gallos, por lo que el Poder Ejecutivo, representado por el Ministerio de Cultura, deberá encargarse de implementar las medidas que resulten necesarias a fin de proteger a la infancia en este ámbito.

§9. EL SENTIDO DE MI VOTO

Por todo lo expuesto, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda. En consecuencia, se prohíbe la realización de eventos relacionados con peleas de gallos con navajas o espuelas, o cualquier práctica en la que se advierta la intervención humana. En ese sentido, también corresponde **ORDENAR** al Ministerio de Cultura que identifique los lugares en los que aun se efectúan estas prácticas, con el propósito de evitar su realización.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene, debiendo observarse las siguientes reglas:

- a) La protección de los animales tiene ciertamente un sustento constitucional que se deriva del artículo 68 de la Constitución, el cual señala que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica;
- b) No solo es posible, sino que resulta, además, indispensable mantener un régimen de protección legal de los animales contra el maltrato y la crueldad innecesarias.
- c) La especial situación de los animales, que se fundamenta en su condición de seres sintientes, es lo que se denomina como dignidad animal.
- d) Las autoridades deben verificar que los animales a los que se refiere la excepción no sean víctimas de maltratos previos a ingresar a la cancha o ruedo que menoscaben su integridad, salud o capacidades.
- e) Las corridas de toros y las peleas de gallos deben realizarse de acuerdo con las prácticas y usanzas tradicionales, que son las que justifican la excepción.
- f) El legislador, cada veinte años, debe analizar el estado del debate en torno a una eventual prohibición de las prácticas que, en la actualidad, se consideran culturales.
- g) Corresponderá al Poder Ejecutivo, representado por el Ministerio de Cultura, establecer cuáles son los departamentos y provincias en los cuales las corridas de toros constituyen tradiciones culturales, sin que puedan expandirse a otros lugares.
- h) La autoridad competente deberá supervisar que se implementen reglamentos que regulen la realización de corridas de toros y peleas de gallos en las localidades en que constituyen tradición, los mismos que deberán respetar lo aquí dispuesto, así como en la normativa sobre protección animal, en lo que resulte aplicable.
- i) La autoridad administrativa debe garantizar que se restrinja el acceso de menores de edad a las corridas de toros y a las peleas de gallos.
- j) Prácticas como el yawar fiesta, el jalatoro, el jalapato y el “curruñao”, la matanza de gatos que ocurre en la fiesta de Santa Efigenia, no pueden ser practicadas ni reconocidas bajo responsabilidad de la autoridad administrativa competente.

S.

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

*El ser humano no vive solo en este mundo.
También lo hacen animales no Humanos,
existiendo respecto de ellos un deber constitu-
cional de protección y de no causarles dolor y
sufrimiento injustificado*

Es inadmisibles que en una sociedad civilizada del siglo XXI, regida por una Constitución y un Estado de Derecho, se permitan aún actos de barbarie y crueldad contra animales no humanos, e igualmente inadmisibles el argumento que justifica “cualquier acto cruel” con el simple requisito de denominarlo “cultural”. Estimo que este “vale todo cultural” es el argumento ideal para aquellos que buscan hacer prevalecer las ideas de libertad y democracia de un reducido grupo conservador, pero que deja de lado las ideas de libertad y democracia de todos los que conformamos una determinada sociedad, en la que debe armonizarse el ejercicio de los derechos, la participación en la democracia, pero sobre todo una generalizada labor en favor del bien común.

Ante algunas expresiones en las que sólo se considera honrosa la decisión de la mayoría de jueces del Tribunal Constitucional, que declaró infundada la demanda, debo destacar que me honra vivir en un país libre y democrático en el que una vez más, con convicción y respeto a la mayoría de magistrados, puedo emitir un voto singular en el que se expresan mejores argumentos a favor de declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad planteada y con ello evitar la crueldad contra determinados animales (toros y gallos).

Respeto el punto de vista de los demandantes (5000 ciudadanos), pero también respeto el punto de vista de quienes no piensan como ellos. Son el respeto e igual consideración de los diferentes puntos de vista existentes en nuestra sociedad los que evidencian, entre otros factores, el nivel de tolerancia mínimamente exigible en una sociedad libre y democrática.

Es justamente la poca tolerancia de quienes predicán el pensamiento único, inmutable y universal, en el sentido de que sólo sus ideas son las correctas y que quienes piensan en sentido contrario no merecen respeto ni igual consideración, uno de los grandes obstáculos que impiden o dificultan notablemente el desarrollo de la libertad y democracia sobre todo en países como el nuestro, tan precarios en ambos valores.

Por ello, ante las diferentes opiniones emitidas sobre este caso, estimo que todos los peruanos y peruanas debemos desplegar nuestros mayores esfuerzos y mostrar nuestro mayor nivel de tolerancia con los distintos puntos de vista, de modo tal que valoremos que tenemos una institución: el Tribunal Constitucional, que del modo más transparente y deliberativo

buscó solucionar un conflicto que se le planteó. Hoy ganó una posición mediante las reglas democráticas, pero si más adelante gana la posición contraria —y se dan las razones para tal cambio— también debemos ser tolerantes en aceptarlo. Eso es respeto de la libertad y la democracia, pero no calificar como decisiones honrosas, o a favor de la libertad y democracia, sólo las decisiones que me benefician o apoyan mi punto de vista.

Las sentencias del Tribunal Constitucional honran a los magistrados que las suscriben, ya sea cuando ganan o cuando pierden en la respectiva votación.

De otro lado, tengo la impresión de que sobre este caso existe aún mucha confusión. La controversia principal de este caso no giraba sobre si deben existir o no las corridas de toros, peleas de toros o peleas de gallos. La controversia principal de este caso giraba sobre si en determinadas actividades existía o no maltrato animal de toros y gallos, y si ello vulneraba el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en animales no humanos.

Si se determinaba que existió tal maltrato —como en efecto voy a probar más adelante—, así como la afectación del aludido deber constitucional, la consecuencia era declarar inconstitucional la excepción legal impugnada y que, por tanto, sea de aplicación en estas actividades (corridas de toros, peleas de toros o peleas de gallos) la Ley 30407, de protección y bienestar animal, de modo que se debía verificar, caso por caso, cuándo existió tal maltrato, así como la forma de evitarlo.

Sólo pocos casos que llegan al Tribunal Constitucional, de los miles que ingresan anualmente, tienen, además del respectivo enfoque jurídico constitucional, una clara repercusión en el ámbito de la justicia social, en el ámbito de la cultura y sus deberes con las generaciones futuras, así como en el ámbito del rol de los seres humanos frente a la naturaleza y otros animales. Este caso debería significar para todos una invitación a reflexionar y darle nuevas miradas a lo que significa cultura y, sobre todo, a nuestra relación con los animales y el medio ambiente.

En efecto, la cultura es un proceso manifiesto de discursos y acciones que cimentan una serie de costumbres en una determinada sociedad. Estas costumbres han ido variando a través del tiempo, señalándose siempre la envergadura e importancia de su poder de convocatoria en la población que, sin lugar a dudas, necesitará siempre de una determinada cultura a fin de poseer un espíritu de cuerpo.

La cultura está al alcance del individuo que, gregariamente, accede a una serie de comportamientos que se complementan con las expectativas generales en una sociedad.

La cultura, hay que destacar, no es eterna, se transforma a medida que va incorporando cada vez una mayor amplitud de actores en su celebración: mujeres, niños, personas con discapacidad y, en los últimos años, animales no humanos.

Bajo esta óptica, la cultura cumple un rol fundamental: unir moralmente los lazos de un grupo social en tanto la costumbre sea capaz de fortalecer los vínculos entre sus miembros.

Cuando un aspecto de aquella cultura pierde valía, vigencia o legitimidad, consigue lo contrario: conflicto, daño moral, confusión y alejamiento entre sus miembros amenazando el espíritu de cuerpo conseguido, a duras penas en algunas ocasiones, históricamente.

El maltrato animal que se pueda identificar, por ejemplo, en determinadas corridas de toros, constituye una amenaza a un mundo cambiante que ecológicamente respeta cada vez más al mundo que le rodea y a una suerte de leyes que incorporan poco a poco a todo ser vivo circundante en beneficio de los animales no humanos y de la humanidad que aprende a convivir antes que a destruir.

Tradición es igual a dignidad de una comunidad que percibe en esta algo constitutivo de sí misma. Algo que es renombrado no solo para el grupo humano que la sustenta, sino que es estandarte para el resto del mundo que ve en aquella tradición un rasgo típico y diferenciado de aquel grupo. En efecto, la tradición es cultura, pero, al igual que en la cultura, la tradición debe ser legitimada por sus integrantes, por un lado; y, por otro lado debe representar un acto digno a través del cual presentarse ante el resto del mundo como una comunidad de bien y ética ante tiempos cambiantes de derechos cada vez más extensivos hacia la especie animal.

Asimismo, la tradición de determinadas corridas de toros produce dos cosas en el Perú: un rechazo por parte de la población de la cual se dice la tradición ha de representar (71% de rechazo al año 2013 según DATUM, entre otros datos), es decir, no hay arraigo generalizado en una población que si alguna vez la caracterizó, hoy, como toda comunidad a través de los tiempos, ha cambiado y la crítica; y, por otro lado, es, sintomático que a nivel internacional sólo queden 8 países en el mundo que aun sustentan este tipo de tradiciones que dejan de lado el avance y desarrollo de las leyes en mejora de las condiciones de vida de los animales. Tal exposición de muerte y tortura en determinadas corridas de toros es contradictoria con una abierta y manifiesta reflexión sobre la búsqueda de un equilibrio entre los seres humanos y su medio ambiente.

En suma, habiendo revisado los argumentos de las partes y los votos de mis colegas, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la excepción legal impugnada, pues ésta vulneró el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en los animales no humanos como los toros y gallos.

Estimo que no existe ninguna razón legítima que justifique la exclusión de los toros y gallos de la protección que otorga la Ley 30407. La crueldad contra los animales no puede ampararse con el argumento de que “por ser cultural está permitido dicho trato cruel”. Las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos sólo podrán mantenerse mientras se asegure que no causan dolor y sufrimiento injustificado en dichos animales.

Asimismo, debe ordenarse al *Ministerio de Cultura* y a las *Municipalidades* en cuyo ámbito se desarrollen las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos, para que, coordinadamente y en el ámbito de sus competencias, dicten los reglamentos de dichas actividades, estableciendo medidas que impidan el sufrimiento injustificado de tales animales.

Igualmente, dado que en estos casos está en juego el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en los animales como toros y gallos, debe habilitarse a que el respectivo juez de amparo examine si se ha producido maltrato y crueldad innecesaria contra animales.

Seguidamente, expondré los argumentos que sustentan mi posición:

I. Sobre el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en los animales no humanos

1. En el caso Horse Brown SAC (Exp. 07392-2013-PHC/TC), cuya ponente fue la suscrita, el Tribunal Constitucional ingresó al fondo del asunto, convertido en amparo, y verificó si, en el caso concreto de determinados animales, éstos se encontraban o no en situación de peligro.
2. En este contexto, el Tribunal estableció que en la interpretación de la Constitución debe tomarse en consideración no solo la convivencia pacífica entre los seres humanos y la justa distribución de los derechos, las libertades y los deberes en la sociedad, sino que también debe prestar atención a las exigencias que puedan desprenderse de la relación entre el ser humano y el medio ambiente en general y, especialmente, entre el ser humano y los demás seres vivos, pues como ya sostuvo antes, el ser humano “debe actuar en armonía y en convivencia pacífica con los demás seres vivos” (Expediente 00042-2004- AI/TC, FJ 25). En tal sentido, se advierte que la persona humana y su ámbito cultural finalmente forman parte de una unidad que toda interpretación que se haga de la Norma Fundamental no puede desconocer.
3. Lo expuesto conduce al siguiente razonamiento: si tenemos que la Constitución consagra el deber del Estado y de los particulares de respetar la vida de las personas, su integridad física, psíquica, su bienestar y su salud, entre otras dimensiones; si prohíbe toda forma injustificada de violencia física, psíquica, de tortura, de trato inhumano, de humillaciones; si prohíbe la esclavitud, la servidumbre, la trata de seres humanos, entre otros padecimientos; es razonable afirmar que la producción del dolor, el sufrimiento y la crueldad hacia los humanos es una preocupación trascendental y constante de nuestra Constitución, lo que exige normar las medidas que las eviten y puedan abolirlas.
4. Y es que la eliminación de todas las modalidades de sufrimiento y crueldad físicas contra los humanos ha sido la justificación de las formas más básicas de protección de los sistemas jurídicos modernos de talante liberal. La exclusión de los padecimientos humanos físicos se cuenta entre las primeras defensas instituidas por el derecho penal y el derecho constitucional en sus formas de reacción punitiva y reconocimiento de inmunidades. Si el sufrimiento físico que puede sentir un ser humano es una razón de peso para que exista un deber jurídico de no causarle sufrimiento físico ¿por qué habría que restringir esta consideración a otros seres distintos de los humanos con las mismas capacidades de sentir?

5. El hecho de que un animal no humano, por ejemplo, los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, sufra dolor físico desproporcionado o injustificado debe merecer una diferencia práctica en el ámbito de nuestros deberes jurídicos, más aún si dicho supuesto comparte la característica de situación límite que también es propia de los humanos cuando son objeto de padecimientos físicos. Los animales no humanos, por ejemplo, los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, sí poseen el interés más elemental de todos los seres vivos: el que no se les haga sufrir injustificadamente. Es verdad que el sufrimiento físico de los humanos puede ser, ciertamente, mucho más intenso que el de los otros animales. dada su comprensión de las circunstancias a las que son sometidos y de las consecuencias que ello pudiera acarrear en el futuro; pero debemos tener presente que, aunque esta característica no esté presente en los demás animales. dicha ausencia no anula la relevancia moral de su sufrimiento en el despliegue de deberes para con ellos.
6. Desde la Constitución no es posible derivar un “derecho” de los seres humanos a tratar cruelmente o hacer sufrir a los animales no humanos. Por el contrario, de la Norma Fundamental, específicamente del artículo 2, inciso 22, que reconoce el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, y del artículo 68, que establece la obligación estatal de promover la conservación de la diversidad biológica, se desprende que es un deber jurídico general de los humanos el no causar a los animales no humanos, tales como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, dolor y sufrimiento desproporcionado e injustificado. Por consiguiente, dicho deber no pertenece únicamente al ámbito de los deberes morales o, si se quiere, al terreno de lo extrajurídico, sino que es de recibo en nuestro marco constitucional y, en ese sentido, goza de fuerza normativa.
7. En esta línea de razonamiento es que se ha expedido la Ley 30407, de Protección y Bienestar Animal, cuyo artículo 5.1 ha establecido el deber de toda persona “de procurar la protección y el bienestar de los animales, cualquiera que sea su especie, evitando causarles daño, sufrimiento innecesario, maltrato de tipo físico que altere su normal comportamiento, lesión o muerte”. De igual manera, el artículo 1 de la misma ley ha impuesto al Estado el deber de establecer “condiciones necesarias para brindar protección a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres y para reconocerlos como *animales sensibles*, los cuales merecen gozar de buen trato por parte del ser humano y vivir en armonía con su medio ambiente” [cursivas agregadas].
8. Asimismo, el artículo 22 de la Ley 30407 establece que “se prohíbe toda práctica que pueda atentar contra la protección y bienestar animal, tales como (...) b. La utilización de animales en espectáculos de entretenimiento público o privado donde se obligue o condicione a los animales a realizar actividades que no sean compatibles con su comportamiento natural o se afecte su integridad física y bienestar (...) d. Las peleas de animales tanto domésticos como silvestres, en lugares públicos o privados”.

II. La “calificación jurídica” de la pelea de toros, pelea de gallos y corrida de toros como prácticas culturales es una competencia exclusiva del Ministerio de Cultura y no de la mayoría del Tribunal Constitucional

9. El argumento central de la posición en mayoría encuentra su desarrollo nuclear en la idea de que la existencia de prácticas culturales que cuenten con un importante arraigo en una zona determinada sería una “razón considerable” para que el legislador pueda introducir restricciones al principio de la proscripción del sufrimiento. En efecto, se hace mención del deber, no solo estatal, de “considerar a los animales como sujetos de protección, lo que empieza por la obligación de no generarles sufrimientos innecesarios”.
10. Sin embargo, se advierten manifestas contradicciones a medida que se van desarrollando los argumentos que llevan a la resolución del presente caso, a partir del control de constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, de Protección y Bienestar Animal, la cual excluye de tal protección a las i) corridas de toros, ii) peleas de toros, iii) pelea de gallos y “demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente que se regulan por ley especial”, en los términos en los que han sido planteados en la sentencia.
11. En términos sencillos, la excepción establecida en la disposición antes aludida es constitucional para la mayoría de mis colegas magistrados por cuanto serían prácticas culturales. Es decir, para quienes defienden la constitucionalidad de la disposición cuestionada, el legislador ha actuado conforme a la Constitución al exceptuar dichas actividades, supuestamente culturales, de la protección que brinda la Ley 30407 a los animales vertebrados domésticos o silvestres.
12. De este modo, de la posición mayoritaria se desprende que el carácter cultural de tales actividades, que debe ser calificado por la autoridad competente, es indispensable para salvar la constitucionalidad de la disposición cuestionada. Así, de ello se deriva lógicamente que debe existir una calificación jurídica de tales actividades como prácticas culturales para que surta efectos jurídicos la excepción de protección prevista en el resto de la Ley 30407, lo que supone, a su vez, que dicha calificación es constitutiva con miras a la aplicación de lo indicado en la disposición objeto de control constitucional.
13. La pregunta que surge inevitablemente es la siguiente: ¿en qué se sustentan mis colegas magistrados para llegar a la conclusión de que las prácticas analizadas son culturales? ¿Han invocado algún instrumento normativo emitido por la autoridad competente, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico, como fundamento de dicha conclusión? ¿Llegaron a dicha conclusión a partir de las exigencias del ordenamiento jurídico peruano para calificar jurídicamente a una determinada práctica como cultural?
14. De la revisión del análisis de constitucionalidad desarrollado para el caso de las peleas de toros, peleas de gallos y corridas de toros no se advierte en ningún fundamento la mención al sustento legal o normativo para la consideración de dichas actividades como culturales.

15. Así por ejemplo, en el caso de las peleas de toros, la mayoría concluye que se trata de una práctica cultural con un considerable arraigo, teniendo como base, sin hacer mención de alguna otra fuente adicional o complementaria, la información alcanzada al Tribunal por la Asociación de Criadores, Propietarios y Aficionados de Toros de Pelea de Arequipa (ACPATPA), cuyo interés en la desestimatoria de la demanda a este respecto es evidente.
16. En el caso de las peleas de gallos, de manera similar al supuesto anterior, la mayoría de mis colegas magistrados concluye que existen elementos suficientes para considerar que las peleas de gallos son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Más allá de lo informado a este Tribunal por la Unión de Galleros del Perú, con un interés evidente en que la demanda en este extremo sea declarada infundada, en la posición mayoritaria se invoca un conjunto de fuentes (como “pedidos de informe” e “investigación propia”) de manera genérica, cuya relevancia y relación directa con la presente discusión no son detalladas ni precisadas como se debiera a la luz de lo que está decidiendo, para sostener que la pelea de gallos es en el Perú, efectivamente, un espectáculo cultural.
17. En similar sentido, en el caso de las corridas de toros, la mayoría de mis colegas magistrados sostiene que son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición, a partir de citas históricas, literarias y la selección de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-1192/05, del año 2005, todo ello ya expresado en los mismos términos en la STC 0017-2010-PI/TC, publicada en el año 2010.
18. Aparentemente, la posición mayoritaria habría desarrollado un “estándar” para determinar si una determinada práctica en nuestro país es cultural. Dicho estándar está comprendido por: i) el ámbito geográfico, ii) el ámbito temporal, iii) el arraigo tradicional, iv) el alcance social, y) la relación con actos penados o prohibidos legalmente. Asimismo, dicho estándar se ha aplicado para las tres actividades antes mencionadas: en el caso de la pelea de toros; en el caso de la pelea de gallos; y en el caso de la corrida de toros.
19. De esta forma, corresponde preguntarnos lo siguiente: ¿caso los magistrados del TC tienen la competencia para determinar si una determinada práctica es cultural en nuestro país? Mi respuesta es claramente negativa. El ejercer la competencia de órgano jurisdiccional de cierre en la interpretación de la Constitución no presupone la competencia para determinar qué actividad es cultural. Actuar en sentido contrario conllevaría a desconocer el principio de corrección funcional que orienta la interpretación constitucional, que exige:

(...) al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado (STC 05854-2005-PA/TC, FJ 12).

20. Así lo comprendió el TC en la sentencia del Expediente 00042-2004-PI/TC, en la medida que reconoció en aquella oportunidad a la autoridad competente para dicha declaración, que en esos momentos era el Instituto Nacional de Cultura (INC). Sin embargo, en dicha oportunidad también se desarrollaron determinados criterios que deberían observarse como parámetros para la calificación de un espectáculo público como cultural, los cuales no fueron dejados sin efecto en la sentencia del Expediente 00017-2010-PUTC, sentencia que también abordó la temática del supuesto carácter cultural de las corridas de toros pero en un sentido contrario. Dichos criterios, sin ánimo de exhaustividad serían los siguientes:

1) **Contenido cultural.** El contenido de un espectáculo para que sea considerado como “cultural” debe estar estrechamente vinculado con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación (artículo 2. inciso 19 de la Constitución). En caso de existir conflicto entre los valores de las diferentes comunidades -nacional, regional o local-, deberá considerarse aquellos usos y costumbres que se encuentren en el ámbito más cercano a los ciudadanos que se beneficiarán con la exposición de tales actividades. En ningún supuesto, sin embargo, el contenido de los espectáculos deberá vulnerar derechos fundamentales como la vida (artículo 1 de la Constitución); la integridad personal y el bienestar (artículo 2, inciso I de la Constitución) de las personas; o subvertir el orden constitucional, el orden público o las buenas costumbres. Tampoco los espectáculos que comporten, directa o indirectamente, una afectación al medio ambiente; o los que conlleven actos de crueldad y sacrificio, innecesario, de animales.

2) **Acceso popular.** En la medida que la Constitución reconoce el derecho de las personas al acceso a la cultura (artículo 1 inciso 8) y el derecho de participar en la vida cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17). este criterio implica que el costo de acceso al espectáculo a ser calificado como “cultural” por el Instituto Nacional de Cultura no debe ser una barrera que limite las posibilidades de ser costeadado por la mayor cantidad de personas; esto es, el acceso masivo a dichos espectáculos. Contrario sensu, los espectáculos cuyo acceso no tengan precios populares, no deberán ser calificados como “culturales” (...).

3) **Mensaje.** Aquellos espectáculos que transmitan mensajes en contra de valores superiores como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, la solidaridad, la paz; o hagan apología de la discriminación por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2, inciso 2 de la Constitución). no deben ser declaradas “culturales”. Tampoco aquellas que inciten al odio, a la violencia contra personas o animales, o a la intolerancia.

4) **Aporte al desarrollo cultural.** Los espectáculos que precisen ser calificados de “culturales” deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural y a afirmar la identidad cultural, así como al desarrollo integral de la Nación

(artículo 44 de la Constitución). Para ello, el Instituto Nacional de Cultura deberá evaluar e identificar cuáles el aporte del espectáculo, sobre todo, en el ámbito educativo, científico o artístico.

21. Pero incluso, más allá de la observancia de dichos criterios, el TC en aquella oportunidad precisó que era deber de la autoridad competente a este respecto “fundamentar cumplidamente las razones y motivos por los cuales califica o no un espectáculo de «cultural»”; y “observar el principio imparcialidad e igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), evitando tratar con desigualdad espectáculos que son iguales o equiparar el trato de espectáculos que son diferentes” (Expediente 00042-2004-P1/TC, FJ 22).
22. Sin embargo, en nuestro país, de acuerdo a la Ley 28296, General del Patrimonio Cultural de la Nación, el literal b del artículo 7 de la Ley 29565, “Ley de creación del Ministerio de Cultura”, modificada por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1255, entre otras disposiciones de carácter complementario, como la Resolución Ministerial 338-2015, que aprobó la Directiva 003-2015- MC, la declaratoria de una práctica como patrimonio cultural es una función exclusiva del Ministerio de Cultura.
23. Por lo expuesto, se advierte que en la sentencia se incurre en un exceso en el ejercicio de las competencias del TC al calificar jurídicamente la pelea de toros, pelea de gallos y corrida de todos como espectáculos culturales, en detrimento de las competencias del Ministerio de Cultura. Es más, en la propia sentencia incluso se reconoce no solo ello, sino que, a efectos de la excepción establecida en la disposición cuestionada, se ha indicado que el propio legislador “ha delegado a la autoridad competente, esto es, al Ministerio de Cultura, la potestad para declarar el carácter cultural de los espectáculos exceptuados”.
24. En efecto, no puede pasar desapercibido lo indicado en los FFJJ 290 y siguientes de unos de los votos, en los que se precisa lo siguiente:
 290. El Tribunal solicitó al Ministerio de Cultura que informara cuáles son los espectáculos que han sido declarados como de carácter cultural conforme a lo dispuesto en dicha disposición.
 291. Mediante Oficio 236-2019-SG/MC, dicho ente presentó el Informe 000090-2019-DGIA/VMPCIC/MC, emitido por la Dirección General de Industrias y Artes Culturales, en el cual se indica que:

En principio, corresponde informar que la excepción contemplada en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30407, Ley de Protección y bienestar animal, **no ha sido aplicada en el Ministerio de Cultura.**
25. Siendo ello así, ¿cómo podría este Tribunal declarar cultural una práctica cuando la propia entidad competente no ha realizado dicha calificación jurídica? ¿Cómo puede

este Tribunal pasar por alto los procedimientos que para tal efecto ha previsto el ordenamiento jurídico? ¿Acaso los magistrados del TC estamos en condiciones de posibilidad de determinar si una determinada práctica es cultural o no a espaldas de los procedimientos del órgano competente?

26. En principio, la calificación de una determinada práctica como cultural requiere, teniendo como marco de delimitación lo indicado en el artículo 21 de la Constitución, la revisión de lo establecido en las siguientes disposiciones de la Ley 28296, General del Patrimonio Cultural de la Nación, antes mencionada:

Título Preliminar

Artículo 11: Definición

Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, *histórico*, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso. etnológico. científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley (cursivas agregadas).

(...)

Título 1

Bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación

Capítulo 1

Disposiciones Generales

Artículo 1.- Clasificación

2. BIENES INMATERIALES

Integran el Patrimonio Inmaterial de la Nación las creaciones de una comunidad cultural fundadas en las tradiciones, expresadas por individuos de manera unitaria o grupal. y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad, como expresión de la identidad cultural y social. además de los valores transmitidos oralmente, tales como los idiomas. lenguas y dialectos autóctonos, el saber y conocimiento tradicional, ya sean artísticos. gastronómicos, medicinales, tecnológicos, *folclóricos* o religiosos, los conocimientos colectivos de los *pueblos y otras expresiones o manifestaciones culturales que en conjunto conforman nuestra diversidad cultural* (cursiva agregada).

27. Sobre dicha base normativa, debe tenerse presente que existe un procedimiento para la calificación de una determinada práctica como integrante del Patrimonio Inmaterial de la Nación. Así pues, según el artículo 7.2 de la Directiva 003- 2015-MC antes citada, el procedimiento para calificar las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial como Patrimonio Cultural de la Nación es el siguiente:

(...)

Alcance de la declaratoria

El Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales, declara como Patrimonio Cultural de la Nación las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial, *de acuerdo a sus características, importancia, valor, alcance, difusión y significado en la vida, en la representación simbólica ligada a la identidad en el desarrollo humano, histórico, social y cultural de la Nación* (cursiva agregada).

Del Inicio del procedimiento de declaratoria

El procedimiento para la declaratoria de patrimonio inmaterial se inicia de Oficio por la Dirección de Patrimonio Inmaterial, la cual elaborará el informe técnico respectivo debidamente sustentado, el cual será remitido a la Dirección General de Patrimonio Cultural. Las actuaciones de la Dirección de Patrimonio Inmaterial podrán sustentarse en peticiones de parte, situación que deberá ser comunicada a la Dirección General de Patrimonio Cultural, con copia al Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales. Para la evaluación de los expedientes, la Dirección de Patrimonio Inmaterial requerirá contar con la siguiente documentación y/o elementos:

- i. Un estudio en el que se señalen y describan con detalle las características esenciales de la manifestación o expresión, estudio en el que se evidencie su importancia, valor, alcance, significado e impacto de la manifestación o expresión en la definición de la identidad colectiva, local, regional, étnica, comunal y/o nacional y se identifiquen algunas amenazas a la viabilidad de la manifestación cultural, así como las medidas que la comunidad, los grupos y en algunos casos los individuos, tomarán para mitigadas.
- ii. Una bibliografía, de existir ésta, con referencias documentales utilizadas en el estudio, y debidamente consignadas.
- iii. Un mínimo de diez fotografías recientes. Las fotos deben tener un soporte digital, cuya nitidez y resolución sea adecuada para su publicación.
- iv. Sustento documental de que el expediente ha sido preparado con participación de la comunidad, los grupos y en algunos casos los individuos, mostrándose evidencia de que existe el consentimiento previo e informado de los portadores para solicitar la declaratoria.
- v. Un documento de compromiso de la comunidad, los grupos y en algunos casos los individuos, portadores de la expresión cultural, para colaborar con las Direcciones Desconcentradas de Cultura de su circunscripción territorial, a fin de elaborar cada cinco años un informe detallado sobre el estado de la expresión para su envío al Ministerio de Cultura, de modo que su registro institucional pueda ser actualizado en cuanto a los cambios producidos en la manifestación, los riesgos que pudieran haber surgido para su vigencia, y otros aspectos relevantes para hacer un seguimiento institucional de su desenvolvimiento y salvaguardia, de ser el caso. De manera

facultativa se podrán adjuntar otros anexos adicionales, tales como diagramas, partituras, grabaciones sonoras y/o filmicas, etc.

De la evaluación y resultado

La Dirección de Patrimonio Inmaterial evalúa el expediente, teniendo en cuenta los siguientes criterios técnicos:

El valor histórico y la evidencia de formar parte de una tradición.

El valor simbólico o emblemático y la vigencia de su significado como símbolo de identidad cultural.

La vigencia y actualidad de su impacto en la vida cotidiana o en la calendarización de la vida colectiva, en el mantenimiento de las costumbres y creencias, en la vigorización de las tradiciones, en la transmisión y desarrollo de los saberes y tecnologías, en la producción y productividad, y en el bienestar colectivo.

La representatividad y trascendencia local, regional, nacional o internacional por su capacidad de convocatoria y participación colectiva.

Que la expresión cultural no vulnera derechos fundamentales como la vida (artículo 1 de la Constitución Política del Perú): la integridad personal y el bienestar de las personas (artículo 2, inciso I de la Constitución Política del Perú); o subvierte el orden constitucional o el orden público. Tampoco se considerará susceptibles de ser declaradas como Patrimonio Cultural de la Nación a las expresiones culturales que comporten, directa o indirectamente, una afectación al medio ambiente o al desarrollo sostenible; que no respeten los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e Individuos, *o las que conlleven actos de crueldad y sacrificio de animales* (cursiva agregada).

En base a dichos criterios técnicos, la Dirección de Patrimonio Inmaterial identifica la importancia, valor, alcance y trascendencia de las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial para su declaración como Patrimonio Cultural de la Nación (...).

- vi. Etapa de análisis. Un expediente admitido o subsanado, es analizado por un Especialista de la Dirección de Patrimonio Inmaterial. Dicha etapa incluye el estudio de la documentación presentada, la recopilación de información adicional y de nuevas fuentes de información, la redacción de una síntesis de la información y su validación. Este proceso culminará con la emisión de un informe técnico.

La Dirección de Patrimonio Inmaterial remite la propuesta e informe técnico sobre la procedencia o no del expediente a la Dirección General de Patrimonio Cultural para su consideración, a fin de que sea elevado al Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales.

- vii. El Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales resuelve el procedimiento, siendo competente para declarar las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial como Patrimonio Cultural de la Nación (...).

28. Como puede apreciarse, el procedimiento para calificar jurídicamente una práctica como cultural, según nuestro ordenamiento jurídico, responde a un conjunto de criterios y etapas que tienen una **racionalidad** correspondiente a la propia **especialidad** de la materia. Así pues, para que dicha calificación pueda realizarse conforme a la normativa vigente, no solamente se deben cumplir con un conjunto de requisitos, como la presentación de documentos e información pertinente, sino que, además, en la propia evaluación de dicha documentación e información se deben seguir **criterios técnicos** por los funcionarios correspondientes, que deben tener la calidad de **especialistas**.
29. De esta forma, ¿cómo podría ser legítimo que la mayoría del TC, sin la competencia explícita o implícita asignada por el constituyente y el legislador democrático, sin un procedimiento preestablecido y sin que los magistrados seamos especialistas en la materia, califiquemos jurídicamente una práctica determinada como cultural?
30. Más allá de establecer pautas o criterios en el marco de la Constitución cultural, para orientar a las autoridades competentes en lo que respecta al alcance y límites del núcleo duro de la noción de cultura bajo la Norma Fundamental de 1993, como se hizo en su oportunidad en la STC 0042-2004-P1/TC, según lo expresado previamente, este Tribunal no tiene la competencia ni las condiciones mínimas indispensables para determinar si a una determinada práctica le corresponde la calificación jurídica de “cultural”, con todas las consecuencias que de ello se desprenden.
31. En realidad, de la redacción de la disposición cuestionada no se desprende que manifiestamente y de forma expresa, el legislador califique las peleas de toros, corridas de toros y peleas de gallos como prácticas culturales; antes bien, sí hace referencia en cambio a que a los demás espectáculos les corresponderá la misma consecuencia jurídica, esto es, la excepción de lo dispuesto en la Ley 30407, si es que previamente son calificados como culturales por la autoridad competente. En atención a todo ello, cabe concluir lo siguiente:

- i. El legislador ha exceptuado de los efectos de la ley a las peleas de toros, corridas de toros y peleas de gallos sin dar cuenta expresamente de que la razón de dicha exoneración sea por su naturaleza cultural;
- ii. El legislador ha exceptuado también a otros espectáculos, siempre que sean declarados culturales por la autoridad competente (calificación jurídica de una práctica como cultural);
- iii. La mayoría del TC ha asumido que son prácticas culturales y que ello justificaría la excepción. Sin embargo, ello plantea los siguientes problemas: ¿Puede un órgano jurisdiccional calificar una práctica como cultural? En todo caso, si de lo que se trata es de una calificación jurídica (y no necesariamente puramente antropológica), ¿quién es la autoridad competente para efectuar dicha declaración?

iv. En caso de que efectivamente se trate de prácticas culturales, supuesto del que me aparto por las razones que indicaré a continuación, ¿acaso basta que algo sea cultural en términos jurídicos para prevalecer de antemano y en abstracto frente a otros bienes constitucionales? ¿Acaso los principios son absolutos? ¿Acaso el Tribunal no ha reafirmado en su jurisprudencia que en caso de colisión de principios corresponde aplicar el test de proporcionalidad? ¿Acaso dicho test se ha aplicado como para justificar lo resuelto en la sentencia?

32. Asimismo, advierto que en esta sentencia se ha perdido la oportunidad de desarrollar, desde una lectura integral y dinámica de la Constitución, qué noción de cultura protege el ordenamiento jurídico-constitucional, lo que a mi juicio no se limita a manifestaciones espirituales derivadas de un concepto genérico de cultura, como plantea la mayoría de mis colegas magistrados, sino que fundamentalmente debe tenerse en cuenta que bajo el marco constitucional también es posible concebir las relaciones entre los ciudadanos, que regula el Derecho, como expresión de sus prácticas económicas, sociales, políticas y culturales(civilización), que son fundamentalmente diversas y dinámicas¹.
33. Efectivamente, si como sostiene Lara Amat y León, la ciudadanía contemporánea experimenta transformaciones en la medida que “las dinámicas actuales permiten pensar futuros desarrollos con desenlaces abiertos”², esta reflexión puede extenderse también a las prácticas y tradiciones de los ciudadanos que consideramos culturales, en tanto elementos de cohesión y de unidad política³. Si como Harris explica, la cultura “alude a las tradiciones de pensamiento y conducta *aprendidas y socialmente adquiridas* que aparecen en las sociedades humanas”⁴, puede considerarse que dicha cultura evoluciona también en el espacio y el tiempo.
34. Por ello, la calificación jurídica de una determinada práctica como cultural no puede ignorar dicho carácter dinámico y diverso. Al respecto, Harris explica que “La mayor parte de la gente sólo es consciente de una pequeña parte de la diversidad de alternativas en los estilos de vida. Si queremos pasar del mito y la leyenda a la conciencia

1 LARA AMAT Y LEÓN, Joan (2020). “Entre siervos y ciudadanos: transformaciones de la ciudadanía contemporánea”. En *La ciudadanía y lo político. Ciudadanía y crisis de la democracia liberal en un mundo en transformación*. Lima: ONPE/Equipo de investigación Demos (UNMSM). pp. 74-79. Al respecto, en relación a la tensión entre los conceptos ilustrado y romántico de cultura (*Civilisation-Ikultur. respectivamente*) ver: KUPER, Adam (2001). *Cultura. La versión de los antropólogos*. Barcelona: Paidós

2 LARA AMAT Y LEÓN. Joan (2020). “Entre siervos y ciudadanos: transformaciones de la ciudadanía contemporánea” ...Óp. Cit., p. 78.

3 *Ibíd.*, p. 78-79.

4 HARRIS, Marvin (1994). *Materialismo cultural*. Madrid: Alianza Editorial, p. 141.

madura, tenemos que comparar toda la variedad de culturas pasadas y *presentes*⁵ (énfasis agregado)».

35. Todo lo anterior lleva a la siguiente conclusión: la ciudadanía en el Estado constitucional no puede ni debe definirse única y principalmente por la exaltación de las tradiciones, por muy arraigadas o difundidas que puedan estar.

III. Sobre los fines esenciales del Derecho y la proscripción de la violencia contra los animales

36. Más allá de la reflexión anterior, quisiera enfatizar además que la propia norma técnica aplicable para la calificación jurídica de una práctica como cultural establece claramente que uno de los criterios determinantes para calificar jurídicamente una determinada práctica como cultural es que la supuesta práctica cultural no debe conllevar actos de crueldad o el sacrificio de animales.
37. Siendo ello así, si la posición mayoritaria acepta el riesgo de que haya maltrato o crueldad animal en el caso de las peleas de toros (de lo contrario, no exigiría el cumplimiento de determinadas “pautas” como el Reglamento de Peleas de Toros, del 20 de octubre de 2015), si expresamente acepta que las peleas de gallos son violentas (al sostener que “no podrán desarrollarse otras nuevas que sean aún **más violentas** que las actuales”) como también lo hace con las corridas de toros, entonces se puede concluir válidamente que el Tribunal Constitucional está calificando jurídicamente como culturales prácticas que de acuerdo a la normativa correspondiente, incumplirían uno de los criterios técnicos para tal fin, como es el caso de **la ausencia de actos de crueldad o sacrificio de animales**.
38. En realidad, proceder en sentido contrario llevaría a sostener que el Derecho puede legitimar prácticas donde se promueve o practica la violencia, independientemente de que se produzca entre animales no humanos o se produzca con intervención humana. Esto último estimo es inadmisibles desde la consideración de que el núcleo duro del Derecho proscribire las prácticas violentas.
39. De esta manera, considero que la Constitución no permite que el legislador reconozca, permita o promueva prácticas violentas, ni entre seres humanos ni entre estos y los animales no humanos, como las peleas de toros, peleas de gallos, corridas de toros u otras prácticas (yawar fiesta, jalatoro, jalapato, etc.) y siguientes de la posición en mayoría, como tampoco ninguna otra similar.

5 HARRIS, Marvin (1974). *Vacas, cerdos, guerras y brujas. Los enigmas de la cultura*. Madrid: Alianza Editorial, p. 5.

IV. Sobre la obligación del Estado de establecer límites razonables y proporcionales a determinadas actividades económicas por mandato de los principios, valores y reglas constitucionales

40. En la posición mayoritaria no se ha abordado las implicancias de la pelea de toros, pelea de gallos y corridas de toros para los valores que promueve el ordenamiento jurídico, no solo en lo que respecta a la protección y bienestar animal, sino también en lo que respecta a la moralidad y seguridad públicas.
41. Es decir, para el Estado no deben ni pueden ser indiferentes los efectos perniciosos de determinadas actividades económicas para la persona y la sociedad en su conjunto. Si bien es cierto que nuestro sistema económico tiene como uno de sus pilares el reconocimiento de determinadas libertades económicas, como la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de comercio e industria, entre otras más, también es cierto que el ordenamiento ha establecido límites explícitos e implícitos a su ejercicio, derivados de otros principios, reglas y valores constitucionales.
42. Así por ejemplo, en el caso de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, el TC ha indicado en la sentencia del Expediente 04661-2006-PA/TC que esta actividad:
- (...) puede generar adicción -ludopatía- con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, y que, por ello, resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas. En consecuencia, se justifica la imposición de condiciones para su ejercicio (FJ 7).
43. De esta forma, este Tribunal no puede obviar que ya en el pasado ha establecido que el tratamiento que brinda el Estado a determinadas económicas responde a su *ius imperium*, como se desprende del artículo 59 de la Constitución (Expediente 04661-2006-PA/TC, FJ 6).
44. De lo anterior se desprende no solo el deber del Estado de establecer límites razonables y proporcionales a las libertades económicas, según lo exijan los principios, reglas y valores constitucionales, sino que, además, debe tenerse presente que no toda actividad económica o lucrativa está permitida por el ordenamiento jurídico; al punto que muchas actividades han sido proscritas expresamente a través de su calificación como delitos por el legislador penal, como el lavado de activos, el tráfico ilícito de drogas, etc., precisamente porque atentan contra la moralidad y la seguridad públicas.
45. Sin embargo, con relación a las actividades antes mencionadas, no se advierte ninguna reflexión en la sentencia en el sentido de las implicancias de estas actividades para el ordenamiento jurídico en su conjunto, desde la perspectiva de la moralidad y seguridad públicas, en los términos en que han sido desarrolladas por la jurisprudencia de este Tribunal.

IV. El ser humano y su relación con la naturaleza: antropocentrismo vs. ecocentrismo

46. El caso de autos promueve también, ya en un ámbito más general, el análisis de dos concepciones que suelen ser objeto de discusión: el relativismo cultural y el universalismo. Por un lado, el relativismo sugiere que cada comunidad tiene una cultura, idiosincrasia y parámetros de conducta diferentes. Por ende, en tanto no se podría definir qué es lo bueno y qué es lo malo para todos, no se podría considerar que existen un mínimo de pautas de conducta o de derechos y garantías universalizables que se deben aplicar a todos los individuos sin distinción de raza, origen, género, religión u otro. Por otro lado, los defensores del universalismo consideran que sí existe un mínimo de pautas de conducta, de derechos y garantías que se deben aplicar a todos los individuos sin distinción de raza, origen, sexo, religión u otro.
47. Dicho debate es relevante en el caso en cuestión, puesto que uno de los argumentos más recurrentes para defender la constitucionalidad de las excepciones impugnadas, es que éstas forman parte de la cultura e identidad de determinados pueblos que realizan estas prácticas. Al respecto, debemos tener en cuenta que, como critican los defensores del universalismo, bajo el relativismo cultural se esconden arbitrariedades y comportamientos lesivos a los derechos fundamentales. Por ejemplo, admitir el relativismo significa respetar la tradición por la cual a las mujeres, en algunas comunidades indígenas del Perú, se les practicaba la mutilación genital, o permitir que se realicen matrimonios forzados maltratos físicos a menores de edad. Todas estas prácticas atentan contra una serie de derechos fundamentales y se intentan justificar bajo la identidad cultural, en la perspectiva del relativismo cultural. De igual modo, en la defensa de las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos, desde el punto de vista del relativismo, se ignoran deberes constitucionales como la proscripción de toda forma de violencia.
48. Si bien el universalismo se refiere a los derechos humanos, es preciso mencionar que autores como Martha Nussbaum han extendido dicha protección y ha sostenido que es posible reconocer derechos a los animales, o al menos garantizar el bienestar animal, apelando a la sensibilidad de éstos. Particularmente, dicha autora hace una lista de principios políticos que deben guiar las leyes y políticas públicas en relación con los animales. Entre estos destacan, en lo que se refiere al presente caso, el principio de vida e integridad corporal⁶:

Vida: bajo el enfoque de las capacidades, todos los animales tienen derecho a continuar con sus vidas, tengan o no un interés tan consciente. Todos los animales sintientes tienen un derecho seguro contra enfermedades gratuitas por deporte.

6 NUSSBAUM, Martha. "Beyond 'Compassion and humanity' Justice for Nonhuman Animals". En: Martha C. En: SUNSTEIN, Cass y NUSSBAUM, Martha. *Animal Rights*. Oxford University Press. 2004, pp. 314-315.

Integridad corporal: bajo el enfoque de las capacidades, los animales tienen derechos directos contra las violaciones a su integridad corporal por violencia, abuso y otras formas de tratamiento dañino, ya sea que el tratamiento en cuestión sea doloroso o no.

49. Lo dicho anteriormente supone entonces una nueva visión respecto a los problemas que se producen entre animales humanos y no humanos. Esta nueva concepción supera la antropocentrismo (que implica tomar como centro al ser humano), para dar paso al **ecocentrismo** en el que se cuestiona el rol del ser humano en la sociedad y en el mundo, en tanto es un ser social que también **convive** con el medio ambiente y los animales. Esta perspectiva puede ser identificada en pensadoras contemporáneas como Nussbaum, quien sostiene lo siguiente:

El propósito de la cooperación social, por analogía y extensión, debería ser vivir decentemente juntos en un mundo en el que muchas especies intentan florecer. Una justicia verdaderamente global requiere no solo que busquemos en todo el mundo a otros miembros de especies que tengan derecho a una vida digna. También requiere mirar alrededor del mundo a los otros seres sintientes con cuyas vidas las nuestras son inextricablemente un complejo entrelazado.

50. De una revisión de la Ley 30407, de protección y bienestar animal, y específicamente de los principios de su título preliminar, así como de su finalidad y objeto, tengo la impresión de que el legislador se ha acercado en gran medida a esa visión ecocentrista, en la medida que procura cierta relación de convivencia entre el bienestar de las personas y el bienestar animal. Lamentablemente la impugnada excepción establecida en la Primera Disposición Complementaria Final (que exceptúa a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos) no guarda coherencia con el cuerpo legislativo general de la aludida ley.

V. Anotaciones finales

51. El presente caso no es uno común y corriente. Claramente tendrá un impacto en las futuras generaciones, las que con mayores elementos de juicio y sobre todo mayores análisis científicos, podrán identificar los niveles de sensibilidad e inteligencia de determinados animales no humanos y así otorgarle la importancia que hoy no tienen, de modo tal que se puedan generar los respectivos cambios legislativos.
52. Si no creyera en la esperanza de que estos cambios se producirán algún día, no escribiría nada de lo que contiene este voto. Si no creyera que la historia no es estática o no confiara en las futuras generaciones, no suscribiría el presente voto. Esto cambiará en el futuro. Ojalá no demoren los cambios y que acabe ya la crueldad contra determinados animales. Es nuestro deber cuidar nuestro planeta así como a aquellos animales con los que coexistimos.
53. Finalmente, quiero terminar haciendo una cita de la Suprema Corte de Kerala en el caso *Nair vs. Union of India*, de junio del 2000:

En conclusión, sostenemos que los animales de circo (...) son colocados en jaulas estrechas, sujetos al miedo, al hambre, al dolor, sin mencionar la forma de vida no digna en la que tienen que vivir (...) Aunque no son *homosapiens* [sic]. también son seres con derecho a una existencia digna y un trato humano sin crueldad ni tortura (...). Por lo tanto, no es solo nuestro deber fundamental mostrar compasión a nuestros amigos animales, sino también reconocer y proteger sus derechos (...). Si los humanos tienen derecho a los derechos fundamentales, ¿Por qué no los animales?

Por todo lo expuesto, en atención a las consideraciones previamente desarrolladas, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda; y en consecuencia, que se declare, **INCONSTITUCIONAL** la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

**VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
OPINANDO QUE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD
DEBE DECLARARSE FUNDADA**

En el presente caso opino que la demanda debe declararse **FUNDADA**, por cuanto la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, colisiona con la Constitución, incurriendo en infracción normativa directa y en infracción normativa indirecta de la misma, por lo que debe ser eliminada del ordenamiento jurídico, ya que adolece de inconstitucionalidad.

La colisión directa se produce con los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución que regulan los recursos naturales, la política ambiental y la conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas, respectivamente, en el marco de la obligación del Estado de promover el régimen constitucional de conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas; y la colisión indirecta con las demás normas de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, que hace bloque de constitucionalidad con la propia Constitución respecto del mencionado régimen, al contener un desarrollo normativo de parte de los principios y valores constitucionales que inspiran la protección y conservación de la diversidad biológica en la dimensión de garantizar el bienestar y la protección de las especies animales vertebradas domésticas o silvestres mantenidas en cautiverio y proscriben el maltrato y la crueldad causadas directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasionen lesión o muerte, así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación.

La fundamentación del presente voto la efectúo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El proceso de inconstitucionalidad
2. La constitucionalidad
3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad
4. La norma impugnada
5. Mi posición puntual respecto a la norma impugnada
6. El sentido de mi voto

A continuación, desarrollo dicho esquema siguiendo la misma numeración temática:

1. El proceso de inconstitucionalidad.

A manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer, una vez más, una breve referencia a dicho proceso:

- 1.1 El Proceso Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incursa en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.
- 1.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis*.
- 1.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso *ad hoc* y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. *Sui generis*, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.
- 1.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.
- 1.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad.

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

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, dismantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.
- 3.2. A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.
- 3.3. En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.
- 3.4. La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en

su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

- 3.5. En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.
- 3.6. La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo, puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.
- 3.7. El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.
- 3.8. En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.
- 3.9. En cambio, en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. La norma impugnada

La norma impugnada es la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, que establece literalmente lo siguiente:

“Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.” (sic)

Tal excepción se refiere a los alcances de la acotada Ley de Protección y Bienestar Animal, que regula parte de los principios y valores constitucionales que inspiran el régimen de protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales, en lo referido a los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, desarrollando todo lo relacionado con los principios de dicho régimen, como el principio de protección y bienestar animal, el principio de protección de la biodiversidad, el principio de colaboración integral, el principio de responsabilidad de la sociedad, el principio de armonización con el derecho internacional y el principio precautorio; con la finalidad de dicho régimen; con el objeto de dicho régimen, que consiste en la protección de la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio e impedir el maltrato y la crueldad causados directa o indirectamente por el ser humano, entre otros; con las definiciones de dicho régimen; con los deberes de la persona y del Estado respecto de los animales; con el Ente rector y los órganos ejecutores de dicho régimen; así como con la responsabilidad de las autoridades e instituciones involucradas; con las asociaciones de protección y bienestar animal; con la tenencia, protección y manejo de animales; con las prohibiciones generales y especiales; con las infracciones; y con otros aspectos adicionales atinentes al régimen en mención.

Por consiguiente, el análisis de constitucionalidad de la norma cuestionada debe consistir en la determinación de si existe o no compatibilidad y coherencia entre la misma (la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal) y la normativa constitucional relacionada con el régimen constitucional de conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículos 66, 67 y 68 de la Constitución) y las demás normas de la referida Ley 30407 (Artículos 1 al 34 y la Segunda Disposición Complementaria Final, así como sus disposiciones complementarias modificatorias y anexo de definiciones), que hacen bloque de constitucionalidad y desarrollan parte de los principios y valores constitucionales que inspiran la protección y conservación de la diversidad biológica.

5. Mi posición puntual respecto a la norma impugnada

5.1 Como premisa de tal análisis, debo apuntar que el tema objeto del mismo, consistente en la determinación de si la norma impugnada infringe o no la Constitución y el bloque de constitucionalidad antes aludido, tiene también que ver, más allá de las digresiones de orden netamente constitucional, con la posición que le reconocemos a los animales respecto de los seres humanos.

Sobre esto último, es menester tener en cuenta que hace algunas décadas se ha venido gestando en diversas latitudes del mundo un debate acerca de cómo debe ser concebido el mundo animal; debate que, entre otras posiciones, ha bifurcado principalmente en dos tendencias: una, el especismo; y, la otra, el antiespecismo.

La primera tendencia (el especismo), que se traduce en el denominado pensamiento especista, concibe que la vida animal no se encuentra al mismo nivel que la vida humana, por cuanto solo el hombre tiene capacidad de raciocinio, por lo que la valoración de los animales debe responder a tal diferencia.

Esta visión especista, trae consigo varias consideraciones inevitables, tales como:

- a. Que la vida humana vale más que la vida animal;
- b. Que solo cabe hablar de derechos fundamentales respecto de la persona humana y no respecto de los animales no humanos; y
- c. Que los seres humanos, en cuanto pertenecientes a una especie superior, son los que deciden y disponen lo pertinente en relación con los animales y, por tanto, sobre su vida e integridad.

La segunda tendencia (el antiespecismo), que se traduce en el llamado pensamiento antiespecista, postula que toda vida debe ser valorada en igual medida, pues todos formamos parte del mundo natural y, en ese mundo, aun aceptando las particulares diferencias entre el estilo de vida humano y el animal, ninguna vida puede ser infravalorada pues los animales son seres sintientes y, aunque su coeficiente no sea el mismo que el de un ser humano, ello no significa en modo alguno diferencias en cuanto al tratamiento que se les dispense.

Esta visión antiespecista, trae consigo varias consideraciones inevitables, tales como:

- a. Que, en tanto toda vida vale igual, urge revisar nuestros conceptos jurídicos pues responden a una perspectiva rigurosamente antropocéntrica o que hace girar todo lo que regula el sistema jurídico alrededor de la persona humana;
- b. Que los derechos fundamentales sí podrían ser aplicables a los animales, en tanto especies vivas, habida cuenta que los sistemas jurídicos deben valorar toda vida por lo que aquella significa y no en base a las capacidades de cada ser; y
- c. Que podría hablarse de una dignidad del mundo animal desde una perspectiva integral y en base a lo que representa su valor y trascendencia en el mundo natural.

5.2 Ahora bien, sin asumir por ahora una posición definitiva respecto de las mencionadas tendencias y aceptando que la tendencia contemporánea hace énfasis en la valoración de toda especie viviente, en el análisis de constitucionalidad, que es la herramienta para determinar si ha habido o no infracción constitucional, no cabe para el juez constitucional sustraerse del ordenamiento constitucional que impera en su realidad y, a la luz del mismo, atender las controversias jurídicas que se planteen respecto al mundo animal y a su relación con el ser humano, así como respecto de los cánones que deben aplicarse a dicha relación pues, cada caso sometido a la jurisdicción constitucional debe analizarse en armonía con el respectivo sistema constitucional.

5.3 Dicho esto, como ya he tenido oportunidad de precisarlo en el voto singular recaído en la sentencia emitida en el Expediente 01413-2017-PA/TC, correspondiente al proceso de amparo promovido por don Juan Fernando Ruelas Noa contra la Junta de Propietarios del edificio Antonio Miroquesada, mi posición es que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional los animales no son sujetos de derecho (atributo

exclusivo de la persona humana y, en cuanto corresponda, de la persona jurídica), sino objetos de derecho (es decir, bienes o cosas sobre las que tiene derecho la persona) sometidos a regulación especial, dada su condición de seres vivientes y sintientes, por lo que el trato humano hacia ellos debe ser ajeno a toda crueldad o maltrato, como, en esencia, se deriva de nuestra Constitución y lo establece, haciendo bloque de constitucionalidad con ella, la normativa especial contenida en la propia Ley de Protección y Bienestar Animal, Ley N.º 30407, que prohíbe y combate la crueldad y el maltrato animal.

5.4 Habiendo precisado lo anterior e ingresando propiamente al análisis de constitucionalidad de la disposición cuestionada (la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407), es menester partir de la consideración que la Constitución peruana, en cuanto Norma Suprema la República y expresión normativa del poder constituyente, que es el poder fundacional del Estado Nación, cuyo titular auténtico, único y primigenio es el pueblo, consagra un conjunto de disposiciones centradas en la concepción que la persona humana, concebida como sujeto y titular de un conjunto de derechos inherente y propios de ella, denominados derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos de la persona, entre otras denominaciones, y también considerada como principio y valor esencial sobre el que se asienta todo el orden constitucional, es el fin supremo de la sociedad y del Estado, al punto que su artículo 1 reza textualmente que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*; por lo que no solo es considerada anterior y superior al Estado, sino la razón de ser del Estado.

5.5 Así, desde la óptica profundamente humanista que ha inspirado al legislador constituyente nacional y que consagra nuestra Constitución, todo el orden social, político, económico y jurídico del país gira en torno a la persona humana, para garantizar la plena realización de sus potencialidades en un régimen de libertad y democracia, donde se respetan sus derechos, se proscriben todo exceso o abuso de poder y no existe área liberada de control frente a cualquier afectación de los derechos fundamentales de la persona o frente a cualquier afectación de la propia Norma Suprema de la República.

5.6 Desde esta perspectiva, como lo he referido supra, para determinar si la disposición impugnada es constitucional o no debe confrontarse esta con las normas constitucionales referidas a la relación del ser humano con los animales y las del bloque de constitucionalidad respectivo. Ello permitirá comprobar si existe habilitación constitucional que legitime realizar espectáculos que comprendan como objeto principal de los mismos dar muerte a los animales utilizados en dichos espectáculos o producirles diversos daños, a través de lesiones, maltratos y otros propiciados como parte de tales espectáculos, bajo el argumento que se trata de espectáculos culturales, como ocurre con las corridas de toros, las peleas de gallos y las peleas de toros, entre otros.

- 5.7 En tal dirección, entre los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Constitucional de 1993 interesa detenerse en el consagrado en la última parte del inciso 22 de su artículo 2, que a la letra preceptúa que “*Toda persona tiene derecho: ...22 ... a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.*”; derecho que, desde mi perspectiva, se asienta en la consideración que el hombre como parte de la naturaleza tiene el derecho de vivir en una relación de armonía con ella, pero, a la vez, tiene la obligación o el deber de respetarla y protegerla, para que el ambiente, entendido como el conjunto de elementos y circunstancias que constituyen su entorno y son condicionantes de su vida, sea el adecuado.
- 5.8 Al respecto, siguiendo a Jorge Bustamante Alsina (“Derecho Ambiental fundamentación y normativa”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995) debe afirmarse que un elemento vital del medio ambiente es la biósfera, que “... está constituida por la capa de suelo, de agua y de aire que rodea el globo terrestre donde reinan las condiciones necesarias para la vida animal y vegetal. Ella comprende elementos minerales o abióticos y elementos bióticos, como animales, vegetales y microorganismos.” (Página 35). Y que los elementos bióticos son las especies, que según el mismo autor “... son los organismos vivos que pueblan nuestro planeta, comprendiendo millones de especies de plantas, de animales y de microorganismos. Cada especie está compuesta de individuos que poseen caracteres semejantes y son capaces de reproducirse y transmitir estos caracteres a sus descendientes.” (Página 37).
- 5.9 En este orden de ideas, resulta evidente y de lógica elemental concluir, ratificando lo dicho unas líneas arriba, que el derecho *a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*, que recoge el precitado inciso 22 del artículo 2 de nuestra actual Constitución, exige que las diversas actividades humanas llevadas a cabo respecto del medio ambiente en general y, en lo que para este caso interesa, respecto de los animales en particular, en cuanto son parte del medio ambiente, sean compatibles y armónicas con el equilibrio que para el mismo exige un desarrollo adecuado de la vida humana; exigencia de equilibrio como derecho fundamental y como respuesta frente al irresponsable accionar humano de décadas que viene deteriorando el medio ambiente y causando graves daños a los hábitats naturales y, específicamente, a los animales.
- 5.10 Este censurable accionar humano, que atenta contra el ambiente en general y contra los animales en particular, afectando nuestro derecho *a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de nuestra vida*, se viene dando en diversas dimensiones, entre las cuales está el realizar espectáculos que comprendan como objeto principal de los mismos dar muerte a los animales utilizados en dichos espectáculos o producirles diversos daños, a través de lesiones, maltratos u otros actos como parte de tales espectáculos, bajo el argumento que se trata de espectáculos culturales, como ocurre con las corridas de toros, las peleas de gallos y las peleas de toros, entre otros; dentro de una inconstitucional lógica que, bajo el argumento de la tradición y la cultura, se admite la muerte y el maltrato animal por el simple gozo o placer colectivo, como si la cultura permitiera mantener rezagos de la barbarie humana.

- 5.11 Ello, reviste mayor gravedad, si concordamos el derecho fundamental en comento, *el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de nuestra vida*, con lo previsto en los siguientes artículos de la Carta Suprema de la República:

“Artículo 67.- Política Ambiental

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.” (el resaltado es mío)

“Artículo 68.- Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas

El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. (el resaltado es mío)

- 5.12 Mayor gravedad, por cuanto a la luz de nuestra Carta Fundamental y en armonía con el sistema constitucional peruano, así como con los valores y principios que lo inspiran, no es pues el ambiente, en cuanto entorno o hábitat vital del ser humano, y dentro del mismo el mundo animal, en cuanto elemento biótico del ambiente, una realidad ajena y divorciada de la sociedad y del Estado, sino objeto de su especial atención y protección, al punto que se consagra en su artículo 67 la ineludible obligación del Estado de establecer *una política nacional del ambiente*, a la cual deben someterse toda la sociedad peruana y cada uno de sus miembros, y en su artículo 68 la ineludible obligación del Estado de *promover la conservación de la diversidad biológica*, a la cual estamos obligados a sumarnos toda la sociedad peruana y cada uno de los individuos que la integramos.

- 5.13 Y es precisamente, acatando las obligaciones impuestas por los citados artículos constitucionales de proteger el medio ambiente y procurar la conservación de la diversidad biológica, entre otras obligaciones, que el legislador ordinario ha concebido la Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407, que, como ya se ha comentado, desarrollando parte de los principios y valores constitucionales que inspiran el régimen de protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales, regula todo lo relacionado con los principios de dicho régimen, en cuanto a la protección de la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos y silvestres sometidos a cautiverio, tales como los principios de protección y bienestar animal, de protección de la biodiversidad, de colaboración integral, de responsabilidad de la sociedad, de armonización con el derecho internacional y el principio precautorio; con la finalidad de dicho régimen; con su objeto, que, lo reitero, consiste en la protección de la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio e impedir el maltrato, así como la crueldad causados directa o indirectamente por el ser humano, entre otros; con las definiciones de dicho régimen; con los deberes de la persona y del Estado respecto de los animales; con el Ente rector y los órganos ejecutores de dicho régimen; con la responsabilidad de las autoridades e instituciones involucradas; con las asociaciones de protección y bienestar animal; con la tenencia, protección y manejo de animales; con las prohibiciones generales y especiales; con las infracciones; y con otros aspectos adicionales atinentes al régimen en mención.

- 5.14 En efecto, la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, que, salvo su Primera Disposición Complementaria Final imputada de inconstitucionalidad en este proceso constitucional, no ha sido puesta en cuestión por ninguna de las partes ni por quienes se han apersonado esgrimiendo con singular énfasis y vehemencia razones a favor de la posición de una u otra parte, reconociendo así su plena constitucionalidad y vigencia, contiene las siguientes disposiciones que no hacen sino ratificar y regular los principios y valores constitucionales que postulan un accionar humano acorde con la protección de la vida y la salud de los animales en cautiverio, y ajeno al maltrato y la crueldad contra ellos, cuyo sacrificio sólo se admite para procurar alimento a la especie humana o por razones de interés social; disposiciones de las que me interesa destacar para los efectos de la fundamentación del presente voto las siguientes:

“Artículo 1.1: Principio de protección y bienestar animal.

El Estado establece las condiciones necesarias para brindar protección a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres y para reconocerlos como animales sensibles, los cuales merecen gozar de buen trato por parte del ser humano y vivir en armonía con su medio ambiente.” (el resaltado es mío)

“Artículo 1.2: Principio de protección de la biodiversidad.

El Estado asegura la conservación de las especies de fauna silvestre legalmente protegidas y sus hábitats mediante la aprobación de planes nacionales de conservación, así como la protección de las especies migratorias.

Las especies silvestres que se encuentran en cautiverio gozan de las condiciones que permitan el desarrollo de patrones conductuales propios de su biodiversidad, en concordancia con las políticas nacionales de conservación del ambiente, manejo y uso sostenible de la fauna silvestre, de producción y sanidad agropecuaria y de prevención de la salud pública.”

“Artículo 1.3: Principios de colaboración integral y de responsabilidad de la sociedad.

Las autoridades competentes, de nivel nacional, regional y local, y las personas naturales y jurídicas, propietarios o responsables de los animales, colaboran y actúan en forma integrada para garantizar y promover el bienestar y la protección animal.” (el resaltado es mío)

“Artículo 1.4: Principio de armonización con el derecho internacional.

El Estado establece un marco normativo actualizado a favor del bienestar y la protección de los animales conforme a los acuerdos, tratados, convenios internacionales y demás normas relacionadas.” (el resaltado es mío)

“Artículo 1.5: Principio precautorio.

El Estado tiene la potestad de realizar acciones y emitir normas inmediatas y eficaces cuando haya indicios de que algún acto pueda infringir dolor, lesión,

daño grave o irreversible a cualquier animal, para evitarlo o reducirlo, aunque no se haya demostrado científicamente que tal ser sea sensible o no a estímulos inducidos.

Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción.

La aplicación de este principio es restringida en el caso de uso de animales para investigación con fines científicos, que cumplan con los estándares mínimos de manejo e investigación en animales, así como para aquellos animales destinados al consumo humano que se rigen por las normas nacionales e internacionales que regulan el manejo durante toda la cadena de producción. (el resaltado es mío)

5.15 Estas disposiciones desarrollan los principios constitucionales que rigen la relación entre los humanos y el mundo animal, los cuales son: *el principio de protección y bienestar animal, el principio de protección de la biodiversidad, el principio de colaboración integral, el principio de responsabilidad de la sociedad, el principio de armonización con el derecho internacional y el principio precautorio.* Estos principios son armónicos con el mandato constitucional de mantener un ambiente equilibrado y adecuado para la vida humana y de preservar y defender la biodiversidad, proscribiendo todo acto de maltrato a los animales; mandatos que implican la obligación de todos, el Estado y la sociedad entera, de garantizar la protección y el bienestar animal.

5.16 De los principios antes mencionados, conviene tener muy en cuenta *el principio de protección y bienestar animal*, pues este principio reconoce un elemento que antes no se encontraba en el eje de las preocupaciones sobre el mundo estrictamente animal, el cual tiene que ver no solo con la necesidad de proteger y preservar el mundo animal como algo de particular valor, sino con el reconocimiento expreso e inobjetable de que se trata de seres sintientes, esto es, seres con capacidad para procesar el dolor o sufrimiento. Esta perspectiva se encuentra prácticamente presente en cada uno de los apartados de la precitada Ley de Protección y Bienestar Animal como lo evidencia, no solo el principio antes citado, sino el artículo 3°, que, en su primera parte, al describir el objeto de dicha norma, establece textualmente que:

“La presente ley tiene por objeto proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte; así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación.” (el resaltado es mío)

5.17 Más adelante se volverá a reiterar esta misma visión en el artículo 14, al establecerse de manera mucho más directa un tratamiento de los *“Animales como seres sensibles”*, enfatizándose que *“Para fines de la aplicación de la presente Ley se reconoce como animales en condición de seres sensibles a toda especie de animales vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio”*. (el resaltado es mío)

- 5.18 De otro lado, con relación al derecho de propiedad respecto a los animales, si bien a la luz de la normativa constitucional e infraconstitucional peruana los animales son considerados objetos de derechos, por lo que sobre ellos cabe ejercer el derecho de propiedad, no se trata en rigor de cualquier clase de propiedad la que debe ejercerse sobre los mismos, sino de una de características especiales, por tratarse de especies vivas, a las que se les reconoce una condición de seres sensibles.
- 5.19 En tal contexto debe señalarse que cuando la Constitución proclama en su artículo 70° que *“El derecho de propiedad es inviolable”* y que *“El Estado lo garantiza”*, también deja en claro que dicho atributo ***“Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”*** (el resaltado es mío), lo que evidentemente impone no solo ameritar la importancia de dicho derecho, sino los necesarios límites que han de corresponderle. Y siendo que uno de aquellos límites nace del marco constitucional antes descrito, así como de los principios y valores que lo inspiran, y, en términos específicos y propios, de la Ley de Protección y Bienestar Animal, que, como se ha visto, regula el deber general de protección animal y una serie de deberes específicos dada su especial condición de seres sintientes, está claro que la adecuada lectura constitucional que debe nacer de la norma fundamental, es una que auspicie un trato adecuado en torno de lo que representa toda especie viva. Trato que colisiona frontalmente con toda forma de maltrato y crueldad ejercidos contra los animales, que le ocasione sufrimiento innecesario, lesiones o muerte, causados directa o indirectamente por el ser humano.
- 5.20 Conviene en esta parte puntualizar, por ser de particular relevancia para el caso, que en el Capítulo II de la Ley de Protección y Bienestar Animal, referido a los deberes de las personas y del Estado, se deja claramente establecido, entre otros aspectos, los siguientes:

Artículo 5.2:

“La adquisición y tenencia de un animal es responsabilidad de una persona mayor de edad, que tenga plena capacidad de ejercicio. Esta debe cumplir las disposiciones que establece la presente Ley y las disposiciones complementarias” (el resaltado es mío)

Artículo 5.3:

“El propietario, encargado o responsable de un animal de compañía debe atender con carácter obligatorio las siguientes necesidades fundamentales:

- a) Ambiente adecuado a sus hábitats naturales de vida y condiciones mínimas sanitarias que les permita expresar el comportamiento natural propio de su especie.*
- b) Alimentación suficiente y adecuada a los requerimientos biológicos de cada especie.*
- c) Protección del dolor, sufrimiento, ansiedad, heridas y enfermedades.*
- d) Atención médico-veterinaria especializada y vacunación, de ser necesario”.* (el resaltado es mío)

Artículo 5.4:

“Los animales silvestres que son mantenidos en cautiverio como mascotas, dentro de un domicilio, restaurante o en centros de cría, están sujetos a la norma específica del sector competente”

No menos importante es el artículo 7 de la misma norma que establece que:

“El Estado, a través de los sectores competentes, establece las medidas necesarias para la protección de los animales de compañía, de manera que se les garantice la vida, la salud y vivir en armonía con su ambiente; igualmente, asegura un adecuado y responsable trato y manejo zootécnico de los animales de granja, así como la conservación y el aprovechamiento sostenible de la fauna silvestre, de acuerdo con la legislación sobre la materia”

5.21 Particular interés para el caso de autos, presentan los artículos 16, 17 y 18 del Capítulo V de la misma Ley de Protección y Bienestar Animal, que señalan textualmente lo siguiente:

Artículo 16. Animales de granja

“Los transportistas, los propietarios, encargados y responsables de una granja o centros de beneficio están obligados a cumplir las medidas de protección y bienestar animal que establecen los ministerios de Agricultura y Riego, del Ambiente y de la Producción. Estas medidas están basadas en las buenas prácticas referentes a la crianza, transporte, sacrificio, faenamiento y al manejo poblacional e individual de animales de granja. El sacrificio debe causar la muerte instantánea o la inmediata inconsciencia animal”.

Artículo 17. Animales silvestres en cautiverio

“Los propietarios, encargados y responsables de establecimientos de cría en cautiverio son responsables de cumplir las medidas de protección y bienestar animal que establece el ente rector”.

Artículo 18. Vertebrados acuáticos en cautiverio

“Los propietarios, encargados y responsables de capitánías de puerto, centros de cría en cautiverio y acuarios son responsables de cumplir las medidas de protección y bienestar animal que establecen los ministerios de la Producción y del Ambiente durante las acciones de rescate, aclimatación, transporte, cuarentena, rehabilitación, reubicación, liberación, y a manejo poblacional e individual de los vertebrados acuáticos, con excepción de las especies definidas como fauna silvestre en la legislación específica, cuyo manejo es regulado por el Ministerio de Agricultura y Riego, a través de la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre”.

5.22 También conviene señalar que, con independencia de los diversos regímenes jurídicos que operan para los animales de acuerdo a la utilidad que tienen, está claro que

el deber de protección resulta transversal a todos ellos y, por ende, su propiedad o tenencia, no se desvincula en lo absoluto de la necesidad que se tiene por proteger su condición de seres sensibles. En tal sentido, es notable la incompatibilidad de la norma impugnada (la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407) con la Constitución y la propia Ley de Protección y Bienestar Animal, tanto es así que de su sola lectura es posible deducir que la misma resulta a todas luces incoherente con el esquema de principios, prescripciones y prohibiciones contenidas en la Ley de Protección y Bienestar Animal, habida cuenta que pretende crear una excepción carente de todo sustento o base razonable.

- 5.23 En efecto, lo que la citada norma invoca bajo el membrete de cultura no puede ser pretexto para vaciar de contenido lo que representa el deber de protección animal auspiciado por la misma ley que le sirve de parámetro y que, como se ha visto, se encuentra adscrito a una serie de normas constitucionales concernientes a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, y el derecho de propiedad.
- 5.24 Aunque la Constitución reconoce un modelo de cultura con amplio espectro y basado en las costumbres, las tradiciones y la historia, de ninguna manera fomenta que a título del mismo se desnaturalicen otros valores constitucionales y bienes jurídicos de relevancia.
- 5.25 Con independencia que existan personas que hagan suyo un estilo de vida que desprecia o descategoriza la vida animal, ello de ninguna manera puede servir de argumento para validar una excepción como la propuesta, pues de ser así, no tendría ningún sentido haber legislado en favor de los animales reconociendo su valor y, sobre todo, su condición de seres sensibles.
- 5.26 Las excepciones legales, es bueno resaltarlo, se han hecho para confirmar una regla no así para desvirtuarla, tanto más cuando no solo existe una ley especial con indiscutibles perspectivas protectoras, sino un esquema constitucional que de manera reforzada le sirve de sustento, además de normas internacionales que no he referido en este voto pero que están en la misma dirección.
- 5.27 Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare la inconstitucionalidad directa e indirecta de la norma cuestionada.
- 5.28 Las normas constitucionales que directamente se han vulnerado son el artículo 2, incisos 1 y 22, y los artículos 67 y 70 de la Constitución.
- 5.29 Las normas legales que indirectamente y en su condición de parte integrante del bloque de constitucionalidad han sido vulneradas son todas las contenidas en la Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407, con excepción de la norma objeto de cuestionamiento.

6. El sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare la inconstitucionalidad directa e indirecta de la norma cuestionada; en consecuencia, que se elimine del ordenamiento jurídico. Las normas constitucionales que directamente se han vulnerado son el artículo 2, incisos 1 y 22, y los artículos 67 y 70 de la Constitución. Las normas legales que indirectamente y en su condición de parte integrante del bloque de constitucionalidad han sido vulneradas son todas las contenidas en la Ley de Protección Animal, con excepción de la norma objeto de cuestionamiento.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Me aparto respetuosamente de lo indicado en el proyecto de sentencia elaborado por el ponente de la causa. Como expliqué en la deliberación pública de febrero de este año, considero que la demanda de inconstitucionalidad que es materia de análisis debe ser declarada fundada en todos sus extremos, pues resulta inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, en la medida que exceptúa indebidamente la corrida de toros, la pelea de gallos y otros espectáculos considerados culturales de la aplicación de la referida ley. Pasaré a desarrollar mis argumentos a continuación:

1. Como se ha señalado en más de una oportunidad, el juez(a) constitucional no es alguien que resuelve en función a simpatías o antipatías, o que recoge acriticamente posturas asumidas por otros(s) como argumento de autoridad. Lo que debe buscarse es la concretización de lo previsto en el texto constitucional o lo que razonablemente puede deducirse de su comprensión sistemática o incluso convencionalizada.
2. Aquello implica que, en un caso como este, al cual incluso se le podría calificar como “difícil”, debe tenerse claro que la respuesta a dar no busca contentar a todo mundo, sino obtener respuestas conforme al parámetro constitucional. Es más, al respecto este mismo Tribunal ha tenido posturas cambiantes; así pues, en el caso “Lobatón Donayre” asumió una posición contraria a las corridas de toros. En cambio, en el caso “Colegio de Abogados de Lima Norte” desarrolló una comprensión más bien permisiva de las mismas.
3. En este caso se han dado situaciones de inconstitucionalidad en la configuración del trámite de la norma en comento como en el contenido de la misma. Se pasará entonces a realizar las precisiones respectivas al respecto.
4. En lo referido al trámite de esta ley, hasta hoy el órgano competente para ello (el Ministerio de Cultura) no ha calificado a la corrida de toros como espectáculo cultural. A pesar de la relevancia de lo que se discutía y de los múltiples actores (públicos y privados) que involucraba, no hubo una segunda deliberación del proyecto. Ciertamente es que cabe no contemplar segundos debates, pero la misma naturaleza de lo que se discutía y el sentido de la labor parlamentaria apuntan a lo contrario, a limitar este recorte de segunda deliberación a casos excepcionales.
5. Finalmente, la Ley de Protección y Bienestar Animal demandaba la dación de una ley especial para materializar los alcances de las excepciones, tan imprecisas como (por lo menos) de sospechosa constitucionalidad. Sin embargo, hasta hoy no se publica dicha ley. Los vicios a los cuales aquí he hecho referencia bien ameritan solicitar una

declaración de inconstitucionalidad ya que, en términos procesales, no podía plantearse una relación jurídica procesal válida. Pero ello no queda allí. Hay mucho más que decir con respecto al contenido de lo previsto en la ley y cuestionado por quienes interpusieron la presente demanda. A eso vamos de inmediato.

6. Y es que abordar estos temas también incluye tomar una posición frente a varias cuestiones vinculadas a la discusión propuesta por la presente demanda. Una primera tiene que ver con lo concerniente a la titularidad de los derechos fundamentales, y si, en todo caso, los animales (en especial los vertebrados, que son objeto de la regulación cuestionada¹) son pasibles de alguna especie de protección que se derive de la Constitución o, más aún, si esta puede estar relacionada con ciertos bienes de relevancia iusfundamental. Además de ello, será necesario hacer alguna referencia a si las manifestaciones o tradiciones culturales pueden, finalmente, justificar una afectación legítima, o incluso convalidar una excepción, para el mandato de “garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados” que se prevé expresamente en la Ley de Protección y Bienestar Animal. Finalmente, también es necesario dejar planteadas algunas reflexiones sobre en qué medidas podrían ser consideradas aceptables algunas manifestaciones culturales que para muchos cabe considerar como violentas y hasta crueles, reflexiones que necesariamente deberán moverse dentro del orden marco habilitado por nuestra Constitución.
7. De este modo, una primera cuestión que debemos abordar está relacionada con la titularidad de los derechos fundamentales y la cuestión de si los animales pueden ser considerados como titulares de estos. Al respecto, lo primero que podemos decir es que existen dos perspectivas sobre las razones o fundamentos para considerar qué sujetos pueden ser titulares de derechos fundamentales.
8. Desde la perspectiva que podemos denominar normativa, la titularidad depende de algún reconocimiento formal que haya realizado la autoridad pertinente. En el caso de los derechos fundamentales dicha autoridad suele ser, en primer lugar, el poder constituyente, que se expresa a través de las disposiciones contenidas en la Constitución, pero eventualmente puede ser el poder constituido a través de reformas constitucionales o el Tribunal Constitucional por medio de sus interpretaciones, al reconocer nuevos derechos o nuevas titularidades. Incluso más, en el marco de los actuales ordenamientos jurídicos convencionalizados, la titularidad de los derechos puede provenir de instancias supranacionales, por ejemplo, a través de tratados o de decisiones jurisdiccionales internacionales competentes.
9. De otra parte, desde una perspectiva relacionada con la fundamentación de los derechos, lo importante para reconocer si un determinado sujeto es titular de derechos fundamentales reside en su justificación, es decir, en las razones o argumentación moral

1 Por economía del lenguaje, en adelante me referiré a los animales objeto de protección por parte de la “Ley de Protección y Bienestar Animal” simplemente como “animales”.

que se ofrece para fundamentar dicha titularidad. Como podrá apreciarse, puede existir una confluencia entre ambos enfoques, en la medida que suele reconocerse titularidades iusfundamentales a nivel normativo cuando estas, previamente, se consideran justificadas; y a su vez la existencia de una justificación sustantiva para la titularidad de derechos constituye una razón poderosa para su futuro reconocimiento jurídico (a través de la modificación de legislación constitucional o su reconocimiento a través de la jurisprudencia).

10. Lo anterior tiene estrecha relación con el hecho de que la titularidad de los derechos no es ni puede entenderse como un asunto estático. En primer lugar, hoy se consideran derechos situaciones que no era perceptibles o que nadie le habría dado esa calificación. En segundo término, a nivel mundial progresivamente se ha ido potenciando dejar una visión “antropocéntrica” del Derecho y los derechos, para ir acercándose a una visión en donde se privilegia la integración de la persona con su entorno, frente al cual la persona reconoce titularidad de derechos (como en ciertos países a algunos animales) o por lo menos admite tener un especial deber de protección.
11. Pero no solamente aparecen nuevos derechos, o cambia la perspectiva que justifica su reconocimiento (con sujetos como las personas jurídicas parece imposible recurrir en todos los casos a la dignidad de la persona). Cambian los alcances de los elementos de los derechos (estructura, dimensiones o funciones, contenido, límites, titularidad). En ese escenario, la titularidad de los derechos es algo que ha venido evolucionando a lo largo del tiempo, siendo claro que, a la par de las nuevas exigencias y necesidades de nuestras sociedades, y de los nuevos concesos justificativos que se van consolidando, se ha venido reconociendo, como aquí ya se dijo, nuevos derechos y también nuevos titulares para estos bienes del máximo nivel.
12. En este orden de ideas, a nivel normativo (constitucional y jurisprudencial) encontramos que actualmente se considera en nuestro país que, además de los seres humanos, las personas jurídicas y las comunidades originarias son también titulares de derechos fundamentales. En sentido complementario, en el ámbito de la justificación, con el avance del tiempo, ha venido quedado claro que no solo las personas humanas pueden ser poseedoras de derechos con base en su dignidad (tal como puede verificarse, muy claramente, con el caso de las comunidades originarias). En este orden de ideas, en el ámbito comparado se ha reconocido diversas titularidades que no tienen relación con la idea de “dignidad humana”: tal es el caso de los derechos de la humanidad (algunos que forman parte de los derechos de “tercera generación”: a los avances científicos, al patrimonio cultural universal, al ambiente, a la paz, etc.), de las generaciones futuras, de la naturaleza (Ecuador, Bolivia). Se incluye, además, diversa jurisprudencia que reconoce a los ríos como sujetos de derechos (Colombia, India, Nueva Zelanda, etc.) En este orden de ideas, se discute actualmente si, *mutatis mutandis*, este puede ser el caso de los animales.
13. En efecto, las recientes discusiones en torno a ello apuntan a la posibilidad de que en un futuro próximo le sean reconocidos a nivel normativo, es decir de manera expresa,

derechos constitucionales a los animales, como titulares plenos de algunos de ellos. Con prescindencia de ello, lo que sí existe son razones, que justifican materialmente el deber de protección a los animales que, debido a que son seres sintientes, y por ende no pueden objeto de daños, maltratos y menos aún tratos crueles. En efecto, los animales pueden sentir dolor y sufrimiento, se estresan, luchan por su supervivencia, etc., y en tal sentido hay, cuando menos, un deber moral de evitar el dolor o el sufrimiento innecesario en los animales. Eso es claro en el Perú, cuando se lee de manera sistemática los artículos 2.2, 66, 67 y 68 de la Constitución vigente. Corresponde ahora corroborar cómo, o si de alguna manera, de nuestra Constitución puede desprenderse directamente algún nivel de protección a favor de los animales o, más aún, si esta se encuentra relacionada a algunos bienes de relevancia constitucional (por ejemplo, a algunos derechos fundamentales).

14. Al respecto, resulta innegable que nuestra Constitución, en tanto producto de su tiempo, tiene un carácter marcadamente antropocéntrico, tal como queda evidenciado con lo contenido en el artículo 1 de la Carta fundamental:

“Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

15. No obstante ello, esto no significa que los animales carezcan de protección o de cobertura constitucional, sino que debe tenerse en cuenta lo que acabamos de indicar al momento de interpretar la Carta fundamental, en la medida que los magistrados y magistradas de este Alto Tribunal somos, por sobre todo, jueces y juezas de la Constitución, al margen de nuestros intereses o preferencias personales.

16. En este sentido, si bien nuestro constitucionalismo no es, por lo pronto, ecocentrista, sino antropocentrista; es claro que existen diversas disposiciones de la Norma fundamental vigente que se encuentran relacionadas con la defensa de los intereses de los animales. Estas disposiciones, además, deben leerse a la luz de los imperativos morales que hacen referencia a la prohibición de proferir a otros daños innecesarios o arbitrarios, así como de evitar el sufrimiento innecesario a los seres sintientes.

17. Al respecto, se ha hecho referencia por ejemplo a algunos artículos del Título III, capítulo II de la Constitución y, en especial, al artículo 68 que se refiere a la “conservación de la diversidad biológica”:

“Artículo 68.- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.”

18. En este sentido, es claro que la Constitución prescribe que no solo los seres humanos, sino también la vida de las especies no humanas debe ser preservada y protegida. Se establece además un deber específico a cargo del Estado frente a ello.
19. Empero, además de este deber de preservación, existen diversos artículos que se encuentran vinculados a deberes con respecto de los animales, en especial en relación con la interdicción del sufrimiento y daño innecesario a ellos.

20. Así, tenemos por una parte el derecho a la integridad moral, establecido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución. Este derecho ha sido entendido por este Tribunal Constitucional como una manifestación del derecho a la integridad, diferente a sus manifestaciones de “integridad física” (referida a “la integridad orgánica del ser humano”) y a la “integridad psicológica” (relacionada con “la normalidad del estado mental”), y aludiría a la posibilidad de conducir tanto la vida personal, como la colectiva (autogobierno), con base a nuestras convicciones personal (“conforme con el fundamento que estimemos más valioso para nuestra vida personal y social”), sin que ningún tercero pueda interferir en ella de manera ilegítima (cfr. STC Exp. n.º 05312-2011-PA, f. j. 7).
21. En similar sentido, este órgano colegiado ha tenido ocasión de precisar lo siguiente:
- “El derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social.
- Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno [...]
- En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión, política, cultura, etc.)”.
22. Siendo así, ocurre que la existencia de prácticas como las corridas de toros o peleas de gallos, que trasgreden el aludido deber moral de no infringir daño innecesario a los animales, constituyen una manifiesta lesión a la integridad moral de las personas –que, por cierto, son la gran mayoría en nuestra sociedad según la información disponible²–. En el sentido indicado, debe aceptarse entonces que se trata no solo de una mera aflicción o incomodidad, sino de una injerencia grave en el derecho a la integridad moral, pues estamos ante un trato cruel, que hace de la tortura o sufrimiento animal una fiesta, una actividad lúdica o incluso una actividad con un fin meramente comercial.
23. Por similares razones, la corrida de toros y pelea de gallos incide el derecho a la paz y la tranquilidad, reconocido en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución. En efecto, de la misma forma en que se limita o proscribiste distintas formas de intervención negativa en la tranquilidad (entre ellas, las de carácter visual o acústico, por ejemplo), la prohibición del maltrato animal también queda justificada en la necesidad de optimizar del derecho a vivir en un ambiente sin alteraciones que dañen la tranquilidad personal y social de los miembros de nuestra comunidad política. Al respecto,

2 Encuesta del Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima del año 2007, en Lima y Callao (hasta octubre de 2007: 15% a favor de las corridas de toros y 83% en contra) y encuesta de Datum Internacional S.A del año 2013, a nivel nacional (el porcentaje a favor de las corridas de toros es el 15% y en contra a 78%).

se si bien en la ponencia se señala que prácticas como la corrida de toros o la pelea de gallos no puede ser prohibidas con base en el “rechazo”, los “sentimientos” o los “pareceres” de las personas, estamos indicando que esta no se basa en meras incomodidades o intereses carentes de relevancia iusfundamental, sino que impacta en auténticos derechos fundamentales (sin perjuicio, como explicaremos luego, de que este tipo de prácticas siempre puedan limitarse, como de hecho han sido limitadas siempre, debido al repudio o los consensos sociales y éticos de las comunidades). Emparentado además está con todo lo expuesto, lo consignado también en los artículos 66 y 67 de la Constitución.

24. Más todavía, y siempre conforme al modelo constitucionalmente dispuesto (según señalamos, aun antropocéntrico), tenemos que una lectura posible de la noción de “dignidad humana”, aludida en el ya mencionado artículo 1 de la Constitución, está relacionada con el valor especial de las personas humanas con respecto de los demás seres de la naturaleza. En este orden de ideas, afirmar el valor superior y particular de la dignidad humana implica asignarle a los seres humanos una importancia distintiva y diferenciadora, pero también conlleva el endilgarle a nuestra especie una responsabilidad mayor respecto de nuestros congéneres y del entorno en que nos desenvolvemos.

25. Inclusive, y ya saliendo del ámbito constitucional, esta idea de dignidad, con una menor carga antropocéntrica, ha sido acogida por algunos textos de carácter religioso, como es el caso de la Encíclica *Laudato Si'*, “sobre el cuidado de la casa común”, en la que se señala por ejemplo que:

92. [C]uando el corazón está auténticamente abierto a una comunión universal, nada ni nadie está excluido de esa fraternidad. Por consiguiente, también es verdad que la indiferencia o la crueldad ante las demás criaturas de este mundo siempre terminan trasladándose de algún modo al trato que damos a otros seres humanos. El corazón es uno solo, y la misma miseria que lleva a maltratar a un animal no tarda en manifestarse en la relación con las demás personas. **Todo ensañamiento con cualquier criatura «es contrario a la dignidad humana»** [énfasis agregado].

26. Y, en similar sentido, el catecismo de la Iglesia Católica prescribe que “Los *animales* son criaturas de Dios, que los rodea de su solicitud providencial (cf *Mt* 6, 16) (...). También los hombres les deben aprecio” (2416) y que “**Es contrario a la dignidad humana hacer sufrir inútilmente a los animales y sacrificar sin necesidad sus vidas**” (2418) [énfasis agregado]. En este sentido, me parece incongruente y, desde luego, una mala práctica para quienes comparten una idea similar de dignidad humana –que, entiendo, es a la que adscriben varios de mis colegas– el aceptar y normalizar la tortura animal.

27. En adición a lo anterior, la dignidad tiene relación con el trato que le debemos a los demás y, en tal sentido, no es difícil relacionarla con el deber de respeto hacia a los seres

que sufren y con la prohibición de toda forma de abuso o crueldad. La preocupación por la persona y su dignidad no se agota en el cuidado de la persona misma, sino implica también una clara inquietud y compromiso con el entorno. Así, es necesario tener en cuenta que, mientras aun permitamos diversas prácticas crueles y abusivas, además de degradarnos como seres dignos, estamos promoviendo y perennizando dicha degradación, normalizándola. El valor moral de una sociedad, se ha dicho, puede medirse, entre otras cosas, por cómo trata a sus animales.

28. Con todo lo indicado, queda claro que existen deberes constitucionales de especial protección a los animales y a evitar su daño o sufrimiento innecesario, los cuales encuentran amparo en el deber de conservar la diversidad de las especies vivas, y que a la vez se encuentra imbricado con los derechos a la integridad moral, a la paz y la tranquilidad, e incluso con la dignidad humana.
29. Incluso más, y con base en lo anterior, puede afirmarse que existe un deber estatal que puede calificarse como un “deber especial de protección”. Esta idea de “deber especial”, si bien inicialmente ha sido ideado como un deber estatal orientado a proteger los derechos constitucionales de las personas frente a una eventual agresión de terceros, con base a lo anotado incluye también la protección de animales sintientes frente a la eventual agresión de terceros, en caso se trasgreda el mandato de prohibición del daño, en caso se les inflija un dolor o trato cruel innecesario.
30. Este bien protegido justifica asimismo la legislación que sanciona el maltrato animal, la jurisprudencia comparada sobre la materia y, desde luego, la Ley de Bienestar Animal que es objeto del presente proceso de inconstitucionalidad. En efecto, este último cuerpo normativo establece que su finalidad es “garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados”, tutelando por ello a los animales frente a la crueldad, entendida expresamente como “dolor, sufrimiento, lesiones o muerte innecesarias”.
31. Sin embargo, a pesar de que es claro que existe este bien constitucionalmente protegido, que además genera un “deber especial de protección” por parte del Estado, la ponencia prevé la posibilidad de exceptuar de este deber de defensa de los animales frente al sufrimiento innecesario a ciertas “tradiciones” o “manifestaciones culturales”.
32. Al respecto, la ponencia que tuve a la vista plantea un conjunto de consideraciones o criterios a tener en cuenta para, atendiendo a la relevancia de una supuesta tradición o manifestación cultural, se considere justificada la exclusión de determinada práctica del deber de proteger a los animales y no hacerles daño.
33. Bien visto, los mencionados criterios más bien describen alguna parte de lo que es una tradición cultural, planteando fórmulas demasiado abiertas, lo cual no ayuda a entender cuáles de las manifestaciones analizadas deben quedar dentro de la excepción conforme a dicho estándar, y cuáles fuera. Al respecto, lo que hubiera ayudado serían más la inclusión de criterios con carácter prescriptivos y graduales, que brinden un estándar

claro para reconocer cuándo es que, supuestamente, una práctica está debidamente exceptuada. Así, por ejemplo, el primer criterio hace referencia al ámbito geográfico en que se realiza una determinada práctica, pero tanto expresiones extendidas por varias partes del país (como la corrida de toros o pelea de gallos), como otras acotadas a un único sitio (como la pelea de toros) quedan igualmente exoneradas. Una circunstancia similar se da con la cuestión de las fechas (algunas prácticas excluidas por la ley tienen relación con ciertas festividades, otras no), del arraigo (algunas tradiciones excluidas tienen más tiempo que otras, algunas han sido prohibidas en algún momento y otras no) y, peor todavía, ocurre con el criterio de las actividades prohibidas (que incurre en la falacia de “petición de principio”: implica que la práctica debe permitirse porque no está prohibida, cuando la constitucionalidad de esta falta de prohibición es, precisamente, lo que está en discusión).

34. Ahora bien, y con prescindencia de lo que finalmente pueda considerarse como “manifestación” o “tradición cultural”, lo cierto que la existencia de prácticas que puedan calificarse de ese modo no justifica su permanencia ni que puedan considerarse, sin más, como una excepción a la regla de proteger a los animales frente al maltrato y la tortura. Parece que aquello no tiene vinculación alguna con el deber especial establecido por el bloque de constitucionalidad.
35. En similar sentido, debe rechazarse la tesis que afirma que las corridas de toros o las peleas de gallos no pueden prohibirse, debido a que forman parte de una “práctica cultural”, con base en el malestar o la mera incomodidad que dichas actividades puedan causarle a algunas personas. Al respecto, habiendo reconocido que tanto la protección de los animales como la prohibición de hacerles daño son bienes constitucionalmente valiosos, el orden a plantearse debe ser el inverso: no se puede eludir este deber constitucional simplemente por el mero gusto de algunas personas por la crueldad o la tortura.
36. Es más, como ya fue adelantado, lo cierto es que a lo largo de la historia las sociedades han ido prohibiendo, precisamente, este tipo de prácticas crueles relacionadas con la lucha sangrienta entre animales (por ejemplo: el asedio de osos y toros, la lucha con leones, las peleas de perros, etc.). Señalado esto, entonces es verdad que los pueblos, por consideraciones morales y finalmente culturales ha prohibido y pueden prohibir este tipo de prácticas. Es más, tales prohibiciones forman parte del sentido común de las sociedades actuales, y por ello forman parte de avances que hoy resultan ya incuestionables, pero cuyos fundamentos son, en realidad, los mismos que deben aplicarse a prácticas análogas como las corridas de toros y las peleas de gallos³.

3 Valga precisar que la pelea de gallos sin navaja, en cualquier caso, requiere que los animales sean criados para maximizar su agresividad, y son azuzados permanentemente para tornarlos más violentos. Son expuestos y alentados a que se peleen a muerte o para generarse un grave daño, de la misma manera como ocurre con la pelea de perros.

37. Lo señalado no descarta en absoluto que sea posible abordar, con responsabilidad y con base en la Constitución, el asunto del respeto a las prácticas culturales. En otras palabras, atendiendo a que el posible que existan tradiciones culturales que pueden ser polémicas, pero que a la vez podrían ser manifestaciones del derecho a la identidad cultural, es necesario establecer qué podría quedar finalmente permitido y que debe prohibirse conforme a la Constitución. Esto requiere trabajar con algunos criterios para resolver casos complejos, y no utilizar a las tradiciones como meras “reglas” de exclusión, incuestionables (de manera similar a lo que planteamos por ejemplo en nuestro fundamento de voto en el caso Zelada Riquelme, STC Exp. n.º 02765-2014-AA, entre otros).
38. Señalado esto, consideramos que es posible establecer diferencias entre los grupos de tradiciones culturales. Al respecto, encontramos un primer grupo de estas tradiciones que son positivos y reflejan la identidad, cosmovisión y prácticas de un pueblo o comunidad. En tales casos, podemos afirmar que estamos, efectivamente, ante una idea de cultura como “libertad”, y que de sus manifestaciones surgen derechos como “inmunidades” frente a intromisiones arbitrarias, e incluso los deberes estatales de proteger o promover.
39. Además de ello, hay prácticas que podemos calificar como toleradas, en la medida que pueden trasgredir otros bienes constitucionales valiosos. Este tipo de prácticas culturales a veces pueden tolerarse, o establecer una prohibición ex ante, cuando respecto de ellas (1) existe un gran arraigo, (2) hay voluntad o aceptación de los intervinientes y (3) existe respeto a los derechos de los involucrados (en el caso que analizamos, si existe respeto al principio de interdicción del daño: si no se genera dolor o sufrimiento innecesario en los animales). De esta manera, resultan controvertidas desde lecturas quizá ciudadanas, pero aceptables en términos constitucionales, prácticas como el Takanakuy, el Seccollo, el Kalipuy o incluso algunas sanciones físicas en el marco de la justicia comunal y restaurativa.
40. Finalmente, tenemos un tercer grupo de casos que podemos considerar como prácticas negativas, de los que se deriva daños o lesiones iusfundamentales, y en los que no existe autonomía. Como resulta evidente, en el marco de un Estado Constitucional dichos casos deben ser proscritos definitivamente por el Derecho.
41. Es indiscutible que la corrida de toros y la pelea de gallos se encuentran dentro de este último supuesto, por cierto, al igual que otras prácticas señaladas en la ponencia, y por tanto, constituyen manifestaciones inaceptables en términos constitucionales, que deben ser proscritas en la medida que trasgreden injustificadamente un bien constitucionalmente valioso.
42. En el sentido indicado, no cabe invocar a la libertad cultural o el derecho a la cultura con la finalidad de incluir y avalar prácticas cruentas respecto de seres sintientes que

no tienen autonomía y que, sin margen de duda, son violentados gratuitamente⁴. No hay pues un derecho a torturar o a ser cruel, dichas prácticas ni siquiera pueden ser concebidas como parte del derecho a la cultura o a la identidad cultural.

Por las razones expuesta entonces, considero que la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada fundada.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

⁴ Por tratarse prácticas conocidas, y para no alimentar el morbo, nos eximiremos de describir tales prácticas cruentas y sangrientas.

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respecto por nuestros colegas magistrados, el suscrito considera que la tauromaquia, la gallística y las peleas de toros son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición, por lo que la demanda debe ser desestimada.

La corrida de toros ha sido también entendida como herencia cultural por tribunales constitucionales del renombre del español, francés y colombiano, como destaca el voto del magistrado Ramos Núñez.

Coincidimos con el mencionado magistrado cuando se sustenta en lo que este Tribunal dijo hace nueve años, respecto de que la actividad taurina es en nuestro país una manifestación cultural, traída con la conquista española e incorporada a nuestro acervo cultural por una afición de siglos, que se manifiesta en fiestas conmemorativas en Lima y diversas provincias del Perú. De esto modo, puede decirse que, aunque española en su origen, la tauromaquia (el arte de lidiar toros, según la definición del Diccionario de la Real Academia) se ha incorporado a nuestra cultura mestiza y es una expresión artística que forma parte de la diversidad cultural del Perú, protegida por nuestra Constitución en su artículo 2, inciso 19 (cfr. STC 17-2010-PI/TC, fundamento 23).

Como dice el voto del magistrado Ramos Núñez, hay en el Perú “alrededor de 200 plazas firmes para realizar corridas de toros en casi veinte departamentos del país. La afición taurina no está compuesta solamente por una élite costeña, sino que tiene un carácter popular, y se extiende también al interior del país, por los Andes. Negar estos aspectos significaría negar las tradiciones culturales de diversas comunidades”.

A ello podríamos sumar la opinión de nuestro Premio Nobel Mario Vargas Llosa, para quien “las corridas de toros forman parte de la historia cultural de nuestro país, al que llegaron desde los albores de nuestra historia colonial”. Nuestro egregio autor destaca que el prestigioso antropólogo Juan Ossio, profesor de la Universidad Católica, explica la integración que ha experimentado la fiesta de los toros en las comunidades indígenas, pues hay más de trescientas fiestas patronales en los Andes peruanos que se celebran con corridas de toros (cfr. Mario Vargas Llosa, carta dirigida al Sr. Jorge Pérez Chávez, Presidente de la Asociación Cultural Taurina del Perú, Madrid, 24 de abril de 2019).

Vargas Llosa también hace la siguiente reflexión, que conviene no perder de vista en nuestro análisis:

El toro bravo es un animal que recibe desde que nace un único tratamiento de favor, que no merece ningún otro animal. Es una gran equivocación creer que si desaparecieran las corridas de toros, los toros bravos andarían por el campo espantando mariposas con las colas. La verdad pura y simplemente es que desaparecerían ya que ellos existen única y exclusivamente en razón de las corridas (cfr. *Ibidem*).

Y respecto al toreo como arte, podemos citar la opinión de un literato de la talla de Abraham Valdelomar, quien explica su valor artístico y significado del modo siguiente:

Si aceptamos que la danza es el arte supremo por excelencia porque ella encierra en sí la plasticidad, el ritmo y la sugerencia de todas las artes, hemos necesariamente de reconocer que el de los toros es superior aún, puesto que es la danza misma realizada ante la muerte, exaltada y sutilizada ante el peligro, adquiriendo un nuevo valor trascendental en el que interviene la más poderosa de las fuerzas humanas: el instinto, manejado por el guía y obligado a ser máximo y exacto so pena de la vida. Ningún arte puede llegar a ser más exaltado, elevado, completo que éste, ya que su naturaleza misma obliga al artista a elevar su espíritu y su cuerpo a un punto de sublimación que los demás artistas no pueden alcanzar casi nunca. El de torear es un arte que, concretando en sí todos los otros, aumenta y se acrecienta enormemente puesto que se realiza en condiciones excepcionales: ante la muerte (A. Valdelomar, *Belmonte, el trágico. Ensayo de una estética futura, a través de un arte nuevo*, Lima 1918, p. 69).

De otro lado, es un contrasentido que, al tiempo de reconocerse a la tauromaquia o la gallística como espectáculos culturales pertenecientes a nuestra tradición, seguidamente se señale que no existe impedimento alguno para que en el futuro el legislador las pueda prohibir.

“Tradición”, según el Diccionario de la Real Academia Española, es transmisión de costumbres hecha de generación en generación, es decir, conservadas en un pueblo por transmisión de padres a hijos.

En otras palabras, quien tiene la tradición sobre costumbres, formas artísticas, etc., es un pueblo que las conserva y transmite de generación en generación.

Desde esta perspectiva, una costumbre social —que guarda conformidad con la Constitución— solo puede dejar de serlo si deja de transmitirse de padres a hijos, pero espontáneamente, no por imposición vertical de una ley que la prohíba. Lo contrario significaría una intromisión del legislador en el tejido social, violando el derecho a la identidad cultural que la Constitución reconoce con su artículo 2, inciso 19.

De otro lado, llama la atención que el voto del magistrado Ramos Núñez señale lo siguiente:

La autoridad administrativa debe garantizar que se restrinja el acceso de menores de edad a las corridas de toros y a las peleas de gallos.

El verbo “restringir”, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, significa “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites”. Esto quiere decir que no es intención del referido magistrado prohibir el acceso de los menores de edad a tales espectáculos, sino solo reducirlo, pero queda en la ambigüedad a cuánto asciende esa reducción.

En nuestra opinión, el voto del magistrado Ramos Núñez parte de un entendimiento equivocado de las recomendaciones del documento de fecha 2 de marzo de 2016 titulado “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú”, del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que cita en su voto.

Leamos directamente el documento de dicho Comité, en su página 10:

42. [...] el Comité recomienda al Estado parte que:

i) [...] garantice la protección de los niños espectadores [a espectáculos taurinos].

Como puede apreciarse, lo que el Comité recomienda es que el Estado “garantice” la protección de los niños espectadores de las corridas de toros. No recomienda restringir, ni mucho menos prohibir, el acceso de menores de edad.

Desde esta perspectiva, opinamos que, a propósito de la recomendación del Comité de Derechos del Niño, se garantiza la protección de los niños espectadores de corridas de toros peleas de gallos, si los menores de edad solo pueden asistir a dichos espectáculos en compañía de sus padres o tutores.

Por lo demás, postular la prohibición de que los niños concurren a las corridas de toros o peleas de gallos, resulta contradictorio con la condición de tradición cultural que se reconoce a estos espectáculos, pues, por definición, según hemos visto, la tradición es la costumbre que conserva un pueblo y se transmite de padres a hijos. Como es obvio, se cortaría tal transmisión si los hijos no pudieran ser partícipes de las tradiciones de sus padres.

Conviene recordar lo que ha dicho al respecto Diego García-Sayán, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ex Ministro de Relaciones Exteriores:

Siempre agradecí a mi padre esas tardes extraordinarias de octubre cuando me llevaba a los toros, siendo niño, desde los 10 años [...]. No creo, en absoluto, que ir a los toros me haya vuelto violento ni nada semejante; he sido y seré toda mi vida fanático pacifista (entrevista concedida al cronista taurino Pablo Gómez Debarbieri en su prestigiosa página de “El Comercio” de Lima, 3 de febrero de 2020).

Podemos citar también las palabras del reconocido psiquiatra Max Hernández en dicha página, al ser consultado sobre la intención de prohibir a los niños asistir a las corridas de toros por el supuesto riesgo de volverse violentos:

Fui de muy niño [a las corridas de toros] y mi padre también. Aparte de algunos arrebatos iracundos que suelo tener, no me creo para nada partidario de la violencia [...]. Plantear que la fiesta daña a los niños y que los aficionados nos volveremos militantes de la barbarie es absolutamente excesivo y sin ningún fundamento (Diario “El Comercio” de Lima, 4 de febrero de 2019).

Y para cerrar este tema quisiéramos referirnos al caso del joven matador peruano Andrés Roca Rey. Debutó como novillero a los 17 años y recibió la alternativa a los 19, en 2015. Su excepcional maestría fue reconocida por el empresario Guzmán Aguirre quien lo ha premiado económicamente en público en la feria taurina, y es actualmente la máxima figura del toreo mundial.

De otro lado, somos de la opinión que este Tribunal no debería tomar partido en un asunto altamente polémico para postular la existencia de la “dignidad animal”. Cuanto más si la

Constitución es clarísima, en sus artículos 1 y 3, respecto a que la dignidad es propia del ser humano.

Como es evidente, no hablar de “dignidad animal” no justifica hacer sufrir inútilmente a los animales. Como ya dijo este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente 17-2010-PI/TC, “producir sufrimientos innecesarios a los animales constituye una infracción al deber de respeto y protección al ambiente, que impone el artículo 2, inciso 22, de la Constitución” (STC 17-2010-PI/TC, fundamento 31).

Por último, consideramos que no corresponde a este Tribunal declarar de plano que determinados espectáculos con animales no son espectáculos culturales, pues no es un órgano especializado para pronunciarse sobre qué es cultural o no.

En efecto, la Ley 30407, Ley de Protección Animal, en su Primera Disposición Complementaria Final, objeto del presente proceso de inconstitucionalidad, señala lo siguiente:

Exceptúense de la presente ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos **declarados de carácter cultural por la autoridad competente**, las que se regulan por ley especial (énfasis añadido).

Como puede apreciarse, es la “autoridad competente”, es decir, el Ministerio de Cultura, al que le corresponde declarar, luego del análisis especializado respectivo, si un espectáculo que involucre animales tiene “carácter cultural”, a fin de exceptuarlo de la Ley de Protección Animal.

Lo contrario significaría que este Tribunal se arrogue competencias que la Ley de Protección Animal otorga al Ministerio de Cultura, como órgano técnico en materia cultura.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

FERRERO COSTA

VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, con el mayor respeto por mis colegas magistrados, soy de la opinión que la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal debe ser declarada **INFUNDADA** en todos sus extremos. A continuación, expondré las razones que justifican mi decisión.

Cuestión previa

1. Viene a conocimiento de este Tribunal, un caso, que sin duda, es emblemático, por las opiniones y pasiones que generan dentro de nuestra sociedad y que, también ha sido materia de discusión y debate en otras latitudes: me refiero a la constitucionalidad de las corridas de toros y todos aquellos espectáculos similares realizados con animales que tienen calificativos de “culturales
2. Antes de iniciar mi análisis, quisiera recordar que la función de este Tribunal Constitucional en el caso de autos consiste en determinar si la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, vulnera la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Ello, con independencia de las simpatías o antipatías que despierta este tema en la ciudadanía y de las convicciones personales que cada magistrado pueda tener sobre los espectáculos con animales.
3. En otros términos, el debate constitucional se debe centrar estrictamente en si la disposición cuestionada, que establece excepciones al régimen general de protección a los animales, está amparada en la Constitución. Ello, con independencia de si dichas actividades que califican como excepciones son de nuestro agrado o no, o de si pueden tildarse de “cruels” o “salvajes”, como lo sostiene un sector considerable de la población. Reitero, nuestro análisis es estrictamente jurídico, con apego a la Constitución.

No existen “derechos fundamentales” reconocidos a los animales o un “deber constitucional de protección” directo a favor de estos

4. Ahora sí, ya en el tema de fondo, en mi concepto considero que la Constitución Política del Perú establece una protección indirecta hacia los animales a partir de lo dispuesto por el artículo 68 de la Constitución, que señala que “*el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas*”; así como por el artículo 2 inciso 22 de la misma Norma Fundamental, que consagra el derecho de toda persona “*a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*”. De alguna forma se puede interpretar que la protección hacia los animales: i) se subsume dentro de la exigencia de conservación de la diversidad biológica; ii) forma parte de la preservación del medio ambiente equilibrado.

5. Sin embargo, no entiendo cómo se pasa de afirmar que la Constitución brinda una protección indirecta a señalar que existe un deber *constitucional de protección hacia los animales que deriva de su condición de seres vivos sintientes*, como lo sugieren alguno de mis colegas en sus votos. Por el contrario, considero que de ningún articulado de la Constitución se puede inferir este deber de protección, ni que los animales son seres sintientes, a diferencia de otras experiencias como la brasileña o alemana, en donde la Norma Fundamental sí reconoce expresamente una tutela especial contra el maltrato animal.

La protección hacia los animales se produce en el ámbito de lo constitucionalmente posible

6. Lo anteriormente expuesto permite identificar que, en el caso peruano, es el legislador quien, dentro de lo constitucionalmente posible, en el marco de sus competencias y sobre la base del desarrollo presente en la sociedad moderna, ha reconocido un bien jurídico de relevancia social como es el “bienestar animal”, que se plasmado en la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal.
7. Sobre lo que se entiende como “*constitucionalmente posible*”, este Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

61 (...) El ámbito de lo constitucionalmente posible concede al legislador un cierto grado o margen de apreciación para el desarrollo de su función principal: la de dar leyes, interpretarlas, modificarlas o derogarlas (artículo 102.1 de la Constitución). Se trata de un ámbito en el que el legislador tiene varias posibilidades de configuración del contenido legal con relevancia constitucional, todas ellas constitucionalmente posibles, lo cual puede ser atendido en la forma en que crea conveniente e incluso en el tiempo que juzgue necesario. En resumen, el legislador ostenta la calidad de supremo intérprete en el marco —amplio, por cierto— de lo constitucionalmente posible [STC Exp. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (acumulados)].

8. Por tanto, se advierte que: i) la Constitución no establece una regulación expresa de protección a favor de los animales; ii) es el legislador quien, en el marco de sus competencias, reconoce un bien jurídico de relevancia social como es el “bienestar animal” que justifica la dación de la Ley 30407. De ello concluyo que en el Perú existe un enfoque antropocéntrico de la protección del medio ambiente y de los animales. Esto es, son valiosos y merecedores de protección porque permiten el desarrollo del ser humano y no por su condición de seres sintientes, ya que esto último no ha sido reconocido en ningún artículo de la Constitución y tampoco puede ser interpretado directamente. Hacer lo contrario implicaría que este Alto Tribunal exceda el marco de sus competencias y se constituya indebidamente como órgano constituyente.
9. Lo dicho permite afirmar además que la protección de los animales, reconocida directamente a nivel legal, no es absoluta y también puede ser limitada en determinadas

situaciones que deberán estar debidamente justificadas, atendiendo al caso concreto. Sin embargo, ello, no quiere decir que los animales estén sometidos a situaciones de abuso y maltrato, toda vez que existe, actualmente, un sentimiento de protección hacia estos, como se recoge en la Ley 30407. Ello se manifiesta, claramente, con la adopción de tipos penales que sancionan el maltrato animal.

Los espectáculos con animales calificados como “culturales”

10. Otro punto discutido en el presente caso se refiere al análisis sobre los supuestos de excepción de maltrato a animales señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal:

(...) Exceptuánse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.

11. Al respecto, el colegiado anterior que conformó el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. 00017-2010-PI/TC, reconoció a las corridas de toros como espectáculos culturales, en los siguientes términos:

23. A juicio de este Tribunal, la actividad taurina es en nuestro país una manifestación cultural, traída con la conquista española e incorporada a nuestro acervo cultural por una afición de siglos, que se manifiesta en fiestas conmemorativas en Lima y diversas provincias del Perú, como veremos más adelante. De este modo, puede decirse que, aunque española en su origen, la tauromaquia (el “arte” de lidiar toros, según la definición del Diccionario de la Real Academia) se ha incorporado a nuestra cultura mestiza y es una expresión artística que forma parte de la diversidad cultural del Perú.

24. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “como manifestación de la diversidad y pluralismo de la sociedad, la tauromaquia (...) ha sido reconocida a lo largo de la historia como una expresión artística y cultural de los pueblos iberoamericanos. Lo anterior ha sido registrado de diferentes maneras por artistas del mundo como Goya, Mariano Benlliure, José Ortega y Gasset, Pablo Picasso, García Lorca, Ernest Hemingway, Orson Welles y Vicente Blasco Ibáñez” (sentencia C-1192/05, consideración 12).

12. En mi concepción, la corrida de toros, más allá de las objeciones que puedan presentarse a su práctica, sí constituye una actividad de carácter cultural, por lo que coincide con la posición asumida por el anterior pleno del Tribunal Constitucional. Lo mismo ocurre, a mi modo de ver, con la pelea de toros y la pelea de gallos. En ese punto, me adscribo al análisis detallado realizado por mi colega, el magistrado Carlos Ramos, en su voto para calificar a las actividades descritas como culturales.
13. Lo dicho permite afirmar además que estas actividades se sustentan en derechos fundamentales como la libertad de creación artística (Art. 2.8), la participación en la vida

cultural de la nación (Art. 2.17) y la identidad cultural (Art. 2.19), reconocidos en la Constitución. En consecuencia, a mi modo de ver, tanto la pelea de toros, la pelea de gallos y la corrida de toros configuran excepciones razonables al régimen previsto en la Ley 30407 de protección y bienestar animal.

14. Por lo expuesto, muestro mi oposición al voto del magistrado Carlos Ramos que considera fundada la demanda en el extremo referido a la pelea de gallos con navajas o espuelas. Ello, bajo el argumento de que constituye una actividad en la que interviene decisivamente el ser humano alterando las condiciones naturales de la pelea animal, lo que determina inevitablemente su inconstitucionalidad.
15. A mi parecer, esta conclusión resulta incongruente con declarar como espectáculo cultural la pelea de toros, en la que la persona también participa en la festividad al clasificar a los animales por su peso y experiencia, y con mayor razón en la corrida de toros, en la que la intervención del ser humano es vital desde el crecimiento del animal hasta su participación en el ruedo. Y es que, en el presente caso, no se cuestiona el tipo de intervención humana ni la intensidad de esta en actividades con animales porque en todos los casos señalados el ser humano participa de uno u otro modo en las mismas. Por el contrario, de lo que se trata es de determinar si estas constituyen espectáculos culturales y si pueden configurar excepciones razonables a la protección general a los animales establecida en la Ley 30407.
16. En consecuencia, la pelea de gallos en general, en la medida que cumple con las características expresadas en la ponencia para ser calificada como un espectáculo cultural, también es constitucional.
17. De lo expuesto, soy de la opinión que las peleas de toros y gallos, así como las corridas de toros, previstas en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de protección y bienestar animal, son espectáculos culturales que no vulneran la Constitución, por cuanto:
 - a) La Constitución no consagra derechos subjetivos a favor de los animales y, tampoco, existe un deber de protección expreso en dicha Norma Fundamental.
 - b) Se amparan en los derechos fundamentales a la libertad de creación artística, la participación en la vida cultural de la nación y la identidad cultural.

La competencia del Ministerio de Cultura para determinar qué actividades con animales pueden constituir espectáculos “culturales”

18. De otro lado, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, establece adicionalmente lo siguiente:

(...) Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial (énfasis agregado).

19. Al respecto, considero que en estos casos la ley, expresamente, está delegando a la autoridad técnica y especializada, que es el Ministerio de Cultura, la evaluación de todos aquellos espectáculos con animales -fuera de las peleas de toros y gallos y de las corridas de toros- que también pueden catalogarse de “culturales”, conforme a 1 criterios establecidos en la Ley 30870, “Ley que establece los criterios de para obtener la calificación de espectáculos públicos culturales no “ y su reglamento (aprobado por D.S. 004-2019-MC). Y es que, como lo os precedentemente, este esquema de protección y excepciones previstas en ey de protección y bienestar animal ha sido diseñado por el legislador ordinario en el marco de lo constitucionalmente posible, por lo que no encuentro ningún vicio de inconstitucionalidad en ello.
20. Por tanto, considero que no compete a este Tribunal llevar a cabo ninguna evaluación sobre si otros espectáculos con animales pueden ser calificados como culturales, ya que ello corresponde realizar al Ministerio de Cultura, por mandato del propio legislador ordinario.

Sobre la práctica “excepcional” de espectáculos culturales con animales

21. Sin embargo, soy enfático en declarar que estos espectáculos con animales calificados de culturales, al configurar excepciones a la Ley 30407, “Ley de protección y bienestar animal” solo pueden ser practicados en aquellos lugares donde se acredite indubitabilmente que son expresiones culturales.
22. A modo de ejemplo, el otrora Instituto Nacional de Cultura, al declarar a la “Festividad del Señor de los Milagros” como Patrimonio Cultural de la Nación el 2005, también reconoció a la corrida de toros como una tradición que forma parte de esta celebración. Se entiende, entonces, que dicha actividad está permitida excepcionalmente durante la festividad del Señor de los Milagros en los lugares donde se ha celebrado tradicionalmente.
23. De esta forma, el hecho que uno de los partícipes incorporados al presente proceso indique a este Tribunal que en el Perú existen 208 plazas para llevar a cabo corridas de toros, no significa bajo ningún escenario, que se permita dicho espectáculo en todos esos lugares. Por el contrario, es indispensable que el Ministerio de Cultura verifique indubitabilmente que en los lugares señalados la corrida de toros constituye una tradición cultural, de acuerdo a los criterios establecidos en la Ley 30870 y su reglamento. Lo mismo deberá realizarse con las peleas de toros y gallos.

Sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales invocados en la demanda

24. Los demandantes han alegado que la Primera Disposición Complementaria Final que prevé la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal y que, a su vez, reconoce la práctica de determinadas actividades culturales con animales calificadas de “cruels” por los demandantes, vulnera diversos derechos fundamentales:
 - a) Manifiestan que vulnera el principio-derecho de dignidad, en tanto “el participar, ver y saber que una persona está torturando animales hasta les la muerte y

haciendo de esa acción un espectáculo es en sí, no to censurable sino también un acto agresor de la dignidad humana, aria y degradarla al punto de incapacitar a la persona de sentir pacía, compasión ni justicia hacia otro ser vivo, sea éste de cualquier especie” (f. 14).

Particularmente, no considero que los espectáculos con animales vulneren la dignidad de la persona, en los términos expuestos por los demandantes. Concretamente porque el ser humano a través de estos espectáculos no es tratado como objeto para obtener otro fin, ni es afectado de forma similar. El hecho que se alegue que las personas, a partir de visionar estos espectáculos, pierden la empatía y el sentimiento de piedad y compasión son evaluaciones subjetivas que no pueden ser atendidas en el presente caso. Por otro lado, como se señaló inicialmente, los animales no son sujetos de derechos, y si bien existe una Ley de protección y bienestar animal, los espectáculos culturales con animales, siempre que acrediten dicha condición, constituyen excepciones razonables a régimen general de protección animal diseñado por el legislador.

b) Los demandantes alegan también que a través de estos espectáculos se vulnera el artículo 2 inciso 22 de la Constitución, por cuanto la acción violenta contra los animales afecta la “psiquis” de las personas y perturba su paz y tranquilidad, lo que se acredita con el sentimiento de la mayoría de la población que está en contra de estas actividades. Al respecto, considero que este alegato, por un lado, también es subjetivo y no redundante directamente en el ser humano. El hecho que sentir indignación o mortificación no se traduce necesariamente en la vulneración de un derecho fundamental. Asimismo, como lo indiqué al inicio del voto, el análisis que realizamos los jueces constitucionales es estrictamente objetivo, con apego a la Constitución, con independencia de los sentimientos de agrado o desagrado e, inclusive, con las convicciones y sentimientos personales que podamos tener sobre determinados temas como el presente. Por ello, puede que una situación o un hecho personalmente no sea de mi agrado, pero mi evaluación como juez me exige determinar si el hecho puesto a mi conocimiento es constitucional o no, como ocurre en el presente caso.

c) Los demandantes alegan además que los espectáculos culturales calificados de “cruels” contra los animales vulneran también el artículo 2 inciso 24 de la Constitución, que garantiza que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física. Desde mi opinión, este alegato tampoco acredita la vulneración del derecho alegado, por cuanto no se traduce en una situación de violencia física o psíquica directamente infligida a la persona, sino que, de manera indirecta, a partir del acto violento realizado al animal, se afirma categóricamente que violenta psíquicamente al ser humano, lo que no estaría acreditado en todos los casos

25. En suma, soy de la opinión que en el presente caso no se vulneran los derechos fundamentales invocados por los recurrentes.

Advertencia: abuso de las “exoneraciones” en el trámite del procedimiento parlamentario

26. Finalmente, quisiera llamar la atención de un hecho que no ha sido cuestionado por los demandantes en el presente caso pero que considero fundamental. Y es que el procedimiento parlamentario para la aprobación de la cuestionada Ley 30407 de protección y bienestar animal fue exonerado del requisito de segunda votación por decisión de 82 congresistas.
27. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ya ha señalado de que la exoneración del procedimiento parlamentario llevado a cabo por la Junta de Portavoces del Congreso si bien es discrecional, no debe ser aplicado de manera generalizada, ya que puede ser utilizada de modo arbitrario y terminar por tergiversar la finalidad del artículo 105 de la Constitución (STC. Exp. 0006-2018PI/TC, fundamento 22).
28. Asimismo, este Tribunal ha afirmado también la relevancia del debate público en el sistema democrático. Y es que la importancia o trascendencia de la deliberación se advierte, especialmente cuando se debaten cuestiones de marcado interés público (STC. Exp. 00011-2015-PI/TC, fundamento 23).
29. Por tanto, opino que en el presente caso no debió operar la exoneración de la segunda votación, dado que la materia en cuestión como es el bienestar y protección animal y, en especial, el tema referido a la corrida de toros, peleas de gallos, entre otros, es de marcado interés público.
30. De allí que considere necesario que este Tribunal Constitucional exhorte al Congreso de la República a que aplique las excepciones al procedimiento parlamentario de aprobación de leyes de manera restrictiva, privilegiando el debate público en el seno del parlamento.

Dicho esto, como lo señalé inicialmente, soy de la opinión que la demanda es **INFUNDADA** en todos sus extremos

S.

MIRANDA CANALES

VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos.

En este caso, lo que está en discusión es si la excepción establecida en la Ley de Protección y Bienestar Animal –en favor de las corridas de toros, y de las peleas de gallos y de toros– contraviene la Constitución. Según la demanda, sí lo hace, ya que infringe su artículo 68. Sin embargo, este dice:

El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Una cosa no tiene nada que ver con la otra. Las corridas de toros, y las peleas de gallos y de toros, no buscan desaparecer a estos animales. Más bien, deberíamos tener presente lo ocurrido en México. Allí, la prohibición en ciertos estados de las peleas de gallos está asociada a la extinción de estos. A veces, la forma como funciona el mundo es contraintuitiva.

En realidad, la demanda contiene un cuestionamiento de índole moral. Sin embargo, al Tribunal Constitucional no le corresponde dilucidar si las corridas de toros y las peleas de gallos son moralmente denigrantes o edificantes. El ámbito de la moral es el más íntimo que poseen las personas y se caracteriza por plantear arduos dilemas. Cada quien carga con los suyos y debe resolverlos como mejor puede, con el único límite de no perjudicar a los demás.

El Tribunal Constitucional debe constatar, más bien, que las corridas de toros y las peleas de gallos son actividades que se repiten en el tiempo, siendo transmitidas de generación en generación. Así, forman parte de la identidad de los pueblos, y deben ser respetadas. El inciso 19 del artículo 2 de la Constitución dice:

El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

No se pueden utilizar los procesos constitucionales para pretender imponer un cambio cultural de este tipo. En la perspectiva constitucional, este cambio debe darse como fruto espontáneo de la interacción social. A nadie se le fuerza a ir a una corrida de toros o a una pelea de gallos. Si quiere hacerlo, es su derecho. Si no le gustan, es libre de no volver a hacerlo.

Los integrantes de este Tribunal Constitucional no somos moralmente superiores a los aficionados a los toros y a los gallos. Asumir ello es incompatible con la perspectiva pluralista y tolerante que es consustancial a la Constitución. Esta existe para limitar el poder del Estado, no para imponer un punto de vista moral sobre las cosas.

S.

SARDÓN DE TABOADA



A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.2. PROCESOS COMPETENCIALES

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 19 de noviembre de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que dio origen al Expediente 00002-2020-CC/TC, promovida por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República.

El resultado de la votación fue el siguiente:

- Los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda. Asimismo, los magistrados mencionados formularon fundamentos de voto.
- La magistrada Ledesma (ponente) y el magistrado Ramos votaron por declarar, entre otros aspectos, **FUNDADA en parte** e **IMPROCEDENTE en un extremo** la demanda de conflicto competencial.
- El magistrado Espinosa-Saldaña votó por declarar **FUNDADA** la demanda de conflicto competencial.

Estando a la votación mencionada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece, entre otros aspectos, que el Tribunal Constitucional, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta en el presente conflicto competencial.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0002-2020-CC/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

19 de noviembre de 2020

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

**PODER EJECUTIVO
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Asunto

**Demanda de conflicto competencial sobre la moción de vacancia del presidente
de la República por permanente incapacidad moral**

Magistrados firmantes:

SS.

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

SARDÓN DE TABOADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de noviembre del 2020, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (Presidenta), Ferrero Costa (Vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de votos de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada, y votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 14 de setiembre de 2020, Luis Alberto Huerta Guerrero, Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, interpuso demanda competencial contra el Congreso de la República.

Por su parte, con fecha 11 de noviembre de 2020, Manuel Eduardo Peña Talavera, Procurador Público de la Defensa de los Asuntos Judiciales del Poder Legislativo, contestó la demanda.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

El demandante sostiene que el Congreso de la República ha ejercido indebidamente su competencia para iniciar el trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ya que afecta las atribuciones del presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno y la facultad de los ministros para llevarla a cabo. Así, sostiene que en el presente caso existe un conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto. En ese sentido, manifiesta que los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son:

- i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día 12090); y,
- ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia como resultado de la admisión a trámite de la moción.

El demandante refiere que un elemento esencial de todo Estado Constitucional es el respeto al principio de separación de poderes. Por ello, el uso indebido por parte del Congreso de la República de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contraviene el principio de separación de poderes.

El procurador público del Poder Ejecutivo manifiesta que, de acuerdo con el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, corresponde al presidente de la República “dirigir la política general del gobierno”. Por su parte, el artículo 119 del texto constitucional reconoce la competencia de los ministros para ejecutar dicha política.

Alega que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 112 de la Constitución, todas las entidades del Estado deben respetar el período de duración del mandato presidencial. Sostiene que, aquellos mecanismos a través de los cuales se pueda constitucionalmente determinar que dicho período de gobierno debe concluir antes de lo previsto, deben cumplir determinados requisitos tanto de fondo como de procedimiento.

Añade que, una de las garantías para el adecuado desempeño de las competencias que corresponden al presidente de la República, se encuentra establecida en el artículo 117 de la Constitución. Dicha disposición constitucional tiene por objetivo garantizar que el más alto funcionario del Estado pueda ejercer adecuadamente el cargo sin que sus competencias se vean entorpecidas como consecuencia del trámite de denuncias presentadas en su contra. Refiere así que las competencias asignadas por la Constitución al Congreso de la República no pueden ser utilizadas para impedir que el presidente de la República dirija la política general del gobierno durante los cinco años por los cuales ha sido elegido, ni para impedir que los ministros de Estado la ejecuten.

Sostiene que el artículo 113 de la Constitución establece los supuestos en los cuales se produce la vacancia presidencial. Señala que dicha disposición constitucional tiene como finalidad identificar aquellas situaciones objetivas que den cuenta de un hecho concreto que impida que una persona pueda seguir ejerciendo el cargo de presidente de la República. Sin embargo, dicha institución no implica un mecanismo de control político. Pues de lo contrario se estaría afectando el modelo de frenos y contrapesos que rige en nuestro sistema constitucional. Por ello, señala que la aplicación de esta causal de vacancia debe ser restrictiva, únicamente cuando el presidente de la República se encuentre imposibilitado de ejercer el cargo por haberse configurado su permanente incapacidad moral. Alega que dicha causal no debe ser utilizada para evaluar acciones u omisiones del presidente de la República durante el período de gobierno, ya que de hacerlo se desnaturalizaría la institución de la vacancia presidencial lo cual supondría una afectación del equilibrio de poderes.

Si bien el Reglamento del Congreso establece reglas de procedimiento relacionadas con las etapas correspondientes, no define cuáles son los supuestos o criterios que deben tomarse en cuenta para identificar aquellas conductas (acciones u omisiones) por parte del presidente de la República que puedan ser calificadas como permanente incapacidad moral. Señala entonces que le corresponde al Tribunal Constitucional disponer que la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral no puede ser considerada como un mecanismo de control político respecto del presidente de la República.

Advierte que, del contenido de la Moción de Orden del Día 12090, se desprende que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral no se sustenta en algún hecho objetivo que le impida al presidente de la República continuar ejerciendo sus

funciones, sino que, por el contrario, se basa en argumentos sujetos a debate e interpretación tanto desde un punto de vista jurídico como político, lo que reflejaría la intención del Congreso de emplear dicha causal como un mecanismo de control político.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El Procurador Público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo sostiene que la demanda ha devenido en improcedente por incurrir en la causal de sustracción de la materia. Refiere que la sustracción de la materia, “solo se puede dar *ex post* de interpuesta la demanda; esto es, debe surgir la causal de la sustracción de la materia después de que se admita la demanda hasta –por lo general– antes de expedirse la sentencia final”.

Añade que “la desaparición del interés para obrar, tiene estrecha relación con la pretensión como objeto del proceso, en la medida que es sobre este último que recaerá la afectación del interés para obrar, bien debido a la satisfacción extraprocesal o a cualquier otro evento que provoque un efecto idéntico”. En ese sentido, señala que según el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto competencial se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. Por ello, si no existe un conflicto, no puede ser procedente una demanda competencial.

Por otro lado, manifiesta que, en el presente caso, la demanda no ha sido interpuesta en defensa de una potestad concreta del Poder Ejecutivo cuyo ejercicio esté impedido o se encuentre disminuido por causas imputables al Congreso de la República, sino que ha sido presentada en defensa del señor Martín Vizcarra Cornejo, como presidente de la República, con la finalidad de que no sea vacado del cargo por aplicación del artículo 113, inciso 2, de la Constitución.

Se sostiene que la presente demanda no tiene carácter competencial puesto que no está en discusión el ejercicio de ninguna de las competencias constitucionales que corresponden al Poder Ejecutivo, sino únicamente la continuidad en el cargo del señor Vizcarra Cornejo como presidente de la República.

Manifiesta que, las controversias que verdaderamente tienen carácter competencial suponen una discusión respecto a la titularidad y/o la forma de ejercer las competencias constitucionales, lo que es independiente de cualquier consideración *intuitu personae*. Desde el punto jurídico constitucional, el alcance y la capacidad de ejercer las competencias del Poder Ejecutivo es independiente de la identidad del presidente de la República, de los ministros o de cualesquiera otros funcionarios públicos. En tal sentido, la potestad presidencial reconocida en el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, no se configura constitucionalmente en función de las personas o de los periodos de gobierno: le corresponde al presidente de la República por imperio de la Constitución, independientemente de quien ocupe el cargo y del periodo de gestión del que se trate.

Con relación a la causal de vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, refiere que su finalidad es impedir que el presidente de la República continúe en el ejercicio del cargo debido a circunstancias valoradas como especialmente graves, según la tipología establecida en el artículo 113 de la Constitución, la incapacidad moral como causal debe interpretarse en el sentido de un quebrantamiento de los parámetros de conducta admitidos en una época y por una sociedad determinadas que afectan gravemente la dignidad del cargo y, además, son fuente de potenciales o concretos conflictos políticos que pueden hacer inviable el normal desenvolvimiento de la comunidad política.

A la luz de estas razones, sostiene que la correcta interpretación de la incapacidad moral como causal de vacancia de la presidencia de la República es aquella que la identifica con “la falta de aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo, por haberse acreditado objetivamente una conducta pública o social gravemente venal, corrupta, licenciosa u ofensiva a las convicciones ética de la ciudadanía, que deja constancia de una atrofia de las nociones de corrección e integridad de ánimo”. Por ello, la incapacidad moral es, en definitiva, una situación pública que hace evidente la incapacidad hasta el extremo de interferir las funciones presidenciales y hacer aconsejable su remoción. Para estos efectos, señala que la permanente incapacidad moral declarada por el Congreso tiene que ser puesta en sus justos términos: es una decisión política, no técnica, que toma el Congreso, pero en función de una realidad existente que es atribución suya valorar.

Por lo tanto, manifiesta que claramente el Constituyente ha confiado al Parlamento ser intérprete de esta causal ante la comunidad política, de modo exclusivo y excluyente. A él le corresponderá determinar la existencia o no de una situación política que califique como incapacidad moral del presidente de la República suficientemente grave como para justificar vacancia de la presidencia.

B-3. AMICUS CURIAE

Con fechas 16 de octubre y 16 de noviembre de 2020, este Tribunal admitió la intervención de los siguientes sujetos como *amicus curiae*:

- Don César Landa Arroyo y otros.
- Instituto de Defensa Legal.
- Don Natale Amprimo Plá.
- Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- Doña Patricia Donayre Pasquel.

FUNDAMENTOS

1. Conforme se desprende de la demanda competencial de autos, la pretensión demandada ha sido dirigida contra:

Los **actos concretos** del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son: i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día N.º 12090, aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, y ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia según lo previsto en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República como resultado de la admisión a trámite de la moción (sic. pag. 3 de la demanda, énfasis añadido).

2. En dicho sentido, el Poder Ejecutivo solicitó lo siguiente:

[...] en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia (p. 4 de la demanda, énfasis añadido).

3. El primer párrafo del artículo 110 del Código Procesal Constitucional, establece que el conflicto que puede dar lugar a un proceso competencial –contemplado en el artículo 202, inciso 3, de la Constitución– «se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [...] **adopta decisiones** o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro» (énfasis añadido).
4. Al respecto, el proceso competencial aquí planteado es uno donde se reclama por la adopción de una decisión del demandado, por lo que contiene un *acto concreto* del emplazado sobre el que este Tribunal ha de pronunciarse y eventualmente anular, en caso declare fundada la demanda (cfr. artículo 113 del Código Procesal Constitucional).
5. Como es de público conocimiento, la Moción de Orden del Día 12090, fue debatida y votada por el Pleno del Congreso de la República el 18 de setiembre de 2020, y no prosperó porque alcanzó únicamente treinta y dos (32) votos conformes, rechazándose así el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral vinculada con los presuntos actos en los que habría intervenido el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo para la contratación del señor Richard Cisneros.
6. En tal sentido, no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre la pretensión objeto del presente proceso, por cuanto a la fecha se ha producido la sustracción de la materia controvertida. Cabe precisar que, en anterior pronunciamiento, este Tribunal ha optado por emitir una decisión similar en un proceso competencias,

debido a que la duración de los plazos procesales, igualmente generaron la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto de un extremo (Cfr. sentencia emitida en el expediente 00004-2004-CC/TC). Tal forma de resolución de este proceso orgánico no resulta ajena en la jurisprudencia, pues, de hecho, sucede frecuentemente que durante el trámite del proceso pueden producirse hechos que permiten resolver el conflicto extraproceso.

7. En tales circunstancias lo que se ha venido haciendo en el ámbito de nuestra jurisprudencia es declarar la existencia de la sustracción de la materia (Cfr. sentencias emitidas en los procesos 00016-2005-AI/TC, 0020-1996-AI/TC y 00024-2006-PI/TC).
8. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que la improcedencia por sustracción de la materia aquí declarada, no implica en forma alguna que este Tribunal Constitucional abdique de su rol de garante de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, sino que, en esa misma línea, se trata de una decisión que cierra el presente proceso conforme a la Constitución y a la ley, poniendo fin a la incertidumbre sobre el sentido y las consecuencias que, en el momento actual, una decisión de este Tribunal podría tener sobre la titularidad del Poder Ejecutivo y la gobernabilidad del país.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

SS.

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Coincidimos con la sentencia en mayoría en que la demanda es improcedente por sustracción de la materia, debido a las razones que pasamos a exponer.

Conforme al primer párrafo del artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto que puede dar lugar a un proceso competencial –contemplado en el artículo 202, inciso 3, de la Constitución– «se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [...] **adopta decisiones** o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro» (énfasis añadido).

En el caso de autos, la demanda versa sobre el primero de los supuestos arriba citados: la adopción de una decisión por parte del demandando (Congreso de la República) con la que el demandante (Poder Ejecutivo) entiende que se afectan sus competencias. Tal decisión está contenida en el acto reclamado en la demanda de autos: la Moción de Orden del Día 12090, que admitió a trámite la moción de vacancia contra el presidente de la República. Así lo expresa la propia demanda (p. 3):

Los **actos concretos** del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son: i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día N.º 12090, aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, y ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia según lo previsto en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República como resultado de la admisión a trámite de la moción

(énfasis añadido).

Dicho lo anterior, la demanda solicita lo siguiente (p. 4):

[...] en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, declare la **nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090**, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República **en base a esta decisión**, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia (énfasis añadido).

El proceso competencial aquí planteado es, pues, uno donde se reclama por la adopción de una decisión del demandado, por lo que contiene un *acto concreto* del emplazado sobre el

que este Tribunal ha de pronunciarse y eventualmente anular, en caso declare fundada la demanda (cfr. artículo 113 del Código Procesal Constitucional).

Tanto se dirige el presente proceso contra un acto concreto, que el demandante solicitó (sin éxito) una medida cautelar frente a éste, al amparo del artículo 111 del Código Procesal Constitucional, que autoriza a pedir «la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto».

Pues bien, en el presente caso, como ya se ha dicho, el acto o decisión objeto de conflicto, según la demanda, es la Moción de Orden del Día 12090, aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, que admitió a trámite la moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral, conforme al artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República. Y el petitorio de la demanda también es muy concreto: que este Tribunal declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia.

Según señala el demandado, y es de público conocimiento, la vacancia presidencial contenida en la citada Moción de Orden del Día 12090, fue debatida y votada el 18 de setiembre de 2020, y «alcanzó únicamente treinta y dos (32) votos conformes, rechazándose así la declaración de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral» (p. 17 de la contestación de la demanda).

El artículo 321 (inciso 1) del Código Procesal Civil –de aplicación supletoria conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional–, contempla la llamada *sustracción de la materia*, en los términos siguientes:

Artículo 321.- Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando:

1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional.

En el caso de autos ha ocurrido la sustracción de la materia, pues el acto reclamado por el demandante como lesivo a sus competencias (la Moción de Orden del Día 12090), y cuya nulidad pretendía, fue votado y archivado por el demandado el 18 de setiembre de 2020, al no alcanzarse los votos necesarios para vacar al presidente de la República por permanente incapacidad moral.

Esta votación del Congreso de la República determina, entonces, que la pretensión haya sido sustraída del ámbito jurisdiccional, por lo que la demanda debe declararse improcedente, de conformidad con el artículo 321, inciso 1, del Código Procesal Civil, ya citado.

Antes de proseguir, es preciso recordar que la presente demanda competencial (contra la decisión adoptada con la Moción de Orden del Día 12090 del 11 de setiembre de 2020) fue interpuesta el 14 de setiembre del presente año. Este Tribunal admitió a trámite la demanda por Auto del 17 de setiembre, notificado al demandado el **30 de setiembre de 2020** a fin de que conteste la demanda. De esta forma, este Tribunal calificó positivamente

la presentación de la demanda, por lo que confirió traslado al demandado para que comparezca al proceso. Es decir, el demandante ejercitó su derecho de acción, lo que propició que este Tribunal dé lugar a que el demandado ejercite su derecho de contradicción **en base a los términos de la demanda planteada**.

Como es de dominio público, luego de interpuesta la demanda de autos, se presentó en el Congreso de la República, el **20 de octubre de 2020**, la Moción de Orden del Día 12684, con una nueva declaración de vacancia de la Presidencia de la República por permanente incapacidad moral de su titular. Dicha Moción fue votada el 9 de noviembre de 2020 y aprobada por 105 votos a favor, 19 en contra y 4 abstenciones. A consecuencia de ello, por Resolución del Congreso 001-2020-2021-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de noviembre de 2020, se declaró la vacancia de la Presidencia de la República por la causal de permanente incapacidad moral del Jefe del Estado (artículo 113, inciso 2, de la Constitución).

Alguno de nuestros colegas magistrados podría señalar que existe una supuesta «relación de identidad» entre la Moción de Orden del Día 12090, del 11 de setiembre de 2020, materia de la presente demanda, y la Moción de Orden del Día 12684, del 20 de octubre de 2020, que desembocó en la vacancia de la Presidencia de la República, y considerar que un pronunciamiento de este Tribunal también debería alcanzar a esta última. Discrepamos, muy respetuosamente, con este criterio.

Como ya hemos sustentado, la demanda competencial de autos fue planteada contra la decisión del Congreso de la República de admitir a trámite la vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral, mediante la Moción de Orden del Día 12090, del 11 de setiembre de 2020; y en dicha demanda se pretendía que se «declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia» (p. 4 de la demanda). Sin embargo, dicha Moción fue archivada el 18 de setiembre 2020, al no alcanzar los votos necesarios para declarar la vacancia de la Presidencia de la República, por lo que se sustrajo la pretensión del ámbito jurisdiccional, deviniendo la presente demanda en improcedente.

La posibilidad de establecer esa «relación de identidad» entre una y otra Moción de Orden del Día en el presente proceso competencial, carece de sustento normativo en nuestro ordenamiento procesal constitucional.

Más aún, que este Tribunal se pronuncie por la Moción de Orden del Día 12684 del 20 de octubre de 2020, agravaría el derecho al debido proceso del demandado, pues es una decisión no demandada en el presente proceso, adoptada casi un mes después de corrido traslado al emplazado con la demanda de autos (30 de setiembre de 2020), razón por la cual éste no ha podido ejercitar su derecho de defensa (derecho de contradicción).

Sólo una nueva demanda competencial contra la Moción de Orden del Día 12684, del 20 de octubre de 2020, habría permitido al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre ésta.

Actuar de otra manera implicaría que este Tribunal entra de oficio a resolver sobre un acto no demandado, lo cual no sólo agravia el derecho de defensa del emplazado, sino que es imposible a la luz de los procesos constitucionales contemplados en nuestra Ley fundamental, que siempre operan a pedido de parte, nunca de oficio.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien concuerdo con la opinión de mis colegas en el sentido de que debe declararse la improcedencia de la demanda, el presente caso requiere que exprese fundamentos adicionales, lo que paso a detallar:

1. En la propia demanda competencial se describen los actos concretos del Congreso de la República que afectarían las competencias del Poder Ejecutivo:

“Los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día N° 12090), aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, y ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia según lo previsto en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República como resultado de la admisión a trámite de la moción”.

2. Es por ello que la parte demandante solicitaba lo siguiente:

“...en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, **declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N° 12090**, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando de forma definitiva el procedimiento de vacancia.” (énfasis agregado).

3. Como es de público conocimiento, el pedido de vacancia que fue tramitado a través de la moción de orden del día 12090, que ha sido materia de la presente demanda, fue debatida y votada por el Pleno del Congreso de la República el día 18 de septiembre de 2020 y fue desestimado por no contar con el número de votos requeridos para declarar la vacancia.
4. Como es de verse, el acto concreto que se cuestionaba en la demanda, relativo a un concreto pedido de vacancia, ha cesado, lo que determina la sustracción de la materia en el presente caso.
5. Conforme a lo expuesto, debo precisar que la razón por la que declaro improcedente la demanda competencial se basa exclusivamente en la sustracción de la materia, por lo que me aparto de las consideraciones expresadas en el fundamento 8 de la sentencia.

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Considero que la demanda **ES IMPROCEDENTE POR HABERSE PRODUCIDO LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA**, en razón que el inicio y la prosecución del procedimiento de declaración de vacancia que dio origen a la demanda concluyó con el archivamiento de la solicitud de vacancia al no haberse obtenido el número de votos mínimos exigido por el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República (87 votos equivalentes a los 2/3 del número legal de congresistas).

Sin perjuicio de ello, estimo importante enfatizar lo siguiente:

1. En primer lugar, que la forma de conclusión del presente proceso (sustracción de la materia) constituye una solución definitiva a la controversia sub litis, generada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que ha sido sometida a dilucidación, y responde al rol pacificador del Tribunal Constitucional; máxime en el marco de las situaciones políticas y sociales que viene atravesando el país.
2. Sobre esto último, la ponencia que en su momento presentó la Magistrada Ledesma Narváez para resolver el presente caso y que no alcanzó el voto favorable de la mayoría de miembros del Colegiado Constitucional, comprendió propuestas que no contribuían a la pacificación del país y olvidó que en casos como el presente los jueces que integramos el Tribunal Constitucional tenemos la obligación de sopesar las consecuencias políticas, sociales y jurídicas que nuestra decisión podría generar; sobre todo si se tiene en cuenta que una de las finalidades que tiene el Tribunal Constitucional, además de contribuir a la pacificación del país, es la de fortalecer el Estado Constitucional, así como a las instituciones que lo integran y fortaleces el respeto a sus respectivas competencias.
3. Por lo demás, en tal dimensión deben tenerse en cuenta el conjunto de hechos y situaciones que se han producido después del archivamiento de la solicitud de vacancia materia de este proceso y que han desembocado en una segunda solicitud de vacancia, autónoma e independiente de la anterior, y en su aprobación; en la aceptación de la misma por parte del ex presidente Martín Vizcarra Cornejo; y en la aplicación de la fórmula de sucesión presidencial establecida en el artículo 115 de la Constitución hasta en dos ocasiones, para finalmente la asunción de la primera magistratura de la Nación por parte del actual mandatario Francisco Sagasti Hochhausler.
4. En segundo término, estando a que la propuesta de la Magistrada Ledesma Narváez comprendió todo un desarrollo sobre los alcances de la figura de la permanente incapacidad moral e, inclusive, perseguía acotarla, constreñirla y limitarla, desnaturalizándola y afectando en parte las competencias del Poder Legislativo y las reglas del equilibrio

de poderes contenidas en la Norma Suprema de la República, debo dejar sentada mi posición discrepante de tal postura y resumir las razones de mi disidencia.

5. Al respecto, soy de la opinión de que la Constitución establece esta causal como una de carácter abierto, para atender situaciones de graves actos en los que ha incurrido el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación y es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Frente a esos actos, la mencionada causal se comporta como un mecanismo de control de poder, que habilita a que el Congreso adopte una decisión política con 87 votos.
6. En tal sentido, discrepo de aquellas posiciones que pretenden restringirla por las siguientes consideraciones:
 - 6.1. La Comisión Revisora de la Reforma Constitucional, que tuvo el honor de integrar, debatió sobre la vacancia presidencial por la causal de incapacidad moral, llegándose a concluir que su contenido se identificaba claramente con una fórmula abierta referida a toda “conducta incompatible con la dignidad del cargo” de presidente de la República, lo cual fue así plasmado en el documento emitido como resultado de dicho debate y aparece como propuesta de causal de vacancia presidencial.
 - 6.2. Ahora bien, para referirnos a la incapacidad moral permanente, debemos tener en cuenta, en primer lugar, el uso que tradicionalmente se le ha dado a dicha figura y, en segundo orden, la forma o régimen de gobierno que ha contemplado nuestra Constitución.
 - 6.3. En cuanto a lo primero, está claro que la referida figura no es una novedad en nuestro constitucionalismo. Recogida como tal por las Constituciones de 1839 (artículo 81), 1856 (artículo 83, inciso 2), 1860 (artículo 88, inciso 1), 1867 (artículo 80, inciso 2), 1920 (artículo 115, inciso 1), 1933 (artículo 144 inciso 1), 1979 (artículo 206, inciso 1) y, finalmente, 1993 (artículo 113, inciso 2), siempre ha sido considerada una facultad indiscutible del Congreso especialmente reconocida como instrumento de control político sobre la figura del Presidente de la República. No es, pues, una invención de la actual Constitución, sino parte inobjetable de lo que vendría a ser nuestra Constitución histórica o tradicional.
 - 6.4. Si nos atenemos a la práctica, que muy ocasionalmente se le ha dado, esta hace alusión a todo aquel comportamiento asumido por el presidente de la República que, visto desde los parámetros del Congreso, pueda resultar contrario a lo moral, término que no se encuentra vinculado a lo mental, como en algún momento se ha llegado a sostener, pues se trata de aspectos totalmente diferentes. Mientras que lo mental se encuentra ligado al discernimiento y raciocinio de una persona, lo moral en cambio se fundamenta en un contexto de carácter ético o rigurosamente valorativo.
 - 6.5. Por lo demás, la prueba de que el término mental tampoco se encuentra asociado a lo moral, la constituyen importantes normas de nuestra Constitución que con todo acierto hacen distingo entre lo físico, lo mental y lo moral (cfr. Artículo 2, incisos 1 y

24, acápite h, de la Constitución), lo que adicionalmente viene reforzado por el artículo 5, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hace una clara diferenciación entre cada una de dichas categorías.

6.6. Ahora bien, lo moralmente inaceptable es todo aquello que desde la perspectiva de la ética o de los valores de trascendencia general, pueda resultar reprochable en cabeza del presidente de la República, dada su condición de Jefe de Estado y personificador de la Nación, correspondiendo al Congreso de la República determinar qué comportamientos son los que pueden sujetarse a dicho estándar de evaluación.

6.7. Siendo el Congreso de la República un órgano de naturaleza eminentemente política, el juicio que ha de efectuar en la determinación de las citadas conductas reñidas con lo moral no puede ser otro que uno de naturaleza esencialmente política, muy distinto del juicio propiamente judicial, en el que son otros los referentes a tomarse en cuenta, los que, por lo general, se encuentran regulados y reconocidos en el ordenamiento jurídico.

6.8. En tal sentido, en mi opinión no resulta de recibo que se pretendan tasar en un catálogo formal o matemáticamente exacto los supuestos de una hipotética conducta reñida con la moral, pues ello no solo resultaría contrario a la característica de amplitud y dinamismo esenciales en la vida, la realidad política o la coyuntura del tiempo y espacio social, sino un vano intento por circunscribir algo que por su propia naturaleza resulta imposible colocar dentro de parámetros estrictamente objetivos.

6.9. Naturalmente, lo dicho no significa que lo político se encuentre exento de seguir los valores constitucionales, pues siendo la Constitución la norma Suprema del Estado, a la que se encuentran sujetos tanto detentadores como destinatarios del poder, está claro que los valores que propugna condicionan y legitiman toda actuación en la vida política.

6.10. Sin embargo, aun aceptando la vinculación que todos tenemos para con la Constitución (incluyendo el Congreso de la República), no puede dejarse de anotar el inevitable y acaso necesario espectro de posibilidades abiertas con las que debe operar todo protagonista político. De no ser así, la política desaparecería del escenario para ser reemplazada por conductas absolutamente predeterminadas que impedirían la libertad de opción en los enfoques de cada medida o decisión política.

6.11. En esa dirección, mi posición va de la mano con quienes sostienen que los actos políticos son abiertos y están sujetos a la norma constitucional. Y si esta última contempla la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial es porque nuestro legislador constituyente, siguiendo la Constitución histórica, ha querido establecer un mecanismo de control político abierto para, repito, atender situaciones de graves actos en los que incurra el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación; actos que agravan a la Nación y hacen desmerecer el cargo.

6.12. Lo segundo, que a su vez es consecuencia de la propia evolución constitucional peruana, es el hecho de que no somos en estricto un modelo presidencialista puro, con absoluta primacía del Poder Ejecutivo sobre el resto de poderes, sino uno de características semi presidencialistas¹ en el que el constituyente se decanta por un riguroso equilibrio de poderes y en el que si bien el protagonismo mayor ciertamente lo tiene el Poder Ejecutivo, ello no supone de ninguna forma ignorar o minimizar los adecuados y necesarios mecanismos de fiscalización que son expresión directa de los frenos y contrapesos que todo esquema republicano y democrático de gobierno supone.

6.13. En el contexto señalado, la existencia de instituciones como la vacancia presidencial no responde a un propósito de sobre empoderar al Congreso de la República, sino de fortalecer el necesario control que de manera ocasional requiere un modelo en el que se dota al presidente de la República de importantes facultades que, si bien deben estar adecuadamente garantizadas, no deben suponer un mal uso en el ejercicio del poder. La razón por la que la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente existe como una causal abierta no se atribuye pues a un deseo de permitirle al Congreso aplicarla de manera indiscriminada o abusiva, sino a la necesaria compaginación de lo que representa el control como instrumento de fortalecimiento constitucional.

6.14. Ahora bien, el hecho de que la citada causal pueda ser utilizada excepcionalmente y por razones perfectamente justificadas, tampoco supone, como ya lo hemos adelantado, un desconocimiento de su procedencia dentro de los estrictos parámetros constitucionales.

6.15. Finalmente y aunque no es materia de la controversia, dejo en claro que acorde con lo señalado en los considerandos precedentes, no encuentro viable pretender establecer un quorum distinto o mucho mayor al expresamente previsto en el artículo 89A del Reglamento del Congreso de la República y que ya establece *per se* una mayoría rigurosamente calificada para que dicho Poder del Estado adopte una decisión de vacancia presidencial por incapacidad moral, no solo porque dicha norma precisamente fue adoptada como consecuencia de una exhortación realizada por el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia emitida en el expediente 0006-2003-AI/TC (lo que dice mucho de su origen razonable), sino porque limitar una atribución de modo exagerado convertiría dicha facultad congresal en una fórmula carente de todo efecto práctico, permitiendo que quienes asuman en el futuro el alto cargo de presidente de la República puedan abusar del poder que ostentan en evidente menosprecio del control auspiciado desde la propia Constitución.

1 El diseño de nuestro sistema de gobierno no es un sistema presidencialista propiamente dicho. Y ello es así porqué de acuerdo con Domingo García Belaúnde, Enrique Bernal Ballesteros, Cesar Delgado Güembes, entre otros, tenemos un régimen de gobierno que requiere necesariamente del voto de investidura del gabinete ministerial del Congreso, más tal voto de investidura carece de efectos con relación a la política general que pudiera implementar el presidente la República durante su gestión, entre otras diferencias.

6.16. Por lo demás, está claro que el Tribunal Constitucional no es tampoco un órgano legislativo que deba actuar con manifiesto decisionismo. Si bien puede recomendar formulas vía exhortación ello lo puede hacer en la medida de que las mismas no supongan invadir otros fueros o competencias legítimamente reconocidas sobre el resto de poderes y órganos constitucionales.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Para evitar que otros interpreten y modifiquen mi voto, dejo constancia de que suscribo totalmente los argumentos y el fallo de la sentencia de mayoría, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda por haberse producido la sustracción de la materia. Sin embargo, emito este fundamento de voto porque, en mi opinión, en este caso hay una razón adicional para declarar su improcedencia. El petitorio de la demanda exige también un pronunciamiento respecto a una cuestión sustancialmente igual a la que ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00006-2003-AI/TC. Me explico:

La presente demanda competencial fue planteada el 14 de setiembre, ante la admisión de la Moción de Orden del Día 12090, Caso Richard Cisneros. Sin embargo, días después de planteada la demanda, dicha moción fue debatida y votada en el Pleno del Congreso de la República, donde no obtuvo los votos requeridos por el artículo 89-A de su Reglamento para ser aprobada; por tanto, tal moción fue archivada. De esta manera, ocurrió la sustracción de la materia controvertida en este proceso. En un proceso competencial, la materia a evaluarse debe ser un acto concreto de alguna entidad estatal que menoscaba las atribuciones constitucionales de otra entidad estatal. Al desaparecer dicho acto, ya no hay nada que analizar.

Ahora bien, ocurre que el petitorio de la demanda no es claro o preciso, y pretende ir más allá de la Moción de Orden del Día 12090. La demanda, en efecto, asegura que no busca defender al expresidente Martín Vizcarra frente a dicha moción sino que solicita que el Tribunal Constitucional “precise” la causal de vacancia del presidente de la República por “permanente incapacidad moral”, establecida en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución, para evitar su uso arbitrario:

La presente demanda no tiene por objetivo establecer argumentos de defensa del presidente de la República con relación a los hechos e imputaciones contenidas en la Moción de Orden del Día N° 12090, sino lograr que el Tribunal Constitucional, a partir de la *precisión sobre los alcances constitucionales de la competencia del Congreso para declarar una vacancia presidencial por permanente incapacidad moral*, garantice el ejercicio de las competencias que la Constitución Política de 1993 le otorga al Poder Ejecutivo durante el período de cinco años para el cual ha sido elegido, *evitando a su vez que sea empleada de forma arbitraria como mecanismo de control político y sanción para dar por concluido un mandato presidencial* [énfasis añadido].

Este asunto, sin embargo, es sustancialmente igual al que resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00006-2003. Dicha sentencia precisó el uso

de la vacancia por incapacidad moral, sugiriéndole al Congreso incluir en su Reglamento un procedimiento *ad-hoc* para el trámite de tales mociones. El Tribunal Constitucional también sugirió elevar a dos tercios del número legal de miembros del Congreso la votación requerida para la aprobación de las mismas. Ambas sugerencias fueron recogidas por el Congreso el año 2004, introduciendo el artículo 89-A a su Reglamento. El Tribunal Constitucional no puede ir más allá, como pretenden mis colegas que acogen la presente demanda. El Tribunal Constitucional, vía interpretación, no puede reescribir la Constitución. El inciso 2 del artículo 113 de la Constitución le otorga al Congreso la atribución de declarar la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República en cualquiera de los cinco años de su mandato. El Tribunal Constitucional no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución.

En realidad, de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término “incapacidad moral” podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes decidieron otorgarle al Congreso ese *mecanismo de control*, y lo hicieron:

Artículo 113.- La Presidencia de la República vaca por:

(...)

2. Su permanente incapacidad moral o física, *declarada por el Congreso* [énfasis añadido].

El 2001, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional Peruana, convocada por Valentín Paniagua, propuso sustituir el término “permanente incapacidad moral” por el de “conducta incompatible con la dignidad del cargo”, que no es menos indeterminado. El 2002, al avanzar el proceso de reforma constitucional, en el “Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional”, la Comisión de Constitución del Congreso optó por la fórmula de “conducta incompatible con la dignidad del cargo o incapacidad moral”, dejando claro que ambos términos eran sinónimos. Ni siquiera en ese momento, en el que se intentaba hacer una reforma total de la Constitución, se pensó retirarle dicha atribución al Congreso.

Llama la atención la conducta del procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo. El año pasado, al contestar la demanda contenida en el Expediente 00006-2019-CC/TC, caso disolución del Congreso, nos solicitó que realizáramos una interpretación *amplia* de la facultad del Poder Ejecutivo de plantear cuestiones de confianza, de modo que incluyera competencias exclusivas del Congreso y su denegación fáctica. Hoy pretende que realicemos una interpretación *estrecha* de la atribución del Congreso de

declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral. El Tribunal Constitucional no debe prestarse a hacer interpretaciones *ad hoc*.

Finalmente, cabe recordar también que la vacancia por incapacidad moral está recogida en Constituciones de países tanto parlamentaristas como presidencialistas. Un ejemplo de los primeros es Italia, donde su sola amenaza llevó a la dimisión de Francesco Cossiga, en sus últimos meses de mandato en 1992. En los Estados Unidos de América, un ejemplo de los segundos, su uso ha sido más frecuente. En los últimos cincuenta años, han habido allí tres procesos de vacancia por incapacidad moral: en 1975, contra Richard Nixon; en 1998, contra Bill Clinton; y, en 2019, contra Donald Trump. Nixon renunció, al igual que Cossiga, ante su sola amenaza (como, por cierto, lo hizo aquí Pedro Pablo Kuczynski). Empero, en los casos de Clinton y Trump lo que evitó la vacancia fue la intervención del Senado.

Por ello, para evitar enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente, el Perú —cuyo sistema de gobierno combina elementos parlamentaristas y presidencialistas— debería volver a tener un Senado. Me atrevo a sugerir que el Congreso de la República pondere esta reforma constitucional puntual, que contribuiría a la afirmación de la democracia peruana. En un Congreso unicameral, pueden cometerse errores más fácilmente que en uno bicameral; una cámara de revisión, por definición, contribuye a que se reflexione más las decisiones que se adoptan. Karl Loewenstein dijo:

El control intraorgánico más importante consiste en la división de la función legislativa, que, como tal, está distribuida entre dos ramas separadas de la asamblea que se controlan y limitan mutuamente. Este es el significado del sistema bicameral.

Por tanto, ya que esto es lo que pienso sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ Y DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Lo que la experiencia de la justicia constitucional ha revelado es, justamente, la aparición de un reino nuevo donde extender el imperio del Derecho, un reino hasta entonces dejado al capricho y al arbitrio de los políticos, el reino de la Constitución, concebida no como una simple decisión existencial, consumada en un momento único y remitida en su suerte a todos los avatares y las pasiones de la lucha política ulterior, sino como una norma jurídica efectiva, que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social y que es capaz de funcionar normativamente como clave, de bóveda del sistema jurídico entero. El sistema de la justicia constitucional ha conquistado, pues, nuevas tierras al imperio del Derecho para extender a ellas naturalmente la función pacificadora e integradora que el Derecho asegura como el primero de sus logros.

Eduardo García de Enterría

Conforme a nuestro irrenunciable deber de magistrada y magistrado constitucionales, elaboramos el presente voto porque no compartimos, de ninguna forma, ni las razones ni la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas. La demanda no debió declararse improcedente por sustracción de la materia, sino más bien debió ingresarse al fondo del asunto y declararla **FUNDADA**, pues está acreditado el uso indebido de la vacancia presidencial por parte del Poder Legislativo, así como la afectación de las competencias de la Presidencia de la República para dirigir la política general de gobierno.

En los últimos años el Congreso de la República ha apelado frecuentemente a la noción de la incapacidad moral para justificar pedidos de vacancia presidencial, lo que ha generado escenarios de graves tensiones políticas, que hacían imprescindible e impostergable un pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional sobre esta causal. Sólo así se hubiera hecho prevalecer sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, y acabar de este modo con la incertidumbre e inseguridad jurídica generadas por las referidas tensiones políticas. Lamentablemente la mayoría del Tribunal ha decidido rechazar la improcedencia de la demanda por argumentos formales que carecen de justificación.

Estructuraremos nuestro pronunciamiento abordando los siguientes tópicos: 1) antecedentes del caso; 2) delimitación de la controversia competencial; 3) la vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral en el constitucionalismo peruano:

3.1. Historia constitucional de la vacancia presidencial por causal de incapacidad moral y 3.2. La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en la historia reciente; 4) La causal de vacancia presidencial por causal de incapacidad moral en la Constitución Política de 1993: 4.1. Sobre la naturaleza de la vacancia presidencial, 4.2. La norma constitucional contenida en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución, y 4.3. Sobre las garantías procedimentales para que la causal de permanente incapacidad moral sea utilizada en un sentido conforme con la Constitución; 5) Análisis del caso concreto; y 6) Efectos de la sentencia en el presente caso.

§1. ANTECEDENTES DEL CASO

Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El demandante sostiene que el Congreso de la República ha ejercido indebidamente su competencia para iniciar el trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ya que afecta las atribuciones del Presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno y la facultad de los ministros para llevarla a cabo.
- Argumenta que en el presente caso existe un conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto. En este supuesto, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia; sin embargo, uno de ellos realiza un indebido o prohibido ejercicio de la atribución que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.
- En ese sentido, manifiesta que los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son:
 - i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día 12090); y,
 - ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia como resultado de la admisión a trámite de la moción.
- Alega que existen antecedentes, tanto a nivel interno como internacional, de acciones de control a través de instancias jurisdiccionales, sobre la actuación del Congreso de la República respecto al ejercicio de competencias que le han sido reconocidas por la Constitución.
- El procurador público de la parte demandante acota que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, determinó que el procedimiento de acusación constitucional llevado a cabo por el Congreso de la República contra los magistrados denunciados en la controversia, afectó las garantías del debido proceso reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

- Añade que, en el 2018, la Corte IDH en la resolución de medidas provisionales del caso Durand y Ugarte vs. Perú realizó un control sobre el proceso de acusación constitucional seguido por el Congreso de la República contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional y ordenó el archivo del referido proceso.
- El demandante refiere además que un elemento esencial de todo Estado constitucional es el respeto al principio de separación de poderes. Alega que el Tribunal Constitucional ha señalado que las dimensiones de dicho principio son la solución democrática, cooperación, balance entre poderes y el principio de separación de poderes propiamente dicho.
- Argumenta que, en el presente caso, el uso indebido por parte del Congreso de la República de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contraviene el principio de separación de poderes.
- El procurador público del Poder Ejecutivo manifiesta que, de acuerdo con el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, corresponde al presidente de la República “dirigir la política general del gobierno”. Por su parte, el artículo 119 del texto constitucional reconoce la competencia de los ministros para ejecutar dicha política.
- Asevera que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 112 de la Constitución, todas las entidades del Estado deben respetar el período de duración del mandato presidencial. Sostiene que, aquellos mecanismos a través de los cuales se pueda constitucionalmente determinar que dicho período de gobierno debe concluir antes de lo previsto, deben cumplir determinados requisitos tanto de fondo como de procedimiento.
- Aduce que, una de las garantías para el adecuado desempeño de las competencias que corresponden al Presidente de la República, se encuentra establecida en el artículo 117 de la Constitución. Dicha disposición constitucional tiene por objetivo garantizar que el más alto funcionario del Estado pueda ejercer adecuadamente el cargo sin que sus competencias se vean entorpecidas como consecuencia del trámite de denuncias presentadas en su contra.
- Por ello, concluye en este aspecto que las competencias asignadas por la Constitución al Congreso de la República no pueden ser utilizadas para impedir que el Presidente de la República dirija la política general del gobierno durante los cinco años por los cuales ha sido elegido, ni para impedir que los ministros de Estado la ejecuten.
- Sostiene que el artículo 113 de la Constitución establece los supuestos en los cuales se produce la vacancia presidencial. Señala que dicha disposición constitucional tiene como finalidad identificar aquellas situaciones objetivas que den cuenta de un hecho concreto que impida que una persona pueda seguir ejerciendo el cargo de presidente de la República.
- Sin embargo, alega que dicha institución no implica un mecanismo de control político. Pues de lo contrario se estaría afectando el modelo de frenos y contrapesos que rige en nuestro sistema constitucional.

- Por ello, señala que la aplicación de esta causal de vacancia debe ser restrictiva, únicamente cuando el Presidente de la República se encuentre imposibilitado de ejercer el cargo por haberse configurado su permanente incapacidad moral.
- Sostiene que dicha causal no puede ser empleada por el Congreso de la República como un mecanismo de control político respecto del Poder Ejecutivo. Es decir, alega que no debe ser utilizada para evaluar acciones u omisiones del presidente de la República durante el período de gobierno, ya que de hacerlo se desnaturalizaría la institución de la vacancia presidencial lo cual supondría una afectación del equilibrio de poderes.
- El demandante advierte que el procedimiento de vacancia presidencial ha sido establecido en el Reglamento del Congreso de tal manera que se asemeja a un proceso sancionatorio contra el Presidente de la República.
- Añade que, si bien dicha norma establece reglas de procedimiento relacionadas con las etapas correspondientes, no define cuáles son los supuestos o criterios que deben tomarse en cuenta para identificar aquellas conductas (acciones u omisiones) del Presidente de la República que puedan ser calificadas como permanente incapacidad moral.
- Así las cosas, alega que le corresponde al Tribunal Constitucional disponer que la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral no puede ser considerada como un mecanismo de control político respecto del Presidente de la República.
- Advierte que, en el presente caso, del contenido de la Moción de Orden del Día 12090, se desprende que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral no se sustenta en algún hecho objetivo que le impida al presidente de la República continuar ejerciendo sus funciones, sino que, por el contrario, se basa en argumentos sujetos a debate e interpretación, tanto desde un punto de vista jurídico como político y que, dicha situación, reflejaría la intención del Congreso de emplear la vacancia presidencial como un mecanismo de control político.
- Finalmente, el demandante enfatiza que la presente controversia debe ser analizada tomando en cuenta el actual escenario político, a fin de hacer prevalecer los límites impuestos por la Constitución a la competencia del Congreso de la República.

Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, se exponen los siguientes argumentos:

- El procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo sostiene que la demanda ha devenido en improcedente por incurrir en la causal de sustracción de la materia. Refiere que, según Manuel Valverde, la sustracción de la materia, “solo se puede dar *ex post* de interpuesta la demanda; esto es, debe surgir la causal de la sustracción de la materia después de que se admita la demanda hasta –por lo general– antes de expedirse la sentencia final”.

- Añade que, según Eugenia Ariano, “la desaparición del interés para obrar, tiene estrecha relación con la pretensión como objeto del proceso, en la medida que es sobre este último que recaerá la afectación del interés para obrar, bien debido a la satisfacción extraprocesal o a cualquier otro evento que provoque un efecto idéntico”.
- En ese sentido, señala que según el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto competencial se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.
- Argumenta que, a diferencia de lo ocurre en los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular, el proceso competencial no está dirigido a evaluar la compatibilidad abstracta de normas jurídicas con el ordenamiento constitucional o legal.
- Refiere que, al resolver este tipo de procesos, el Tribunal Constitucional a menudo ejerce su función ordenadora y, de esa manera, contribuye a clarificar la distribución de competencias establecida por la Constitución Política del Estado. Alega que si no existe un conflicto, que debe basarse necesariamente en cuestiones de hecho, no puede ser procedente una demanda competencial.
- Sostiene que, es evidente que el proceso competencial está diseñado para evaluar hechos y situaciones jurídicas concretas. Por lo tanto, desde ese punto de vista, anota que este proceso es más próximo a los procesos de la libertad (habeas corpus, amparo y habeas data) que a los de control abstracto (inconstitucionalidad y acción popular).
- Argumenta que la posibilidad de plantear una demanda competencial se encuentra supeditada a la existencia de un conflicto, ya que de lo contrario este proceso deventraría en un mecanismo a través del cual los sujetos legitimados para demandar podrían solicitar que el Tribunal Constitucional se pronuncie, en cualquier momento, sobre una presunta ambigüedad en la distribución de competencias establecida por nuestra Constitución.
- El procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo sostiene que, si ello ocurriera, no estaríamos ante un proceso destinado a resolver una controversia sino, más bien, ante un mecanismo vinculante de consulta en el cual el Tribunal Constitucional estaría llamado a resolver casos hipotéticos y/o a realizar interpretaciones en abstracto, lo cual no es admisible en nuestro sistema constitucional.
- Refiere que, si se permitiera que el proceso competencial se configure como un mecanismo vinculante de consulta, se alteraría profundamente el equilibrio de poderes, reconocido en el artículo 43 de la Constitución.
- Sobre esta base, manifiesta que, a través del proceso competencial, el Tribunal Constitucional, únicamente está autorizado para resolver los conflictos que efectivamente se producen entre los sujetos legitimados para demandar y ser demandados. Alega que,

por regla general, no puede emplearse este proceso para resolver conflictos que no existen, o que han desaparecido durante la tramitación del proceso.

- Respecto al caso concreto, el procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo manifiesta que se debe considerar que en la sesión de fecha 18 de setiembre de 2020, la moción de vacancia obtuvo solo 32 votos, con lo cual se acredita que el conflicto específico que dio origen a la interposición de la demanda ha desaparecido, y, por lo tanto, la demanda deviene improcedente por haberse producido la sustracción de la materia.
- Por otro lado, sin perjuicio de ello, manifiesta que, en el presente caso, la demanda no ha sido interpuesta en defensa de una potestad concreta del Poder Ejecutivo cuyo ejercicio esté impedido o se encuentre disminuido por causas imputables al Congreso de la República. Por el contrario, ha sido presentada en defensa del señor Martín Vizcarra Cornejo, como presidente de la República, con la finalidad de que no sea vacado del cargo por aplicación del artículo 113, inciso 2, de la Constitución.
- Por ello, alega que la presente demanda no tiene carácter competencial puesto que no está en discusión el ejercicio de ninguna de las competencias constitucionales que corresponden al Poder Ejecutivo, sino únicamente la continuidad en el cargo de un funcionario público, concretamente, el señor Martín Vizcarra Cornejo como Presidente de la República.
- Manifiesta que, como resulta evidente, las controversias que verdaderamente tienen carácter competencial suponen una discusión respecto a la titularidad y/o la forma de ejercer las competencias constitucionales, lo que es independiente de cualquier consideración *intuitu personae*.
- Añade que, desde el punto jurídico constitucional, el alcance y la capacidad de ejercer las competencias del Poder Ejecutivo es independiente de la identidad del presidente de la República, de los ministros o de cualesquiera otros funcionarios públicos.
- Refiere que, la potestad presidencial reconocida en el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, no se configura constitucionalmente en función de las personas o de los periodos de gobierno: le corresponde al presidente de la República por imperio de la Constitución, independientemente de quien ocupe el cargo y del periodo de gestión del que se trate.
- Por otro lado, subraya que, la doctrina entiende por capacidad a la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos, o la aptitud para adquirir y contraer deberes jurídicos, y también, como la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas.
- En esta línea, asevera que existe un consenso que tiende a identificar a la capacidad jurídica como la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas, mientras que la capacidad de ejercicio es la aptitud para ponerlas en actuación. Por ello, ambas, constituyen el momento estático y dinámico de la categoría jurídica denominada sujeto de derecho.

- Manifiesta que, la incapacidad moral es una expresión que proviene del derecho canónico y del derecho privado francés, en oposición a la incapacidad física y equivalente de incapacidad intelectual.
- Añade que, la interpretación de la incapacidad moral formulada desde el derecho civil se corresponde con una de las acepciones recogidas del vocablo moral en el Diccionario de la Real Academia Española, que la identifica como el “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico”.
- Argumenta que esta interpretación civilista de la incapacidad moral como causal de vacancia de la presidencia de la República presenta, no obstante, una importante limitación: ya que no alcanza a cubrir todos los aspectos de lo que debe entenderse como lo moral, en especial, en su relación con la aptitud del presidente de la República para ejercer la más alta magistratura de la Nación.
- Por ello, se adhieren a la postura de Paul Ricoeur, que concibe a la moral en su relación con el campo de lo obligatorio, marcado por las normas, las obligaciones, las prohibiciones, caracterizadas a la vez por una exigencia de universalidad y por un efecto de coerción. Añade que, desde este enfoque, toda referencia que se haga a la moral está indudablemente relacionada con las costumbres, las reglas de conducta admitidas en una época y en una sociedad determinada.
- Para el procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo, hablar de lo moral es aludir a un parámetro obligatorio de conducta fijado por una sociedad determinada que, como tal, es susceptible de ser transgredido debido a diversos factores y no, únicamente, por deficiencias psíquicas de un sujeto dado.
- Refiere que, si se tiene en cuenta que la finalidad de la vacancia presidencial es impedir que el presidente de la República continúe en el ejercicio del cargo debido a circunstancias valoradas como especialmente graves, según la tipología establecida en el artículo 113 de la Constitución, la incapacidad moral como causal debe interpretarse en el sentido de un quebrantamiento de los parámetros de conducta admitidos en una época y por una sociedad determinadas que afectan gravemente la dignidad del cargo y, además, son fuente de potenciales o concretos conflictos políticos que pueden hacer inviable el normal desenvolvimiento de la comunidad política.
- A la luz de estas razones y citando a Emile Durkheim, sostiene que la correcta interpretación de la incapacidad moral como causal de vacancia de la presidencia de la República es aquella que la identifica con “la falta de aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo, por haberse acreditado objetivamente una conducta pública o social gravemente venal, corrupta, licenciosa u ofensiva a las convicciones éticas de la ciudadanía, que deja constancia de una atrofia de las nociones de corrección e integridad de ánimo”.
- Refiere que, la incapacidad moral es, en definitiva, una situación pública que hace evidente la incapacidad hasta el extremo de interferir las funciones presidenciales y

hacer aconsejable su remoción. Para estos efectos, señala que la permanente incapacidad moral declarada por el Congreso tiene que ser puesta en sus justos términos: es una decisión política, no técnica, que toma el Congreso, pero en función de una realidad existente que es atribución suya ameritar.

- Por lo tanto, asevera que claramente el Constituyente ha confiado al Parlamento ser el intérprete de esta causal ante la comunidad política, de modo exclusivo y excluyente. A él le corresponderá determinar la existencia o no de una situación política que califique como incapacidad moral del Presidente de la República suficientemente grave como para justificar vacancia de la presidencia de la República.
- Por otro lado, aduce que, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende que la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente se relaciona con el voto de censura ministerial, ya que ambos constituyen procedimientos de control político.
- A partir de ello, señala que, desde una interpretación acorde con los criterios jurisprudenciales establecidos por el propio Tribunal Constitucional, el artículo 113 inciso 2 de la Constitución, debe interpretarse en el sentido que el Congreso de la República puede declarar la vacancia de la presidencia por permanente incapacidad moral cuando el titular del Poder Ejecutivo incurre en conductas reprochables que resultan incompatibles con la dignidad de su cargo, independientemente de si tales conductas corresponden a las descritas en el artículo 117 de la Constitución.
- Arguye que nuestra tradición constitucional, que ha reconocido desde la Constitución de 1839 la potestad del Congreso de la República para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ha admitido en modo uniforme su intrínseca relación con la comisión por parte del presidente de la República de conductas reñidas con la dignidad de su cargo, con prescindencia de si constituyen o no delitos previstos y penados por la legislación vigente
- Refiere que esta figura no tiene nada que ver con el desequilibrio y/o incapacidad mental de la persona que ejerce el cargo presidencial, ya que dicho supuesto se ha trasladado a la permanente incapacidad física, que también es una causa de declaración de vacancia presidencial, conforme lo establece el mismo artículo 113 inciso de la Constitución.
- Alega que, la propia aplicación de la vacancia presidencial en nuestra historia republicana revela que las razones que motivaron la vacancia presidencial partieron de una evaluación política de la idoneidad moral de los presidentes de la República involucrados y no de la pérdida de la integridad psíquica o mental.
- Finalmente, enfatiza que la Moción de Orden del Día 12090 fue admitida a trámite, discutida y desestimada dentro de los márgenes de un debido proceso en sede parlamentaria. Refiere que la vacancia presidencial solicitada obedeció a una evaluación política de los graves hechos que suscitaron la presentación de la moción de vacancia.

- Agrega que, habiéndose fijado el 18 de septiembre de 2020 como fecha para el debate y votación del pedido de vacancia, se presentaron en esa fecha, tanto el presidente de la República, Sr. Martín Vizcarra, como su abogado defensor, los cuales hicieron uso de la palabra y luego de un extenso debate se terminó rechazando la moción de vacancia, con lo cual se acredita también la sustracción de la materia en el presente proceso competencial.

§2. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSI A COMPETENCIAL

1. De lo expuesto precedentemente, se desprende para resolver la presente controversia debe determinar:
 - i) Si el acto de admitir a trámite una moción de vacancia presidencial por incapacidad moral realizado por el Congreso de la República fue irregular; y, solo en el caso de que lo haya sido, verificar si esa actuación irregular afectó el ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo; lo que exige, a su vez, determinar,
 - ii) Cuáles son los alcances normativos de la disposición constitucional establecida en el artículo 113 inciso 2 sobre la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral.
2. El Congreso de la República sostiene que la demanda debe ser declarada improcedente por incurrir en causal de sustracción de la materia, toda vez que en la sesión del Pleno de fecha 18 de setiembre de 2020, el pedido de vacancia fue desestimado ya que solo contó con el respaldo de 32 votos. Por ello, sostiene el demandado que carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre el supuesto conflicto competencial incoado.
3. No compartimos tal criterio y ratificamos la competencia jurisdiccional que le asiste al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el fondo de la discusión en el presente caso, principalmente, por las siguientes razones:
 - i) De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 112 del Código Procesal Constitucional, el procedimiento en el proceso competencial se sujeta, en lo que resulte pertinente, a las reglas propias del proceso de inconstitucionalidad. En consecuencia, resulta aplicable el artículo 106 del Código Procesal Constitucional, y, por lo tanto, corresponde concluir que, una vez admitida la demanda competencial, independientemente de la actividad o interés de las partes, el Tribunal Constitucional, atendiendo al interés público de la pretensión discutida, impulsa el proceso y este solo concluye con la emisión de la sentencia;
 - ii) La resolución de un conflicto competencial no depende de que el procedimiento en el que se enmarca el acto presuntamente viciado haya concluido, porque, como establece el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, la sentencia estimatoria “anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia”. Es decir, que si el Tribunal Constitucional considera que un acto se encuentra viciado dicha resolución supondría también la nulidad de todos los actos acaecidos con posterioridad que sean resultado o consecuencia de aquel primero;

- iii) Si como aduce el demandado, el Tribunal Constitucional se encontrase impedido de abordar la cuestión controvertida porque el pedido de vacancia fue finalmente desestimado con anterioridad a la emisión de la sentencia, ello conllevaría a sostener que bastará que un procedimiento viciado se lleve a cabo con suficiente celeridad como para frustrar la intervención de este órgano de control de la Constitución. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que sería suficiente con que la actuación que manifiesta el presunto menoscabo a las competencias de un poder del Estado u órgano constitucional cese antes de la expedición de la sentencia para que carezca de objeto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Un razonamiento en ese sentido resulta contrario a los fines que cumple este Tribunal, que integra, ordena y pacifica las relaciones entre los poderes públicos entre sí, como lo exige la naturaleza del caso de autos.
4. Por todo lo expuesto, concluimos que independientemente del resultado del procedimiento de vacancia derivado de la Moción de Orden del Día 12090, es decir, aun cuando finalmente dicha iniciativa hubiese sido desestimada con anterioridad a la expedición de esta sentencia o, en todo caso, luego de la admisión a trámite de la demanda, el Tribunal Constitucional mantiene su competencia para emitir una decisión sobre el fondo de la controversia en atención a los principios y reglas que rigen los procesos constitucionales y que, en particular, son aplicables al conflicto competencial.

§3. LA VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR INCAPACIDAD MORAL EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

5. Como ha quedado establecido, en el caso de autos, la controversia a resolver es una de carácter competencial que requiere tomar en cuenta la interpretación que el Tribunal Constitucional ha de realizar sobre los alcances normativos de la disposición constitucional establecida en el artículo 113, inciso 2 sobre la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral.
6. Sin perjuicio de ello, consideramos indispensable determinar los términos en que fuera incorporada esta causal al ordenamiento constitucional peruano, ya que se ha conservado en el artículo 113.2 de la Constitución vigente con ligeras variantes y, su desarrollo en la constitución histórica, puede colaborar a determinar su alcance.

3.1. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR CAUSAL DE INCAPACIDAD MORAL

7. La historia de la incapacidad moral en el constitucionalismo peruano aparece incluso antes de que este exista propiamente. En efecto, la Constitución española de 1812 es una norma extranjera que se juró en territorio peruano y establecía que el gobierno sería asumido por la Regencia cuando el Rey “se halle imposibilitado de ejercer su autoridad por cualquier causa física o moral”.

8. La Constitución Política de la República Peruana de 1823 y la Constitución para la República Peruana de 1826 no incluyeron previsión alguna respecto de la vacancia por incapacidad moral. Sin embargo, ello no impidió la existencia de considerables tensiones entre el Ejecutivo y el Congreso. Sobre ello, uno de los primeros enfrentamientos entre ambos poderes se pudo advertir a propósito de los constantes conflictos entre José de la Riva Agüero y el Congreso de la República en el año 1823, el cual generó desde la expedición de un decreto para la disolución del Congreso hasta la declaración de exoneración para que el Presidente de la República deje su cargo. El primero de estos actos se había justificado en la “seguridad de la obra independizante que se estaba realizando y la remoción de los obstáculos que se opusieran a lograr la libertad” [De Rávago, Enrique (1999). *El Gran Mariscal Riva Agüero, primer Presidente y Prócer de la peruanidad*. Lima: Edición privada, p. 138]. Por otro lado, en relación con lo dispuesto por el Poder Legislativo, en el “Decreto del Congreso Constituyente exonerando a Riva Agüero del Gobierno del Perú” se indicaba que

“[t]eniendo en consideración lo expuesto verbalmente por el Presidente de la República a los Señores Presidente y dos diputados del Soberano Congreso, asegurando que estaba llano a dimitir el mando y retirarse al punto que la Representación Nacional designase, y siendo indispensable tomar las medidas necesarias para conservar la unión y activar la cooperación de todas las autoridades y ciudadanos para el grande objeto de salvar la patria y afianzar la libertad; ha venido en decretar y decreta: 1. Que el Gran Mariscal D. José de la Riva Agüero queda exonerado del gobierno”.

9. Otro de los episodios en los que se va a presenciar una fuerte pugna entre el Presidente de la República y el Congreso -esta vez, en el marco de la vigencia de la Constitución de 1828- se presentará a raíz de una fuerte polémica que involucraría a Agustín Gamarra y a Francisco de Paula Gonzáles Vigil. La Constitución de 1828 establecía que le correspondía a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, y otros altos funcionarios por diversos delitos e infracciones a la ley fundamentales. De este modo, el Consejo de Estado había enviado a la Cámara de Diputados una lista de todas aquellas infracciones cometidas en las administraciones de Gutiérrez de la Fuente y Agustín Gamarra. El procedimiento iniciado en el Congreso en contra de este último tuvo como protagonista, por ser la persona que sustentó la acusación, a Francisco de Paula Gonzáles Vigil. En su conocido discurso, y al hacer referencia a la acusación, sostuvo que

en las infracciones declaradas por la Cámara hay algunas en que el Ejecutivo ha puesto contribuciones, ha impedido a las juntas departamentales el libre ejercicio de sus funciones, y ha atacado las garantías individuales. El Ejecutivo ha doble el impuesto sobre el papel sellado, ha disuelto en esta ciudad la junta departamental mandando salir a fuera tres de sus miembros, y ha expulsado del país sin preceder sentencia judicial al ciudadano Jaramillo, siendo de notarse que ésta última infracción ha sido declarada tal por las dos Cámaras. Estos hechos (o uno que fuera) aun cuando no hubiese otros, serían bastantes para proceder con toda justicia y entablar

la acusación” [González Vigil, Francisco (2019). Yo debo acusar, yo acuso. En: Bákula, Cecilia (compiladora). Textos y testimonios para comprender el Perú en el bicentenario. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 378].

10. Pese a lo elocuente del discurso, en aquella oportunidad no prosperó la acusación en contra de Agustín Gamarra al no contarse con los votos suficientes para dicha empresa.
11. Con la Constitución Política de la República Peruana de 1834 se incorporó a nuestro ordenamiento constitucional un listado de causales de vacancia presidencial al establecer en su artículo 80 que:

“La presidencia de la República vaca por muerte, admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física, destitución legal y término de su período constitucional”.

12. En tanto que la causal específica de vacancia presidencial por incapacidad moral se estableció por primera vez en la Constitución Política de 1839, al disponer en su artículo 81 que “[l]a presidencia de la República vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad e independencia nacional y de derecho, por admisión de su renuncia, **perpetua imposibilidad física o moral**, y término de su período constitucional” (énfasis nuestro). Al respecto, Toribio Pacheco, el que quizás sea uno de los principales comentaristas de este texto, sostenía que “[e]l presidente puede ser acusado por la cámara de representantes por traición, dilapidación del tesoro público, por otros grandes crímenes (indeterminados) o por mala conducta (*misdemeanors*)” [Pacheco, Toribio (2015). Cuestiones Constitucionales. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, p. 270]. Este procedimiento era considerablemente complejo, ya que iniciaba en la Cámara de Diputados, y luego era el Senado el encargarse de derivar este enjuiciamiento a la Corte Suprema de Justicia. Se puede perfilar que ya existía en la doctrina de la época una aparente distinción entre la determinación de supuestos de responsabilidad penal y aquellos supuestos en los que podía advertirse la existencia de actos graves que pudieran comprometer gravemente la imagen del Presidente de la República. Sin embargo, también se puede destacar que existía la necesidad de establecer un procedimiento riguroso y detallado para la determinación de responsabilidad del Jefe de Estado.
13. Por su parte, la Constitución de 1856 amplió los supuestos, ya clasificados como de hecho y de derecho por el texto fundamental anterior, que configurarían una vacancia presidencial:

“Art. 83. La Presidencia de la República vaca de hecho:

1° Por muerte.

2° Por celebrar cualquier pacto contra la independencia ó integridad nacional.

3° Por atentar contra la forma de Gobierno.

4° Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones ó disolverlo.

Vaca de derecho:

1° Por admisión de su renuncia.

2° Por **incapacidad moral o física**.

3° Por destitución legal.

4° Por haber terminado su período” (énfasis nuestro).

14. La Constitución de 1860, sin embargo, redujo las causales en virtud de las cuales se podía declarar la vacancia. Así, se limitó a establecer en su artículo 88 que:

“La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1° Por **perpétua incapacidad, física ó moral del Presidente**.

2° Por la admisión de su renuncia.

3° Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 65.

4° Por terminar el período para que fué elegido” (énfasis nuestro).

15. Bajo la vigencia de este mismo texto constitucional, José María Químper, al referirse al Poder Ejecutivo, señalaba en 1877 que

[e]l pueblo debe además ser muy reflexivo y muy justo apreciador de los méritos de sus conciudadanos, para designar como jefe ejecutivo al que más garantías preste, por sus virtudes y por su carácter. Se necesita pues buena organización y hombre competente: garantías legales y garantías personales. olo así será bien desempeñado el Poder Ejecutivo [Químper, José María (2017). *Derecho Político General*. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, p. 200].

16. La regulación constitucional fijada por la Constitución Política de la República de 1867 regresó a la distinción entre causales de hecho y de derecho planteada en 1839, disponiendo que:

“Art. 79. La Presidencia de la República vaca de hecho:

1° Por muerte del Presidente.

2° Por celebrar cualquier pacto contra la Independencia ó integridad nacional.

3° Por atentar contra la forma de gobierno.

4° Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones ó disolverlo.

Art. 80. Vaca de derecho:

1° Por admisión de su renuncia.

2° Por **incapacidad moral ó física**.

3° Por haber terminado su período.

4° Por sentencia judicial que lo declare reo del delito que motivó su suspensión conforme al artículo 79, incisos 2°, 3° y 4°.” (énfasis nuestro)

17. Otro fuerte enfrentamiento entre estos dos poderes del Estado se pudo apreciar en el episodio relacionado con la censura al Ministerio “Tiberiópolis” en 1867. Este tuvo lugar a propósito del Gabinete del que formaba parte el General Pedro Bustamante, el Reverendo Pedro José Tordoya, Obispo de Tiberiópolis, el Coronel Juan Miguel Gálvez, el Dr. Simón Gregorio Paredes y el Dr. José Narciso Campos. Luego de una tensa reunión, los integrantes de este colegiado procedieron a abandonar el salón, lo cual fue apreciado como una afrenta por parte del Poder Legislativo. A ello se agregó que, en un posterior oficio del Ministerio de Gobierno, se había solicitado enjuiciar al congresista Casós, el cual había realizado severas críticas en contra de los ministros. Luego de ello, serían nuevamente convocados, negándose a concurrir porque, según alegaban, solamente se iba a repetir el altercado.
18. Todos estos sucesos generaron que el Congreso envíe una comisión para interpelar al Presidente. Las tensiones terminaron con la presentación de la dimisión del Gabinete, y con el intento de vacancia presidencial (presentado por el mismo Casós), este último rechazado debido a que existieron solo 27 votos a favor y 42 en contra de la referida propuesta [cfr. Villarán, Manuel Vicente (1994). Posición Constitucional de los Ministros en el Perú. Lima: Cultural Cuzco S.A, p. 153].
19. Por su parte, los cuatro textos constitucionales que rigieron el siglo pasado – incluida la vigente Constitución de 1993– mantuvieron una regulación de la vacancia presidencial bastante similar a la ya establecida en las cartas previas. No obstante ello, a partir del primer texto constitucional del siglo XX se incorporó expresamente la regla de que la vacancia por permanente incapacidad física o moral debía ser declarada por el Congreso.
20. Así, y ya durante el siglo XX, uno de los casos más conocidos relativos a pugnas entre el Ejecutivo y el Legislativo se pudo apreciar en la administración de Guillermo Billinghurst. Sobre ello, recuerda el historiador peruano Jorge Basadre que “[n]o existía precedente en el país de una pugna tan grave, salvo en el caso de Riva Agüero en 1823. Parlamentos hubo que, en momentos de gran agitación política, pretendieron fulminar al Presidente con una acusación como en 1832 o con la declaración de vacancia de la Jefatura de Estado en 1858 y 1867, pero sin lograr esos radicales objetivos” [Basadre, Jorge (1970). Historia de la República del Perú. Tomo XII. Lima: Editorial Universitaria, pp. 274 y 275]. En aquella oportunidad, el intento de disolver el Congreso de la República, para la posterior iniciación de un proceso de consulta popular, fueron los que motivaron el *impasse* entre ambos órganos. De este modo, el Congreso de la República elaboró un comunicado en los siguientes términos:

[...] si el Presidente de la República, no ha sabido aprovechar en beneficio del Perú, la enorme fuerza ocasional que lo llevó al poder, si su Gobierno, con pasmosa fecundidad para el mal, ha empequeñecido y desorganizado todo, la causa es exclusivamente suya y su responsabilidad le alcanza á él sólo.

No es menester repetirlo porque está en la conciencia pública: este desquiciamiento y esta anarquía, este desgobierno y esta ruina legal y social del Perú, es el producto desventurado, pero ineludible, de una voluntad personalista que, falta de control propio, rehacia al consejo, rebelde á la cultura é insujeta á la ley, maltrata y daña los intereses del Estado.

[...]

En presencia de situación tan grave, el Congreso asume sin vacilar la defensa de la República, y hace un llamamiento al civismo de la Nación, para que reivindique los fueros de su cultura, reconquiste su constitucionalidad, defienda el honor de la Patria y salve el honor del territorio y su integridad.

[...]

El momento es decisivo para la Nación, el Presidente de la República, colocándose fuera del régimen constitucional y legal, la precipita por pendiente pavorosa. Es preciso salvarla.

Con este propósito el Congreso Nacional asume la defensa de la República.

Y teniendo en consideración la serie de delitos perpetrados por el Jefe del Poder Ejecutivo, que causan irreparable daño á la nación y que revelan absoluta incapacidad moral para regir los destinos del Perú, el Congreso ejerce la atribución que le confiere el inciso 12 del artículo 59 de la Constitución y de conformidad con el artículo 88 de la misma, declara:

1°.- Que ha vacado la Presidencia de la República, porque don Guillermo Billinghurst, está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912 y en el cual cesa desde este momento;

2°.- Que don Guillermo Billinghurst queda fuera de la Constitución y de las leyes, conforme al precedente parlamentario de 23 de julio de 1872.

3°.- Que las fuerzas de mar y tierra no deben obediencia á don Guillermo Billinghurst; y

4°.- Que mientras el Congreso resuelve lo conveniente al ejercicio del Poder Ejecutivo, inviste de autoridad bastante para que en su nombre ejecute cuantos actos fueren necesarios al restablecimiento del régimen constitucional á una junta de representantes presidida por el Diputado por Lima doctor don Augusto Durand. Las autoridades y funcionarios públicos, el Ejército, la Armada y las fuerzas de policía de la Nación, acatarán en consecuencia sus disposiciones” [Diario El Comercio. Lima, 4 de enero de 1914].

21. Superado este episodio, con posterioridad asumió el poder Augusto B. Leguía, quien promoverá la aprobación de la Constitución de 1920. El artículo 115 de este documento establecía que

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1° Por **permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;**
- 2° Por admisión de su renuncia;
- 3° Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 96 (énfasis nuestro).

22. Por su parte, la Constitución Política de la República de 1933, en el artículo 144, estableció que:

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1° Por **permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso;**
- 2° Por la aceptación de su renuncia;
- 3° Por sentencia judicial que lo condene por los delitos enumerados en el artículo 150°;
- 4° Por salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y
- 5° Por no reincorporarse al territorio de la República vencido el permiso que le hubiere concedido el Congreso (énfasis nuestro).

23. Ahora bien, en el debate constituyente realizado durante el siglo XX sobre el tema que se viene abordando, se expresará preocupación sobre el alto grado de indeterminación semántica que caracteriza al concepto de incapacidad *moral*. Así puede observarse de la Sesión realizada el 4 de abril de 1932 por el Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933:

El señor **Paredes.-** [...] En efecto, el término moral, de suyo genérico, creo que ha sido tomado por la Comisión de Constitución, en el sentido de incapacidad mental, como acaba de explicar el señor Arca Parró; por lo que juzgo, como él, que debe emplearse la palabra mental, en vez de moral [...].

El señor **Bustamante de la Fuente.-** Yo creo que hay que mantener la redacción del Artículo propuesto por la Comisión de Constitución, dejando al congreso la facultad de apreciar la incapacidad del Presidente. No podemos entrar en detalles; y por esos es preferible usar un término general [...].

El señor Guevara.- [...] Teniendo en cuenta la incapacidad física, en el seno de la Comisión se había propuesto el término; pero, con el objeto de contemplar una mayor afluencia de facultades para el Congreso, se ha adoptado el otro término de incapacidad moral, que es mucho más amplio [...]. La incapacidad moral puede ser consecuencia de enajenación mental. Hay ciertas formas de enajenación mental que se traducen en manifestaciones inmorales. En el terreno de la moralidad, es frecuente que esas manifestaciones inmorales produzcan la vesania o alguna otra

forma de locura. El criterio del Congreso será, pues, fuera de sus antecedentes y de los hechos realizados, resolver si se trata de una incapacidad moral o de una incapacidad física. Si la locura es una forma tan grave como, por ejemplo, la locura paranoica, que incapacita fisiológicamente al individuo, esta incapacidad no sólo será incapacidad mental son incapacidad física.

Es claro que estos casos de incapacidad moral tienen relación con las buenas costumbres, y entre las buenas costumbres, con la forma como deben administrarse las rentas públicas, es decir, con la debida honradez, con la necesaria honorabilidad, tal como deben acatarse los principios constitucionales y el principio de las libertades (...).

El señor **Cuculiza.-** Refiriéndome a la ampliación propuesta por el señor Escardó alazar, para que se diga: “incapacidad psíquica, física y moral”, debo manifestar que, en mi concepto, el término psíquico comprende la incapacidad moral, puesto que dicho vocablo comprende todo el espíritu, con sus tres facultades bien definidas, que son: pensamiento, sentimiento y voluntad. Por consiguiente, encuentro que estaría de más la palabra moral.

24. Finalmente, la Constitución Política del Perú de 1979 al regular la incapacidad moral, al igual como lo hicieran en su momento los constituyentes de 1856 y de 1867, no exigió que dicha incapacidad sea permanente. Así, dispuso en el artículo 206 que:

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte por:

- 1.- **Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso.**
 - 2.- Aceptación de la renuncia por el Congreso.
 - 3.- Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de éste. Y
 - 4.- Destitución al haber sido sentenciado por alguno de los delitos mencionados en el artículo 210° (énfasis nuestro).
25. También existió en torno a esta carta un importante nivel de preocupación en la Asamblea Constituyente de 1979. En el debate llevado a cabo en el marco de la Vigésimo Tercera Sesión Permanente de la Comisión Principal de Constitución celebrada el 22 de febrero de 1979², los constituyentes expresaron:

El señor CORNEJO CHÁVEZ.- Pregunto, señor Presidente, si es deliberada la posibilidad de que un enfermo mental pueda ser Presidente de la República, porque

2 Diario de los Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo IV. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Comiprin/TomoCompleto/TomoIV.pdf> Consulta realizada el 5 de noviembre de 2020.

dice “por incapacidad física o moral”. ¿Así que el enfermo mental sí puede serlo? ¿Qué razones ha tenido la Comisión para proponer esta innovación?

[...]

El señor MELGAR.- No se ha puesto el término de enfermedad mental, porque la psiquiatría, feliz o lamentablemente, ahora ha ampliado su catálogo de diagnóstico de tal manera que no es posible hablar de una enfermedad mental. De repente el hombre más sano resulta con el diagnóstico de enfermo mental. Por eso hemos tenido el cuidado de no usar ese término.

[...]

El señor CHIRINOS SOTO (Enrique).- [...] En cuanto a la incapacidad moral que está considerada en la Constitución, es evidentemente difusa, la califica el Congreso por supuesto. Declarada por el Congreso es el tipo de incapacidad que se vio en Estados Unidos para precipitar la renuncia de Nixon. No había cometido tales o cuales delitos, pero había tenido una conducta inmoral. Entonces, a un hombre de esa conducta inmoral se le amenazó con el juicio constitucional. En este caso sería un tipo de incapacidad que, sin haber llegado el Presidente a la perpetración de delitos, moralmente lo inhabilita por razón muy difícil de determinar, pero que tendría que ser declarada.

Es de advertir que nunca en nuestra historia constitucional se han dado estos casos, pero podrían darse. Yo no sé si el señor Melgar estaría de acuerdo en poner, “por incapacidad física, mental o moral permanente”.

[...]

El señor VALLE RIESTRA.- El inciso está mal redactado de todas maneras, señor Presidente. Porque interpretándolo textualmente, se deduce lo siguiente: “Por incapacidad física o moral permanente”, de donde una incapacidad moral transitoria o accidental no sería causa de destitución. Quiere decir que, si el Presidente se redime de su inmoralidad o alguien la considera tal, entonces ya no hay una incapacidad permanente sino subjetiva.

Ahora lo de la “incapacidad física”, tal como está redactado, podría haber significado que Roosevelt no habría sido Presidente de los Estados Unidos. Tiene que ser, como dice el señor Aramburú: Incapacidad que lo imposibilite para el ejercicio de su cargo. Esto es cierto en la Constitución actual, pero está redactado mejor, porque dice, “por permanente incapacidad física o moral del Presidente”. Se está haciendo énfasis en la incapacidad física permanente y lo de la moral no lo pone.

El señor CHIRINOS SOTO (Enrique).- (...) Por ejemplo, en el caso de un ebrio, no comete delito; y el caso se ha dado en Ecuador, con el Presidente Arosemena;

hasta en un escándalo, no hay delito, no puede ser enjuiciado, pero hay una incapacidad moral.

Yo estoy de acuerdo con que la expresión es vaga, pero es indispensable, porque el Presidente podría incurrir en incapacidad moral”.

26. Asimismo, en el debate llevado a cabo en el marco de la 76° sesión de la Comisión Principal de Constitución realizada el 27 de junio de 1979³ se sostuvo lo siguiente:

El señor RAMÍREZ DEL VILLAR.- [...] El primer problema que tenemos es que no hay permanente incapacidad inmoral; la incapacidad es física o mental, pero no es moral; y el segundo que, en nuestro concepto, debe decirse: “el Congreso por una votación calificada”. Esa debe ser los dos tercios o algo por el estilo, porque no puede el Congreso por simple mayoría de asistentes declarar la incapacidad del Presidente de la República.

[...]

El señor CHIRINOS SOTO (Enrique).- Así es, hay incapacidad moral. La incapacidad moral consiste en que el Presidente de la República pueda incurrir en algún tipo de actos que no estén considerados en el artículo por el cual se pueda acusar; determinados tipos de actos que lo hacen moralmente incapaz; tipo “Watergate”. Ahora, el ponerle un quórum a esto, es alterar absolutamente nuestra tradición constitucional. Este artículo siempre está en todas las constituciones tal cual. Y la razón es muy sencilla: si el Presidente de la República va en un caso de incapacidad moral al Congreso, creo que el solo hecho de que vaya al Congreso hará que el Presidente se retire; (...). Nada de quórum, el quórum no salva al Presidente.

27. De todo lo expuesto, se infiere que el constitucionalismo histórico del Perú ha considerado entre los supuestos para vacar al Presidente de la República, el hecho de que este padezca una incapacidad física o que su comportamiento personal adolezca de falta de corrección moral, es decir, que sea tan reprobable que ya no es digno de seguir personificando a la Nación tal como establece el artículo 110 de la Constitución. Para nuestra Constitución histórica, al Presidente se le puede vacar por actos o por conductas, que, a pesar de no configurarse como delitos de función o infracciones a la *ley fundamental*, ponen en entredicho el valor que representa para la Nación el cargo de Presidente de la República.
28. Y, finalmente, el artículo 113 inciso 2 de la actual Constitución Política del Perú precisa que

3 Diario de los Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo VIII. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const9DD/Comiprin/TomoCompleto/TomoVIII.pdf> Consulta realizada el 5 de noviembre de 2020.

“La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. **Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.**
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución” (énfasis nuestro).

29. Tal como se observa de este recuento, salvo las constituciones de 1856, 1867 y 1979, el resto determinan el carácter permanente de la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial. Por ello, resultaba necesario precisar cuál ha sido el significado de este supuesto y la importancia de la tradición constitucional preexistente, a pesar de que, como se verá más adelante, la aplicación práctica de esta figura constitucional en nuestra vida republicana haya sido escasa.

3.2 LA INCAPACIDAD MORAL COMO CAUSAL DE VACANCIA PRESIDENCIAL EN LA HISTORIA RECIENTE

30. En aplicación de la Constitución de 1993, desde el año 2000 a la fecha en que se presentó la Moción de Orden del Día 12090 sobre el pedido de vacancia presidencial en contra de Martín Alberto Vizcarra Cornejo, se han tramitado en el Congreso de la República tres procedimientos de vacancia presidencial invocando la causal de incapacidad moral establecida en el artículo 113, inciso 2.
31. El 19 de noviembre de 2000, Alberto Kenya Fujimori Fujimori envió desde Japón una comunicación al despacho presidencial a través de la cual presentaba su renuncia al cargo. Fujimori había sido autorizado para viajar desde el 11 de noviembre de ese año, a fin de participar en la Cumbre de Líderes del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) que se realizaría en Brunei y luego se dirigiría a Panamá para asistir a la Décima Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado. Sin embargo, el 15 de noviembre, luego de realizar unas escalas no contempladas en el itinerario autorizado por el Congreso⁴, llegó a Brunei y abandonó la Cumbre antes de su culminación para dirigirse a Tokio.

4 En el Informe Final de la Subcomisión Investigadora designada por la comisión permanente para investigar las denuncias constitucionales 57, 58 y 87, respecto del delito de abandono de cargo se sostiene que “... el ex Presidente hizo escalas en Acapulco (México), an Francisco (EE.UU) y Manila (Filipinas) que no fueron debidamente explicadas, dejando el avión presidencial en San Francisco para continuar su recorrido de San Francisco a Filipinas en una nave de “Philippine Airlines” y de Filipinas a Brunei en un vuelo comercial de “Royal Brunei”, donde llegó el día 15 de Noviembre a la 1:30 de la madrugada, hora local de Burnei”. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: <http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/destrada/denuncias/informe-final-57.pdf>

32. El Congreso de la República, mediante Moción de Orden del Día 251, promovió su vacancia y la aprobó luego de haber rechazado su renuncia. Así, luego de un debate que se centró en la forma cómo había ejercido el poder durante su gestión presidencial y cómo había renunciado al cargo, a través de la Resolución Legislativa 009-2000-CR, de fecha 21 de noviembre de 2000, se declaró su permanente incapacidad moral y la consecuente vacancia de la Presidencia de la República, disponiéndose la aplicación de las normas de sucesión contenidas en el artículo 115 de la Constitución.
33. Casi dos décadas después, el 15 de diciembre de 2017 se presentó ante el Congreso de la República el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contra Pedro Pablo Kuczynski Godard a través de la Moción de Orden del Día 4710, considerándose que antepuso sus intereses personales a los del Estado Constitucional de Derecho. Así pues, para los congresistas que presentaron la moción, Kuczynski:
- (...) realizó un conjunto de actos reñidos con la moral, que evidencian un abierto comportamiento mitómano y un grave conflicto de intereses que favorecieron tanto a él como a una corrupta empresa privada [Odebrecht], en detrimento de los intereses del Perú⁵.
34. La falta a la verdad, de honestidad y de transparencia al ocultar sus vínculos contractuales con empresas investigadas en el marco del caso de corrupción internacional Lava Jato, en particular, con la empresa Odebrecht, fueron las razones que a juicio de los congresistas sustentaban la declaración de su vacancia por incapacidad moral. Pero, como es conocido, el pedido fue finalmente rechazado al no alcanzar los votos necesarios para tal efecto.
35. Sin embargo, unos meses después, el 8 de marzo de 2018, se presentó un segundo pedido de vacancia (Moción de Orden del Día 5295⁶) en contra de Kuczynski. Días previos, a través de medios periodísticos, se dieron a conocer las relaciones del expresidente con representantes de la empresa Odebrecht, así como del movimiento de capitales a paraísos fiscales. No obstante, el procedimiento de vacancia quedó inconcluso y se aceptó la renuncia de Kuczynski tras ser difundidos unos audios que evidenciaban una concertación para rechazar la vacancia.

5 Moción de Orden del Día 4710, de fecha 15 de diciembre de 2017. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/5AFBFAFA4D598CCC052585E00032F3E7/\\$FILE/MC0471020171215.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/5AFBFAFA4D598CCC052585E00032F3E7/$FILE/MC0471020171215.pdf)

6 Moción de Orden del Día 5295, de fecha 8 de marzo de 2018. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/D2EEE-33CFC595394052585E000303D98/\\$FILE/MC0529520180308.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/D2EEE-33CFC595394052585E000303D98/$FILE/MC0529520180308.PDF)

§4. LA CAUSAL DE VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

36. Hasta el momento, la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral establecida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución no ha sido objeto de interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional. No obstante ello, en el año 2003 el Tribunal publicó su sentencia recaída en el Expediente 0006-2003-AI en la que analizó la constitucionalidad del inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso, referido al procedimiento de acusación constitucional contenido en los artículos 99 y 100 de la Constitución, y advirtió sobre la ausencia de regulación legislativa sobre el procedimiento de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral.

37. Así, en el fundamento 26 de la referida sentencia, dejó establecido lo siguiente:

Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por “su permanente incapacidad moral o física”. Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso.

38. Y, en virtud a la exhortación citada que hiciera el Tribunal, mediante Resolución Legislativa 030-2003-CR, publicada el 4 de junio de 2004, el Congreso de la República modificó su reglamento e incorporó el artículo 89-A con el objeto de establecer las reglas para tramitar el pedido de vacancia presidencial por la causal específica de permanente incapacidad moral:

- a) El pedido de vacancia se formula mediante moción de orden del día, firmada por no menos del veinte por ciento del número legal de congresistas, precisándose los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta, así como de los

documentos que lo acrediten o, en su defecto, la indicación del lugar donde dichos documentos se encuentren. Tiene preferencia en el Orden del Día y es vista antes que cualquier otra moción pendiente en la agenda. Recibido el pedido, copia del mismo se remite, a la mayor brevedad, al Presidente de la República.

- b) Para la admisión del pedido de vacancia se requiere el voto de por lo menos el cuarenta por ciento de Congresistas hábiles. La votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la moción.
 - c) El Pleno del Congreso acuerda día y hora para el debate y votación del pedido de vacancia, sesión que no puede realizarse antes del tercer día siguiente a la votación de la admisión del pedido ni después del décimo, salvo que cuatro quintas partes del número legal de Congresistas acuerden un plazo menor o su debate y votación inmediata. Si fuera necesario se cita, para este efecto, a una sesión especial. El Presidente de la República cuya vacancia es materia del pedido puede ejercer personalmente su derecho de defensa o ser asistido por letrado, hasta por sesenta minutos.
 - d) El acuerdo que declara la vacancia de la Presidencia de la República, por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113 de la Constitución, requiere una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso y consta en Resolución del Congreso.
 - e) La resolución que declara la vacancia se publica en el Diario Oficial dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la recepción de la transmisión remitida por el Congreso. En su defecto, el Presidente del Congreso ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.
 - f) La resolución que declara la vacancia rige desde que se comunica al vacado, al Presidente del Consejo de Ministros o se efectúa su publicación, lo que ocurra primero.
39. A continuación, se analizará la naturaleza de esta figura a la luz del texto incorporado en la carta política vigente.

4.1. SOBRE LA NATURALEZA DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL

40. **La vacancia presidencial por incapacidad moral es un mecanismo de control institucional** que el constituyente puso en manos del Parlamento para que, frente a la conducta personal altamente reprochable de quien ejerce la Presidencia de la República, pueda declararla y apartar al Presidente de su cargo.
41. En modelos de gobierno de base presidencial, como es el régimen político peruano, el Presidente de la República es el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, personifica a la Nación y es elegido popularmente.

42. El titular del Poder Ejecutivo es Jefe de Gobierno, pero no es ni nombrado, ni removido discrecionalmente por el Congreso, como ocurre en los sistemas parlamentarios donde la figura del Jefe de Gobierno se sostiene en la confianza otorgada por el Parlamento.
43. El Presidente de la República asume sus funciones con poderes plenos como consecuencia de la elección popular y sin que para mantenerse en el cargo dependa de la confianza del Congreso, como sucede en el caso del Presidente del Consejo de Ministros de acuerdo con lo establecido por el artículo 130 de la Constitución.
44. Este diseño orgánico obliga, entonces, a que en la Constitución existan mecanismos de control institucional con el propósito de garantizar un ejercicio razonable y responsable del poder, salvaguardar una legítima representatividad y estabilidad democrática, así como garantizar el equilibrio de poderes. Pero, también que se establezcan mecanismos que aseguren el comportamiento cívico que se espera de todos los ciudadanos, y, sobre todo, de las autoridades que los representan.
45. La estabilidad de la comunidad política constituye un pilar de la democracia en un Estado constitucional. Solo si se respeta los acuerdos básicos que la sociedad adopta y plasma en la Constitución que aprueba con el objeto de asegurar su regular funcionamiento, es posible la estabilidad democrática de un país. Y dicho respeto es exigible de los ciudadanos, pero sobre todo de las autoridades representativas, porque son estas quienes están constitucionalmente comprometidas con el bien común. De ahí que nuestra propia *ley fundamental* señala que quiénes ejercen el poder “lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45).

4.2 LA NORMA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 113 INCISO 2 DE LA CONSTITUCIÓN

46. El artículo 113, inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 precisa que:

“La Presidencia de la República vaca por: (...)

 2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso (...).”
47. Una lectura sistemática y preliminar del texto constitucional, permite concluir que la norma que se infiere de esta disposición constitucional es aquella que expresa la decisión política del Congreso de la República en virtud de la cual se aparta al Presidente de la República de su cargo por razones distintas a:
 - i) los supuestos expresamente establecidos en el artículo 117 de la Constitución (traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo los casos previstos en el artículo 134, y por impedir su reunión o funcionamiento; o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral); y
 - ii) la comisión de un delito de función o al hecho de haber incurrido en una infracción constitucional, conforme ordena el artículo 99 de la Constitución.

48. No podría inferirse otra norma del citado artículo 113, inciso 2, porque quien ostenta la más alta magistratura en nuestro país, como es la Presidencia de la República (artículo 110), al tener la responsabilidad de dirigir el gobierno nacional con el compromiso de alcanzar el bienestar general para todos los ciudadanos (artículo 44), está vinculado por el deber de lealtad a la patria (artículo 38) y su comportamiento personal no puede restarle legitimidad al importante cargo que ejerce (artículo 118).
49. Como ya se ha afirmado *supra*, el régimen político peruano regulado por la Constitución se asienta en un modelo de gobierno presidencial, pero que incluye adaptaciones propias de nuestra realidad política y de la práctica constitucional. En dicho contexto se incluyó la vacancia presidencial por incapacidad moral declarada por el Congreso de la República, la que además forma parte de nuestra Constitución histórica.
50. Este mecanismo, ha sido recogido no con el objeto de perturbar el equilibrio de poderes que la Constitución persigue conforme al principio de separación de poderes, ni mucho menos para restarle relevancia a la institución de la Presidencia de la República que personifica a la Nación, sino con el propósito de garantizar la gobernabilidad del país, la legítima representatividad y la estabilidad democrática que se asienta en el correcto funcionamiento institucional.
51. Ahora, es cierto que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contiene un alto grado de indeterminación semántica –lo que fuera una preocupación del constituyente peruano durante el siglo pasado, tal como ha quedado expuesto–; pero, también es cierto que esta indeterminación solo está referida a aquellos casos que propiamente se configuran como un hecho reprobable e incompatible con la dignidad de la función, con lo cual su aplicación solo se enmarca a este supuesto.
52. Al respecto, debe entenderse que cuando la Constitución Política de 1993 establece que al Presidente de la República se le puede vacar por su permanente incapacidad moral, lo que está disponiendo es que la razón que sustenta esa vacancia está referida a su comportamiento personal, que adolece de falta de corrección moral, es decir, que es tan reprobable que le impide seguir representando a la ciudadanía que lo eligió para que ejerza la más alta magistratura del país.
53. En ese sentido, cuando se invocan hechos realizados por quien detenta el cargo de Presidente de la República como expresión de un comportamiento altamente reprobable e incompatible con la dignidad de la función, el análisis que de aquellos vaya a realizar el Parlamento con la finalidad de declarar la vacancia presidencial, consistirá en verificar, cuando menos:
- i) que se trate de hechos de la mayor gravedad que atentan contra los valores éticos comúnmente compartidos en nuestra sociedad, que deterioran en gran magnitud la dignidad presidencial y que hacen insostenible la permanencia en tan importante cargo público, independientemente de que con posterioridad pueda determinarse que tales conductas tuvieran, además, relevancia penal; y,

- ii) que estén claramente evidenciados ante la opinión pública y generen un notorio desequilibrio social, de modo tal que en esa extraordinaria circunstancia, dado nuestro modelo presidencialista y democrático, la valoración del Congreso sobre su verificación, no puede hacerse al margen de interpretar un sentimiento social que mayoritariamente y de forma patente ha consolidado un repudio hacia la figura presidencial, haciendo insostenible para la estabilidad social y el orden público su mantenimiento en el poder.
54. El análisis del caso que realice el Parlamento, a su vez, no puede estar librado de la previsión de consecuencias de la decisión política que vaya a adoptar. En efecto, para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral, el Congreso de la República también deberá tomar en consideración las circunstancias fácticas que describen la realidad del país en ese momento.
55. De otro lado, es importante enfatizar también que el texto constitucional no solo hace referencia a la “incapacidad moral”, sino que enfatiza una característica relevante, que es su “permanencia”. De ello se desprende que no cualquier cuestionamiento efectuado en contra del Presidente de la República puede ser catalogado, por la simple imposición de los votos, como una razón válida desde la Constitución para poder solicitar su vacancia. Esta apreciación no solo se deduce de las constantes preocupaciones que los propios constituyentes, en diversos momentos históricos, demostraron por un eventual uso arbitrario de esta figura, sino que además encuentra una especial lógica en el régimen político que es posible desprender de la Ley Fundamental.
56. En efecto, la Constitución de 1993 ha dispuesto el reconocimiento de diversas garantías para que el Presidente de la República solo pueda ser acusado en supuestos específicos. Ello se deriva tanto de la lógica que subyace a la forma de gobierno en la Constitución de 1993, como en la propia necesidad de garantizar un importante nivel de estabilidad institucional. Lo contrario sería asumir que la noción de moral quedará expuesta a la mayoría legislativa de turno, la cual bien puede calificar un acto como contrario a la moral dependiendo de si el Jefe de Estado es (o no) aliado a las posiciones políticas trazadas. En el caso concreto de un Presidente de la República con un grupo parlamentario minoritario en el Congreso -o, peor aún, en caso no lo tenga- esto supondría un recurrente escrutinio de “moralidad” por parte del Poder Legislativo.
57. A diferencia de otros modelos, la forma de gobierno peruana se caracteriza por contar con un Jefe de Estado y de Gobierno de origen popular -esto es, a través de las elecciones-, y esta condición debería generar un importante nivel de deferencia por parte del Congreso de la República al momento de decidir iniciar una moción de vacancia por incapacidad moral. Evidentemente, esto no supone que este órgano se encuentre vedado de emprender esta clase de medidas, pero de la estructura constitucional de la Carta de 1993 se desprende que ello solo puede realizarse ante un escenario que comprometa, severamente, la dignidad del cargo.

58. En este punto, es importante destacar que la fórmula de “incapacidad moral” a la que se refiere la Constitución de 1993 no es una que suponga un simple agregado de preferencias o simpatías personales. Si, como se indica en el artículo 93, “los congresistas representan a la Nación”, entonces ellos no pueden activar recurrentemente esta clase de mociones para solicitar un posible apartamiento de alguna moral en particular o algún cuadro de valores específico. La vaguedad que caracteriza a la fórmula empleada en nuestro texto constitucional no puede suponer que la regla sea el cuestionamiento moral a las conductas del Presidente de la República, ya que esta indeterminación solo desea resaltar que es aquello que pueda ser razonablemente entendido como algo pernicioso lo que puede ser pasible de iniciar una vacancia. Como se pudo apreciar *supra*, la recurrente preocupación de nuestros constituyentes (tanto de los actuales como los de los textos anteriores del siglo XX) no hace más que confirmar la necesidad de que esta fórmula no sea entendida como un cheque en blanco a favor del Poder Legislativo, a través del cual pueda constantemente someter al Presidente de la República a mociones de vacancia en caso este cargo no esté ocupado por alguien que sea de su simpatía o preferencia.
59. La referencia a una situación de incapacidad moral permanente se vincula, en consecuencia, con aquellas conductas que cualquier persona racional y razonable pueda aprehender como incorrecta, y que justificarían el hecho que una alta autoridad no deba desempeñarse más en el cargo. En este orden de ideas, esta conducta debe ser probada más allá de alguna duda razonable, ya que la consecuencia de la declaración de incapacidad moral es una restricción al derecho a participar en la vida política del país que debe encontrarse, por ello mismo, claramente justificada. En ese sentido, las especulaciones, las declaraciones no corroboradas o la falta de pruebas contrastables sobre la vinculación del Jefe de Estado con alguna conducta reproachable no deberían justificar una decisión tan severa como la declaración de la incapacidad moral.
60. De todo lo hasta aquí expuesto se desprende la necesidad de precisar que la incapacidad moral permanente refleja no cualquier acto criticable desde la perspectiva de la moral social, sino que debe ser entendida como aquella conducta que impide que el Jefe de Estado tenga la mínima aptitud de dirigir los designios del país. Nuestra historia constitucional corrobora este entendimiento. A ello es importante agregar que no debe tratarse de una simple especulación, sino que debe ser una conducta atribuida al Presidente cuya realización no esté expuesta a conjeturas o controversias. Si esta no fuera la interpretación del Tribunal Constitucional, cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, podría ser separada de la función pública ante hechos no corroborados. No es ese el propósito de nuestra estructura constitucional.
61. Ahora bien, es ciertamente una tarea idealista asumir que este entendimiento de lo que debería ser una suerte de moral crítica sea respetado, en todos los casos, por el Poder Legislativo. Sin embargo, en determinados casos, puede ser palpable que una conducta del Presidente de la República deba ser inmediatamente analizada por parte del Poder Legislativo, ya que ella ha comprometido la dignidad del principal cargo estatal. Ello

es importante porque, si esta clase de condiciones se cumplen para el caso de otras altas autoridades del Estado (las cuales, incluso, pueden seguir desempeñando sus cargos pese a la existencia de múltiples denuncias en el Ministerio Público o en el Poder Judicial), también deberían serlo para la autoridad del más alto rango.

62. En ese sentido, y a fin de evitar calificaciones abruptas, es importante diseñar un procedimiento para la declaración de incapacidad moral que pueda aproximarse, razonablemente, a una alternativa válida que justifique la vacancia. Por ello, en esta decisión se desarrollarán un conjunto de garantías que permitan resguardar que la calificación del Congreso de la República no sea un simple agregado de preferencias personales, sino que se aproxime, realmente, al cuestionamiento de una conducta sobre la cual exista un importante nivel de consenso sobre su gravedad.

4.3 SOBRE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES PARA QUE LA CAUSAL DE PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL SEA UTILIZADA EN UN SENTIDO CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN

63. El procedimiento establecido en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso para tramitar el pedido de vacancia presidencial por causal de permanente incapacidad moral tiene las siguientes particularidades:
- i) Consta de tres etapas: (1) la presentación de la moción, (2) la admisión de la misma y (3) el debate con la consecuente votación del pedido de vacancia;
 - ii) Las exigencias para su regularidad constitucional se centran en verificar que los fundamentos de hecho, de derecho y los medios probatorios tengan una relación directa con la causal de vacancia por permanente incapacidad moral;
 - iii) Los plazos previstos para cada etapa son perentorios;
 - iv) La votación para declararla es calificada; y,
 - v) El derecho garantizado a quien ejerce el cargo de Presidente de la República, es el derecho a la defensa técnica.
64. Al respecto, estimamos que, de una interpretación sistemática de los artículos 43 (principio de separación de poderes), 112 (el mandato presidencial es de 5 años), 113.2 (causal de vacancia de la Presidencia de la República por permanente incapacidad moral), 103 (la Constitución no ampara el abuso del Derecho), 139.3 (garantías del debido proceso), 139.14 (derecho de defensa), 201 (el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución), 202.3 (el Tribunal Constitucional conoce los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución), de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como de sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, entre otros, es indispensable establecer, además, los siguientes criterios, a fin de que la causal de permanente incapacidad moral sea utilizada en un sentido conforme con la Constitución. Tales criterios serían los siguientes:

- i) congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve, es decir, que los fundamentos de hecho y de derecho del pedido de vacancia, deben ser los mismos que sean objeto de pronunciamiento en el respectivo debate y votación por el Pleno del Congreso;
- ii) los documentos o medios probatorios que acrediten o corroboren los hechos deberán ser examinados por una Comisión Especial de Investigación que presenta un informe dentro del plazo que fije el Pleno del Congreso de Investigación (al igual que en otros procedimientos parlamentarios); y,
- iii) del otorgamiento del tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa de quien ostente la Presidencia de la República.
- iv) no procede dicha causal de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República. Ello tiene pleno sentido a partir del principio de seguridad jurídica y efectos de evitar graves situaciones de inestabilidad política, económica y social. Además es plenamente con lo dispuesto en el artículo 134 cuando establece que “No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato”.
- v) Se requiere una segunda votación. Esto como mecanismo adicional de reevaluación y reflexión dada la magnitud de las consecuencias que la vacancia de la Presidencia de la República representa, y,
- vi) La vacancia presidencial no puede utilizarse como mecanismo de control político ni para discutir la posible comisión de delitos.

En efecto, la vacancia presidencial es un mecanismo de control inter- orgánico previsto en la Constitución de 1993, y que se deriva de nuestra forma histórica de gobierno. En efecto, ya en otra oportunidad habíamos destacado que el modelo de la carta vigente es de fuerte tendencia presidencialista, pero con la inserción de distintas formas de control parlamentario [STC 0006-2019-CC]. Ahora bien, cierto es que la explicación de esta fórmula se explica en la idea, que proviene desde el siglo XIX, de los parlamentarios como representantes de la nación. Así, en uno de los primeros manuales de derecho constitucional -publicado en 1855- ya sostenía Felipe Masías que

[e]l derecho que tienen las personas investidas con el poder Legislativo, para acusar en el seno de sus respectivas cámaras a uno o a todos los ministros, y para proponerlas que exijan la responsabilidad de tales funcionarios, y aun la del presidente o jefe supremo del poder Ejecutivo en las repúblicas, así como también la de cualquiera de los funcionarios del poder Judicial, el derecho pues de acusación se funda, según lo hemos indicado, en el principio general de que siendo dichos legisladores verdaderos representantes de la nación, en virtud del poder que ejercen, y debiendo en tal calidad velar por el respeto de todos los derechos reconocidos, están perfectamente obligados a entablar semejante acusación contra los ministros o contra el presidente, o contra los funcionarios del poder Judicial, que se hagan merecedores de ella, puesto que entablándola llenan en parte los deberes de su mandato [Masías,

Felipe (2019). Breves nociones de la ciencia constitucional. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, pp. 173 y 174].

Evidentemente, muchas cosas han cambiado desde el lejano siglo XIX. Acaso uno de las modificaciones más relevantes sea que, en el modelo de la Constitución de 1993, tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo provienen de mandato popular. De hecho, en el caso de este último, su condición de Jefe de Estado implica que deba representar a la nación peruana en su conjunto. En ese sentido, ambos poderes cuentan con grado de *legitimidad de origen* que es ciertamente relevante y que genera, de hecho, que cualquier decisión que suponga algún eventual quebrantamiento de sus mandatos deba obedecer a situaciones especialmente sensibles.

Es por ello que, por ejemplo, la Constitución solo permite la disolución del Congreso luego de la denegación de la confianza en dos oportunidades al Consejo de Ministros, y se añaden garantías adicionales como la que dispone que ello no puede operar en el último año del mandato legislativo. De similar forma, se insertan mecanismos de control inter-orgánico del Congreso hacia el Ejecutivo. Ahora bien, de conformidad con la lógica de equilibrio de poderes que se ha desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resulta evidente que también tengan que existir diversas garantías para evitar que la vacancia presidencial pueda transformarse simplemente en un instrumento de responsabilidad política.

Este último punto es de considerable relevancia. A través de la vacancia presidencial el Congreso de la República no debe medir la aprobación de la gestión realizada por el Poder Ejecutivo. Del mismo modo, no es un instrumento a través del cual se deban reflejar simpatías o antipatías por el programa de gobierno. Ello se desprende no solo de la lógica subyacente a un modelo predominantemente presidencialista, sino que además es posible deducirlo del principio de la proscripción del ejercicio arbitrario del poder. Tampoco pasa desapercibido que el Presidente de la República sea la principal autoridad dentro del Estado peruano, lo cual supone que su mandato deba estar impregnado de un conjunto de garantías que permitan estabilidad en la gestión. Esto, evidentemente, no implica que no se le pueda exigir algún nivel de rendición de cuentas, sino que el control que eventualmente pueda activarse -tal y como ocurre en el caso de la vacancia presidencial- obedezca solo a contextos en los que el nivel de consenso sobre la realización de conductas que hagan indigno el cargo se encuentre fuera de toda duda. Privar al Congreso de esta facultad de control impediría sancionar todos aquellos casos en los que sea insostenible la permanencia del Presidente de la República en su cargo. Sin embargo, la severidad de la medida adoptada debe, a su vez, generar que se implementen diversas garantías para evitar el simple apasionamiento en esta clase de procedimientos.

65. En cuanto a los plazos fijados para el desarrollo del procedimiento de vacancia, si bien es cierto son cortos, ello tiene explicación en la situación de inestabilidad gubernamental que genera un escenario como es el de la vacancia presidencial por incapacidad moral. Por ello, la determinación de si se ha configurado o no el supuesto que habilita la vacancia de la Presidencia de la República, debe absolverse en un plazo breve pero razonable.

66. Sobre la votación para declarar la vacancia presidencial, el Tribunal Constitucional en su oportunidad dejó establecido que a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables del artículo 113, inciso 2 de la Constitución, debía estipularse una votación calificada *no menor* a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso de la República [cfr. STC 0006-2003-AI, fundamento 26]. Y, ello, debía ser así porque el más alto cargo de la Nación no podía quedar vacante como consecuencia de una mayoría simple que sea incapaz de representar a esa voluntad popular que directamente eligió al Presidente; pero, también porque una votación calificada, opera como una garantía procedimental capaz de asegurar la preservación del funcionamiento democrático de la sociedad y garantizar la estabilidad y gobernabilidad del país.
67. Sin embargo, cabe precisar que cuando el Tribunal Constitucional estableció que la votación para aprobar la vacancia presidencial por incapacidad moral *no debe ser menor* a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso de la República, no dejó establecido que sea igual a ese número de votos; sino, que dicha votación, debía ser considerada como la mínima a exigir para el efecto.
68. En ese sentido, consideramos la votación exigible para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral debería ser igual o mayor a los 4/5 del número legal de Congresistas, y, básicamente por dos razones:

La primera, atendiendo a que el cargo de la Presidencia de la República es uno de elección popular y representa a la Nación, por tanto, la votación para impedir el desempeño de dicho cargo por el ciudadano electo también debe ser expresión de la mayor representatividad nacional.

La segunda razón, es porque el propio Congreso de la República ha entendido que esta fórmula numérica opera como una garantía procedimental, toda vez que en el inciso c) del artículo 89-A de su Reglamento ha establecido que para modificar el plazo en el trámite del procedimiento de vacancia (debate y votación del pedido) se requiere del acuerdo de las cuatro quintas partes del número legal de parlamentarios.

§5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

69. De acuerdo a lo establecido en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. La legitimación en el proceso competencial alcanza a las entidades estatales previstas en la Constitución, y en él pueden oponerse:
- i) el Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
 - ii) dos o más gobiernos regionales o municipales entre sí; y,
 - iii) cualesquiera poderes del Estado u órganos constitucionales entre sí.

70. El artículo 110 del Código Procesal Constitucional establece que el conflicto competencial se produce cuando alguna de las referidas entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones que afectan las competencias o atribuciones que de acuerdo con el marco constitucional y legal corresponden a otra.
71. El proceso de conflicto competencial encuentra justificación material en el principio de separación de poderes, y, a su vez, opera como un mecanismo para su garantía en el Estado constitucional, contribuyendo al proceso de juridificación de las relaciones de poder.
72. Tal como el proceso de conflicto competencial ha sido concebido en nuestra Constitución, y, de recibo en el Código Procesal Constitucional, la labor que realiza el Tribunal Constitucional en el marco de este proceso está orientada a la resolución de las controversias concretas que se susciten entre los distintos poderes y órganos constitucionales como consecuencia del ejercicio de sus competencias, así como a la interpretación que de estas corresponda realizar conforme hayan sido establecidas por la Constitución.
73. En efecto, la tarea del Tribunal Constitucional no puede ser otra, porque en un conflicto constitucional de competencias la existencia de una controversia concreta y su resolución mediante la interpretación de la norma constitucional, como sucede en el caso de autos, están unidas. Entender lo contrario, sería desconocer la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional que resuelve controversias constitucionales concretas. De ahí que, el proceso de conflicto competencial presupone la existencia de una relación jurídico constitucional entre las partes del conflicto, donde este se sustenta en las posibles consecuencias que resultan de esa relación jurídica.
74. Por tanto, en un proceso de conflicto competencial no basta con que se someta al Tribunal Constitucional una cuestión constitucional abstracta originada en diferencias interpretativas. El conflicto competencial surge en torno al ejercicio de las competencias (facultades y obligaciones) de determinados órganos y es la instancia de la jurisdicción constitucional la que deberá dilucidar la controversia con el objeto de que se preserve el orden competencial constitucional.
75. Ello explica que, en el presente caso, el Poder Ejecutivo haya promovido una demanda de conflicto competencial con el objetivo de garantizar la competencia del Poder Ejecutivo elegido en el año 2016 para llevar a cabo, durante cinco años, su política general de gobierno, conforme lo señalan los artículos 112º y 118º, inciso 3, de la Constitución de 1993. Así en la demanda precisó:

“1. (...) el Poder Ejecutivo interpone demanda competencial contra el Congreso de la República por el uso indebido de la competencia para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, prevista en el artículo 113º, inciso 2, de la Constitución, por cuanto afecta la competencia del presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno durante el período de cinco años para el que ha sido elegido (artículos 112º y 118º, inciso 3 de la Constitución) y la competencia de los ministros para ejecutar dicha política en el mismo período (artículo 119º de la Constitución).”

2. La presente demanda no tiene por objetivo establecer argumentos de defensa del Presidente de la República con relación a los hechos e imputaciones contenidas en la Moción de Orden del Día N° 12090, sino lograr que el Tribunal Constitucional, a partir de la precisión sobre los alcances constitucionales de la competencia del Congreso para declarar una vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, garantice el ejercicio de las competencias que la Constitución Política de 1993 le otorga al Poder Ejecutivo durante el período de cinco años para el cual ha sido elegido, evitando a su vez que sea empleada de forma arbitraria como mecanismo de control político y sanción para dar por concluido de forma anticipada un mandato presidencial” (página 1 de la demanda competencial).
76. Esto se ha pedido y precisado mejor en el escrito presentado por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional con fecha 16 de noviembre de 2020.
77. El Poder Ejecutivo considera que la atribución del Presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno establecida en el artículo 118 se ha visto interferida inconstitucionalmente por la decisión del Congreso de la República.
78. La Moción de Orden del Día 12090, de fecha 10 de setiembre de 2020, tal como señala el Procurador Público de la Defensa de los Asuntos Judiciales del Poder Legislativo, fue notificada al Presidente de la República mediante Oficio N° 078-2020-2021-ADP/PCR, suscrito en la misma fecha, para su conocimiento. Y, con fecha 11 de setiembre de 2020, el Pleno del Congreso de la República admitió a trámite la moción de vacancia, la misma que fue aprobada con sesenta y cinco (65) votos a favor, treinta y seis (36) en contra y veinticuatro (24) abstenciones.
79. El Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, con fecha 14 de setiembre de 2020, promovió la presente demanda competencial, la misma que fue admitida por el Tribunal Constitucional con fecha 29 de setiembre de 2020.
80. Como es de público conocimiento, el 18 de setiembre de 2020, el Pleno del Congreso de la República, luego de la presentación del Presidente Martín Alberto Vizcarra Cornejo y de su abogado defensor, rechazó la Moción de Orden del Día 12090 por setenta y ocho (78) votos en contra, treinta y dos (32) a favor y quince (15) abstenciones.
81. No obstante que la tramitación del presente proceso competencial se había iniciado, que el Poder Legislativo aún no había contestado la demanda y, por tanto, estaba pendiente el pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional sobre la causa; el Congreso de la República, con fecha 20 de octubre de 2020, presentó la Moción de Orden del Día 12684⁷ promoviendo otra vez la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral de Martín Vizcarra, cuya admisión a trámite fuera aprobada mediante votación nominal el 2 de noviembre de 2020 [sesenta (60) votos a favor,

7 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDoEstProc/Expvirt_2011.nsf/mociones20162021/12684?OpenDocument

cuarenta (40) en contra y dieciocho (18) abstenciones], y declarándose la vacancia presidencial el 9 de noviembre de 2020, después del debate realizado el mismo día, con ciento cinco (105) votos a favor, diecinueve (19) en contra y cuatro (4) abstenciones.

82. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha sostenido que la jurisdicción constitucional “no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público en su conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro*, sino, por el contrario, como su principal promotor” [STC 0005-2005-CC, fundamento jurídico 4]. En efecto, cuando este supremo intérprete de la norma fundamental activa su competencia –particularmente en los procesos de control orgánico–, no solo se encarga de analizar la validez constitucional de las leyes o el adecuado reparto de competencias de conformidad con nuestra ley fundamental, sino que también contribuye a la protección del orden público.
83. El adecuado resguardo de la supremacía de la Constitución permite preservar el justo equilibrio entre los distintos actores políticos. Ello es un corolario no solo del principio de separación y del equilibrio de poderes, sino que se relaciona con el deber de este intérprete de la norma fundamental de armonizar la vida en comunidad.
84. Lo político y lo social no se desenvuelven en compartimentos estancos, y ello genera que los casos sometidos a control del Tribunal Constitucional generen incertidumbre en la ciudadanía respecto de aquello que cuenta (o no) con respaldo constitucional. e ha destacado, en este sentido, que “[l]a supremacía constitucional tiene el mismo fundamento que la constitución misma, un principio de eficacia externo al propio sistema que a su vez remite a las prácticas de reconocimiento institucional y de los propios ciudadanos” [Prieto, Luis (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, p. 157].
85. Esta función de custodia del orden público constitucional tiene considerables repercusiones de índole procesal, las cuales han sido destacadas a lo largo de nuestra jurisprudencia.
86. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes que, inicialmente, no habían sido impugnadas en una demanda de inconstitucionalidad al constatare la reproducción de su contenido en normas anuales sucesivas [cfr. STC 0003-2013-PI, 0004-2013-PI y 0023-2013-PI (acumulados), fundamento 99]; a examinar la validez constitucional de disposiciones que, al momento de su cuestionamiento, habían superado el plazo para su control a través del proceso de inconstitucionalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, y ello en aras de “consolidar los márgenes del ejercicio de sus competencias en materia de control constitucional de normas, [lo cual] fortalece la seguridad jurídica, pues le permite, en los procesos de inconstitucionalidad, optimizar su rol de supremo intérprete de la Constitución, integrando y unificando interpretaciones que, en caso contrario, podrían permanecer discordantes y antinómicas en el marco de la labor de la justicia ordinaria [cfr. RTC 00024-2010-PI, considerando 3].

87. En el caso de los procesos competenciales, el Tribunal Constitucional también ha tenido la ocasión de pronunciarse a propósito de reglamentos que, a la fecha de la deliberación de la causa por parte del Pleno, ya no se encontraban vigentes, y ello en aras de contribuir a la pacificación de las relaciones entre órganos estatales [cfr. STC 00002-2011-PCC, fundamentos 61 y 62].
88. En esta oportunidad, es nuevamente dicha necesidad de preservar el orden público y el adecuado equilibrio entre los actores políticos el que justifica la posibilidad de emitir un pronunciamiento de fondo a propósito de todos los actos desarrollados a partir de la presentación y admisión a trámite de la Moción de Orden del Día 12684, y que culminaron con la aprobación de la Resolución del Congreso 001-2020-2021-CR de vacancia presidencial por incapacidad moral del señor Martín Vizcarra Cornejo. A dicha se justificación se suma la habilitación del artículo 113 del Código Procesal Constitucional cuando posibilita que el Tribunal Constitucional anule “las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia” y que “resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos”.
89. Ello resulta una cuestión inaplazable en el contexto de la prolongada crisis política que ha aquejado al país. Si bien es cierto que la Constitución otorga un margen de discrecionalidad a los órganos políticos, también lo es que no precisar los conceptos o el rol que desempeñan ciertas instituciones coloca a la Nación en general en una situación de zozobra, y ello perjudica la misión estabilizadora de la norma fundamental. En ese sentido, “[l]a Constitución debe contener indicaciones practicables, a fin de que tras la fase constituyente puedan evitarse luchas de competencia costosas” [tern, Klaus (1987). Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 240].
90. Siendo así, teniendo en cuenta entre las dos mociones de orden del día referidas existe una *relación de identidad* (naturaleza de los hechos, sujetos involucrados y competencias) y además que, como ya se ha mencionado, el objetivo de la demanda de autos es garantizar la competencia del Poder Ejecutivo elegido en el año 2016 para llevar a cabo, durante cinco años, su política general de gobierno, estimamos que el pronunciamiento de esta causa también alcanza a la Moción de Orden del Día 12684.
91. En el caso de la **Moción de Orden del Día 12090**, se observa que los fundamentos fácticos de la incapacidad moral invocada estaban referidos a una falsedad reiterada en las declaraciones del Presidente de la República y a la utilización del aparato estatal para obstruir la investigación sobre la contratación pública del señor Richard Cisneros.
92. Sin embargo, estos hechos que para el Congreso de la República resultaban constitutivos de la incapacidad moral del Presidente de la República, requerían de una interpretación previa, a efectos de que pudieran ser determinados con claridad; así como de una justificación probatoria más sólida y que no solo estuviera basada en un reportaje periodístico.

93. En tal sentido, consideramos que el Congreso de la República hizo un ejercicio irregular de su competencia cuando admitió a trámite la Moción de Orden del Día 12090, porque esta se basó en hechos interpretables, sustentados únicamente en información periodística. Por tanto, dicho acto devino en inconstitucional, ya que, al no tratarse de hechos claramente determinados, el Presidente de la República no podía ejercer una debida defensa a su favor a fin de demostrar que en su caso no se había configurado el supuesto de incapacidad moral.
94. Por su parte, en el caso de la **Moción de Orden del Día 12684** se observa que los hechos que sustentan la incapacidad moral invocada estaban referidos a distintos actos de corrupción en que habría incurrido el Presidente de la República cuando ejerció el cargo de Gobernador Regional de Moquegua. Además, como es de público conocimiento, el debate y votación del referido pedido de vacancia, incluyó otros hechos, muchos de ellos en nada relacionados con los que se consignaron inicialmente en la aludida moción.
95. Al igual que en el caso de la Moción de Orden del Día 12090, se trataba de un conjunto de hechos interpretables de los cuales también se tomó conocimiento solo a través de un reportaje periodístico difundido en los medios de comunicación.
96. Por tanto, consideramos que el Congreso de la República hizo un ejercicio irregular de su competencia cuando tramitó la Moción de Orden del Día 12684, porque esta se basó, como ya se ha mencionado, en un conjunto de hechos controvertidos y diferentes a los referidos en la aludida moción de orden del día. En consecuencia, dicho acto estuvo viciado de inconstitucionalidad, ya que al no tratarse de hechos claramente determinados, no permitía que quien ejercía la Presidencia de la República pudiese ejercer una debida defensa a su favor.
97. Como ha quedado establecido *supra*, las exigencias de la fundamentación de hecho y de derecho del pedido de vacancia, así como la exigencia de su sustento a través de medios probatorios, encuentran justificación en el principio de interdicción de la arbitrariedad y razonabilidad, así como en las garantías del debido proceso extensibles a los procedimientos parlamentarios, los que deben guiar toda actuación de los poderes públicos en un Estado constitucional.
98. De ahí que, el cumplimiento de estos requisitos deba verificarse desde el momento de la presentación de la moción, en la misma que deberán quedar claramente delimitados los hechos sobre los cuales el Presidente de la República ejercerá su defensa. Caso contrario, este ejercicio competencial del Congreso de la República, esto es, admitir mociones de vacancia por incapacidad moral que no tienen la justificación y garantías suficientes, terminará interfiriendo en el ejercicio de las funciones de la Presidencia de la República, que tiene a su cargo la ejecución de las políticas públicas que orientan el gobierno del país.

§6. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL PRESENTE CASO

99. Conforme a lo establecido en el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en un proceso competencial:

“vincula a todos los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anulan las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. **Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos**”. [resaltado agregado]

100. En el presente caso, se ha determinado que la tramitación de las Mociones de Orden del Día 12090 y 12684 realizados por el Congreso de la República estuvieron viciados de inconstitucionalidad al haber ejercido irregularmente su competencia reconocida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución.
101. Ahora bien, teniendo en cuenta lo previsto en el último extremo del citado artículo 113 del Código Procesal Constitucional, estimamos que los efectos de la presente sentencia deben modularse tomando en cuenta el principio de previsión de consecuencias, a fin de evitar mayores distorsiones en el sistema de competencias de los órganos en conflicto.
102. Por tanto, dada la forma en que se ha configurado el presente conflicto competencial, el Tribunal Constitucional estima que los efectos de la presente sentencia deben establecerse a futuro, específicamente los criterios de interpretación del artículo 113 inciso 2 de la Constitución, no correspondiendo atender al extremo en que se solicita garantizar el ejercicio de las competencias como Presidente de la República de Martín Alberto Vizcarra Cornejo.
103. Finalmente, cabe precisar que en ningún caso podrá interpretarse que se ha afectado el respectivo calendario electoral aprobado, el mismo que ha previsto Elecciones Generales para el día domingo 11 de abril del año 2021.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda competencial y, en consecuencia, declarar que el Poder Legislativo ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se solicita garantizar el ejercicio de las competencias como Presidente de la República de don Martín Alberto Vizcarra Cornejo.
3. Establecer, como interpretación constitucional de obligatoria aplicación, que la competencia del Poder Legislativo para declarar la **vacancia presidencial por permanente incapacidad moral**, sólo será conforme a la Constitución, siempre y cuando se

interprete que el artículo 113 inciso 2 de la Constitución y las disposiciones del Reglamento del Congreso de la República, conforme a los siguientes criterios, entre otros:

- a. Sólo será aplicable a aquellos hechos de la mayor gravedad que atentan contra los valores éticos comúnmente compartidos en nuestra sociedad y que hacen insostenible la permanencia en tan importante cargo público.
- b. La denunciada conducta reñida con la moral de quien ostente la Presidencia de la República, para considerarse incurso dentro de la causal tratada, debe además estar ocasionando un notorio desequilibrio social.
- c. Esta causal no puede ser utilizada como mecanismo de control político o para debatar la posible comisión de delitos.
- d. Se respeten escrupulosamente garantías del debido procedimiento tales como: i) congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve, es decir, que los fundamentos de hecho y de derecho del pedido de vacancia, deben ser los mismos que sean objeto de pronunciamiento en el respectivo debate y votación por el Pleno del Congreso; ii) los documentos o medios probatorios que acrediten o corroboren los hechos deberán ser examinados por una Comisión Especial de Investigación que presenta un informe dentro del plazo que fije el Pleno del Congreso (al igual que en otros procedimientos parlamentarios); y, iii) se otorgue el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa de quien ostente la Presidencia de la República.
- e. La votación para proceder a declarar la vacancia por la causal de permanente incapacidad moral deba ser igual o mayor a los 4/5 del número legal de Congresistas.
- f. Se requiere una segunda votación.
- g. No procede el pedido de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República.

Dichos criterios serán obligatorios a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano

- 4. Declarar que en ningún caso podrá interpretarse que se ha afectado el calendario electoral aprobado, el mismo que ha previsto Elecciones Generales para el día domingo 11 de abril del año 2021.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ**

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, por las razones que a continuación expongo:

§1. Respecto a la posibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo

1. Discrepo de lo decidido en este caso por la mayoría de mis colegas, quienes han declarado improcedente esta demanda, la cual, quizás, era la más importante que le ha tocado resolver este Tribunal en toda su historia, y ciertamente, sin duda, la más relevante desde que se cambió sustancialmente su composición el año 2014.
2. En efecto, considero que el Tribunal Constitucional no solo estaba habilitado, sino que su deber era, con base en una adecuada comprensión del rol que le toca cumplir a este órgano en el marco de los Estados Constitucionales, pronunciarse sobre el contenido y alcances de la pretensión planteada (lo que habitualmente se denomina el fondo de la demanda), determinando en primer lugar el contenido que le corresponde a la causal de vacancia presidencial intitulada “permanente incapacidad moral”, con el objeto de ayudar a pacificar y a racionalizar la cuestión sometida a litigio.
3. Tal como he explicado en varios pronunciamientos, sostengo consistentemente que el papel de un juez o jueza constitucional dentro de un Estado Constitucional ha cambiado, y se espera que hoy asuma roles distintos a los tradicionales, destacando entre otros un rol de “integración social” (v. gr. en mis votos en las SSTC Exp. n.º 00025-2013-PI (acumulados), 03376-2016-PA y 00019-2013-PI, 00889-2017-PA, 05501-2014-PA, entre otros). Se busca, en síntesis un rol integrador (de búsqueda de generación de consensos y eliminación de exclusión de alguien en la generación de los mismos), pacificador (composición de conflictos y actuación previsor para que no vuelvan a generarse nuevos conflictos) y ordenador (generador de pautas predecibles para poder desenvolvernos dentro de lo considerado constitucionalmente posible o respetando lo constitucionalmente necesario). Esta afirmación, que no puede ser considerada como una muestra de mero voluntarismo o hiperactivismo judicial, en realidad se sustenta en una evolución jurídica y política de lo que la más calificada doctrina y jurisprudencia de la actualidad entiende por Constitución, Estado y por la labor de los jueces y juezas en general.
4. Y es que si se analizan las primeras concepciones que se tuvieron sobre la jurisdicción o justicia constitucional, podemos encontrar que se ha pasado de concebirla como un contrapeso político dentro de un constitucionalismo de límites a afirmar su carácter jurisdiccional en el escenario que va desde un constitucionalismo de los derechos a un

constitucionalismo de la satisfacción de necesidades humanas básicas y del desarrollo de capacidades para atenderlas. Por ende, la labor de jueces y juezas constitucionales es la de interpretar (en clave de concretización) una Constitución que es norma jurídica que se sustenta en grandes acuerdos o consensos políticos. Aquello, en consecuencia, le permite legitimar su rol de mediación bajo parámetros jurídicos en los conflictos más importantes en la sociedad. Esta transformación de la jurisdicción o justicia constitucional se da de la mano de otros importantes acontecimientos como, por ejemplo, la constitucionalización del Derecho, la constitución de la política, y la convencionalización del Derecho. Es en mérito a todo lo expuesto que se asume la juridicidad de la Constitución, y, como consecuencia de ello, la irradiación de sus disposiciones, preceptos, derechos y valores a todas las ramas del Derecho, así como a la labor de las diversas instituciones (públicas o privadas) y al quehacer político.

5. Además de lo indicado, es necesario anotar que la singularidad de la interpretación constitucional ha llevado también a que esta tarea interpretativa no pueda entenderse de forma simplista, sin tomar en cuenta la complejidad y la textura abierta del texto constitucional que debe buscar concretizar. Y es que la Constitución no solamente contiene reglas que responden al clásico silogismo jurídico, sino que fundamentalmente contiene principios y valores que orientan el alcance de su interpretación. Por ende, no suele existir en la interpretación un resultado unívoco, sino que se proyecta un espectro de diversas posibilidades interpretativas, y dentro de las cuales se construye una respuesta con las herramientas que otorga la propia Constitución, así como los tratados y las normas que conforman un bloque de constitucionalidad en diversos tópicos o materias.
6. Ahora bien, lo indicado, insisto, no debe ser considerado solo como una cuestión de mero voluntarismo que, por ser tal, permitiría llegar a cualquier resultado con base en los valores o principios, como parecen considerar algunos críticos que creen que el Derecho puede ser entendido como moral o justicia, al margen de las disposiciones autoritativas o de las formalidades en las que también consiste el fenómeno jurídico.
7. De otro lado, el planteamiento del presente proceso competencial tenía por objeto delimitar los alcances de una atribución del Congreso que, por ser planteada en términos absolutamente laxos, podían originar un menoscabo en la actuación del Presidente de la República (el desarrollo de su plan de Gobierno). Aquello excede con amplitud lo que puede involucrar la existencia de un caso concreto. Más bien, una lectura del Código Procesal Constitucional apoyada supletoriamente por lo señalado en el Código Procesal Civil obliga a que, en el análisis del ejercicio de competencias que ha sido cuestionado, se proceda a tomar en cuenta situaciones planteadas por la entidad demanda sobre la institución demandante, máxime si la causal alegada para incidir en la continuidad de la labor de la institución demandante era la misma referencia a una “grave incapacidad moral permanente”. Dicho en términos simples, este no es un caso entre unos congresistas y un Presidente de la República, sino más bien un debate sobre cómo el ejercicio de una competencial, desempeñada según quien demanda en

términos inconstitucionales, podía menoscabar el ejercicio regular de las atribuciones de la Presidencia de la República.

8. Luego de lo expuesto, y en lo que concierne al caso, considero que se entienden las razones por las cuales la demanda no debía haber sido rechazada como improcedente, sino ser declarada más bien **FUNDADA**, lo cual a su vez hubiese requerido que se regulen los eventuales efectos nulificantes del fallo.
9. Y es que, como es de conocimiento general, el artículo 113 del Código Procesal Constitucional prescribe literalmente que:

“Artículo 113.- Efectos de las Sentencias

La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. **Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas** y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.”

10. De otro lado, y como bien puede constatarse, la sentencia en los procesos competenciales tiene dos efectos: determinar los alcances o contornos de una competencia conforme a la Constitución (efecto delimitador de la competencia) y declarar la nulidad de diversos actos fácticos o normativos que se hubieran emitido en el marco que un ejercicio indebido de las competencias (efecto nulificante).
11. Siendo así, como he venido explicando reiteradas veces, lo que le tocaba responder al Tribunal en esta controversia es, muy claramente, delimitar lo relacionado con el adecuado ejercicio de la competencia del Congreso de vacar a un presidente por la causal de incapacidad moral permanente contenida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución, y luego, con base en lo anterior, pronunciarse sobre los posibles efectos nulificantes respecto de actos que pudieran encontrarse viciados.
12. En este punto, y debido a algunas acciones ya tomadas por el Congreso de la República, corroboradas con lo que la misma Procuraduría del Poder Ejecutivo planteó y justificó en la audiencia pública, de manera expresa, a este Tribunal ya no le correspondía pronunciarse en torno a alguna eventual reposición sobre el expresidente vacado, al momento de abordar los posibles efectos nulificantes de esta sentencia. Ya el propio Congreso había materializado varias acciones tendientes a la reparación del vicio alegado (cambio de la mesa directiva que encabezó Manuel Merino, nombramiento de una mesa directiva encabezada por Francisco Sagasti (y por ende, el establecimiento de un encargado de la Presidencia de la República conforme a los parámetros constitucional y legalmente establecidos), conformación de una Comisión Investigadora responsable de revisar la actuación de Manuel Merino y otros altos funcionarios). Es más, el mismo Martín Vizcarra públicamente acató la moción de vacancia en su contra (aun cuando también la calificó de inconstitucional), y luego, envió una felicitación pública

a Francisco Sagasti por su elección como Presidente de la República. Por ende, siendo así, únicamente subsisten como objeto de este proceso los extremos relacionados con la determinación del contenido y alcances de la causal de vacancia por permanente incapacidad moral y los efectos de la sentencia en el acto (y resolución del Congreso) de vacancia.

13. En este orden de ideas, voy a analizar ampliamente los alcances de dicha causal, para lo cual es necesario contextualizar la discusión en el marco de las instituciones y principios que rigen nuestra forma de gobierno.

§2. Forma de gobierno en la Constitución de 1993

14. Para analizar y resolver adecuadamente la presente controversia es necesario partir, cuando menos de manera general, cuál es la forma de Gobierno que ha adoptado el Perú, así como alcances del principio de separación de poderes, ambos con reconocimiento o desarrollo en nuestra Constitución. Lo anterior es importante, debido a que es en ese marco que podrá entenderse debidamente los contornos constitucionales de las relaciones entre los llamados “poderes del Estado” (e incluso entre y con los órganos constitucionales autónomos), y más específicamente, el margen de las relaciones entre el Poder Ejecutivo(Gobierno) y el Poder Legislativo(Congreso).
15. Al respecto, lo primero que debe señalarse es que esta no es la primera oportunidad en la que el Tribunal Constitucional va a referirse a este tema. Por el contrario, debido a su función de moderadora del poder y pacificadora de conflictos, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre ello y esclarecer algunas cuestiones.
16. Así, se ha referido por ejemplo al valor de la separación de poderes en el marco del constitucionalismo. En efecto, este Tribunal ha recordado que la separación de poderes es una técnica que tiene como finalidad evitar la concentración del poder y, en ese sentido, se encuentra encaminada asimismo a salvaguardar los derechos fundamentales de algún eventual ejercicio abusivo del poder político:

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

17. Por otra parte, este Tribunal ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse como una división tajante, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado, sino que esta debe ser considerada incluso en clave de equilibrio, de controles recíprocos, de freno y contrapesos, e incluso más, que debe ser entendida sobre la base de relaciones de coordinación y cooperación estos poderes:

“[L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129.º de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto” (TC Exp. n.º 00004-2004-CC, f. j. 24)

“Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138º inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado” (TC Exp. n.º 00006-2006-CC, f. j. 15).

18. Finalmente, este Tribunal Constitucional ha precisado que la distribución de poderes, o de funciones desde una perspectiva más amplia, no se reduce a tomar en cuenta tan solo a los tres “poderes del Estado”, sino que debe considerarse asimismo el papel que juegan en dicha configuración de funciones constitucionalmente relevantes para el contrapeso y control del poder, a los órganos constitucionales autónomos:

“[E]l principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros.

Como se aprecia, el Poder Constituyente ha 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” (TC Exp. n. 00005-2007-AI, f. j. 21)

19. Expresado este marco, es necesario hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de gobierno. A saber, conforme a los modelos “clásicos” formulados idealmente, se suele distinguir entre un modelo parlamentario y otro presidencial.
20. En el caso del régimen presidencial, este se caracteriza básicamente porque hay un jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente, que proviene de una elección popular, y que cuenta simultáneamente con la condición de jefe de Estado. Por ende, y no es nombrado por el Congreso, entidad que solamente podrá removerlo en circunstancias especiales , y a través de mecanismos particulares (como, por ejemplo, el impeachment).
21. En el caso del régimen parlamentario, por el contrario, tenemos que el jefe de gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente, y por lo general la jefatura del Estado recae en alguien distinto al jefe de Gobierno (que puede ser un monarca constitucional o un Presidente, por ejemplo).
22. En el caso peruano, si bien partimos de un modelo inicialmente presidencial, en la medida que nuestro Jefe de Gobierno se denomina Presidente de la República, es electo popularmente, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado por el Congreso de la República, nuestras diversas Constituciones han incorporado al modelo algunas instituciones del parlamentarismo, las cuales desdibujan la estricta división de poderes que distingue al modelo ideal presidencial, pues implican, por ejemplo, que el Presidente de la República requiera de la aprobación política del Congreso para la conformación del gobierno y para su eventual cambio. Lo expuesto que en el Perú contemos con instituciones de control político interórganos. Entre ellas tenemos a la interpelación, el voto de confianza, la censura ministerial y las cuestiones de confianza, por referirnos a cuestiones que se plantean en este primer punto.
23. En efecto, nuestra Constitución, al regular nuestra forma de gobierno, recoge diferentes instituciones que permiten distinguirla de los modelos ideales o clásicos presidencial o parlamentario. Frente a ello, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos. Por ejemplo, al nuestro se le ha llamado régimen “semipresidencial”, en el sentido de que no es uno en estricto presidencialista, pues se incorpora, como ya fue indicado, mecanismos de control y límites propios del régimen parlamentario. Sin embargo, esto es erróneo, pues el semipresidencialismo parte más bien de bases propias de un régimen parlamentario a las cuales matiza con

la incorporación de aspectos propios del sistema presidencial. En nuestro país ocurre exactamente lo inverso, pues a un modelo presidencial se les han incorporado elementos de un régimen parlamentario, no siempre necesariamente con mucha fortuna.

24. También se ha considerado que el nuestro puede calificarse más bien de un régimen “hiperpresidencialista”, en atención a los descomedidos poderes con los que aparentemente cuenta el Presidente, en especial cuando tiene mayoría oficialista en el Congreso, y también en atención a nuestras experiencias de caudillismo y autoritarismo. Adicionalmente, se ha hecho uso también de los calificativos “mixto” o “híbrido” con lo cual, si bien se da cuenta de sobre la dificultad para encasillar nuestra forma de gobierno en alguno de los modelos clásicos, se elude afrontar la necesidad de definir o calificar lo existente en atención a sus propios contornos y especificidades.
25. Ahora bien, nuestro modelo de gobierno nace de la propia Constitución y, por ende, únicamente es con base en el referido parámetro constitucional que en esta sentencia podría desarrollarse sus contenidos y alcances. En el mismo sentido, solo podría ser a partir de lo que nuestra norma Fundamental ha establecido que a nivel legislativo se podría regular, tanto lo concerniente a nuestra forma de gobierno, como a las competencias y funciones de los poderes públicos y los órganos constitucionales autónomos, así como a las relaciones entre estas instituciones u órganos.
26. En este orden de ideas, adicionalmente, es claro que cualquier deseo o intención de modificar o incidir en el modelo de gobierno adoptado constitucionalmente requeriría de una reforma constitucional.
27. De hecho, la separación de poderes es un rasgo identitario, no solo de nuestra actual Constitución, sino del constitucionalismo en general. En dicho sentido, este mismo Tribunal Constitucional (STC 00023-2003-AI, f. j. 4) ha recordado cómo, en la emblemática obra *El espíritu de las Leyes*, Montesquieu sostuvo que:

“No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares”.
28. Y en este mismo sentido es que se ha entendido como un contenido mínimo, el cual hace reconocible al constitucionalismo desde el siglo XVIII, lo dispuesto en su momento en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia el año 1789:

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

29. Con base precisamente a este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo el Tribunal ha expresado de manera categórica que lo concerniente a la “separación de poderes” (e incluso al “régimen político”) constituye un límite para la reforma ordinaria de la Constitución. Esto es, forma parte de una especie de, si cabe, un “núcleo duro”, el cual comprende a los “principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social” de nuestra Carta Fundamental. Por ende, dicho ámbito no puede ser objeto de una reforma constitucional apelando únicamente a las competencias de reforma con las que cuenta el Congreso, el cual es un poder constituido, sino que dicho cambio sería expresión de una “reforma total” de la Constitución, la cual requiere de la anuencia del poder constituyente soberano, por ejemplo, a través de una consulta o referéndum:

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

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

“[L]a elaboración del proyecto de la nueva Constitución [o la “reforma total”] en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso. Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración” (TC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 115)

30. Señalado todo esto, y siendo clara entonces la importancia de la forma de gobierno constitucionalmente establecida, es necesario que el Tribunal Constitucional precise o desarrolle una descripción o definición, cuando menos general, sobre sus contornos, siempre a partir de lo constitucionalmente previsto.
31. Al respecto, una primera cuestión tiene que ver con la nomenclatura que mejor permitiría calificar o denominar a nuestro régimen. Desde luego, si bien el nombre no es lo más importante a efectos de reconocer los contornos del modelo, atribuir uno sin duda ayuda a reconocer sus rasgos de identidad, sus alcances, potencialidades y límites. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado similares calificaciones, siempre precisando sus alcances, al referirse, por ejemplo, a nuestra forma de Estado (Estado unitario y descentralizado), a nuestro régimen político-económico (Economía social de mercado), a las relaciones entre Estado y religión (Estado laico), a nuestro estadio constitucional (Estado Constitucional o Estado constitucional de Derecho), entre varias otras.
32. Señalado esto, es importante expresar, en primer lugar, que las relaciones entre el Poder Ejecutivo(Gobierno) y el Poder Legislativo(Congreso), tanto atendiendo a lo que dice la Constitución, como a la concreción de sus instituciones en la práctica reciente, pueden ser de distinto tipo y con diferentes efectos, hasta diametrales entre sí.
33. Efectivamente, en el marco de lo constitucionalmente previsto, hay dos escenarios o supuestos extremos, en los cuales nuestro modelo se manifiesta de modo muy diferente. En el primer escenario tenemos a un gobierno que cuenta una mayoría parlamentaria absoluta (escenario de “oficialismo robusto”), mientras que el opuesto es el del gobierno con una oposición parlamentaria arrolladora (supuesto de “oposición robusta”).
34. Cuando estamos ante un gobierno que cuenta con un “oficialismo robusto”, como puede preverse, al ponerse en riesgo la separación de poderes debido a un eventual fortalecimiento excesivo del Poder Ejecutivo o Gobierno, juegan un especial papel los mecanismos que permiten el control político por parte de las minorías parlamentarias, como es el caso, verbigracia, de la interpelación ministerial, la moción de censura o las demandas de inconstitucionalidad.
35. En el segundo caso, de “oposición robusta”, más bien adquieren relevancia los mecanismos de diálogo y coordinación, de contrapeso político, o, finalmente, los de solución de controversias políticas en contextos de crisis de gobernabilidad o institucional. Siempre en un contexto de gobierno con “oposición robusta”, y de enfrentamiento entre poderes o crisis institucional, pueden presentarse dos supuestos totalmente extremos: el del impulso de la salida del Presidente de la República por mecanismos como el de la vacancia por incapacidad moral (entendida erróneamente en base a escenarios que son más bien propios de un juicio político ya previsto en nuestra Constitución, pero que es bastante más complejo de seguir y materializar), y de un eventual cierre del Congreso de la República como consecuencia de que se haya producido dos crisis

totales del gabinete por denegatoria de confianza o por censura al Presidente del Consejo de Ministros.

36. Visto así, no es posible calificar a nuestro sistema de gobierno solo poniendo énfasis en uno de estos dos escenarios, es decir, solo atendiendo a la posible concentración del poder en manos del Ejecutivo en escenarios de “oficialismo robusto”, ni a una supuesta actitud obstruccionista, o que hace imposible la gobernabilidad, en el marco de Ejecutivos que se enfrentan a una “oposición robusta” en el Congreso. Más aun, es necesario considerar que, además de los supuestos extremos esbozados, entre ellos puede haber escenarios variopintos, tales como gobiernos con primera mayoría parlamentaria, gobiernos con segunda mayoría congresal, gobiernos con mayoría parlamentaria a través de alianzas con otras agrupaciones (cogobierno), gobiernos con minoría parlamentaria y gobernabilidad a través acuerdos coyunturales, gobiernos con minoría congresal y sin gobernabilidad por dispersión política (no existen coincidencias políticas o programáticas), etcétera
37. Con base a lo señalado, es posible calificar nuestra forma de gobierno como “presidencialismo asimétrico” o “intermitente”, en atención a que las instituciones, e incluso el propio régimen de gobierno, no operan siempre del mismo modo o con la misma intensidad. Por ello, en diferentes contextos algunas instituciones, sus alcances y límites adquieren diferente entidad; y además, plantean cuestiones y problemas de carácter constitucional que deberán ser enfrentados teniendo en cuenta el contexto indicado.
38. Señalado esto, es claro que una descripción o delimitación de nuestro modelo en manos de la jurisdicción o la justicia constitucional debe ser realizado evitando o previniendo los excesos, las desviaciones y la desnaturalización del régimen, lo cual implica actuar siempre dentro de los términos constitucionalmente dispuestos. Al respecto, y tal como ya ha sido señalado, el Tribunal Constitucional a estos efectos debe hacer uso de su rol de “poder moderador”, conforme al cual trata de evitar o apaciguar los posibles conflictos que puedan dañar la institucionalidad del país, aunque desde luego sin invadir competencias que le sean ajenas.
39. En este orden de ideas, es posible definir los contornos de nuestro régimen de gobierno sobre la base de los siguientes principios de identidad:

Principio de separación de poderes: hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales, políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo (Congreso), o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo (Gobierno)). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los denominados poderes políticos.

Con base al principio de separación de poderes es claro que nuestro modelo no aspira entonces –a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario– a la

confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe algo así como un “primer poder” de Estado. e reconoce, pues, la división de poderes y se prevé formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.

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

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

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

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

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

Así visto, con base en este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Al respecto, si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, vinculada a

la lucha entre los diversos actores involucrados, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política, y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros aspectos. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente cierto en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los casos sometidos ante él, atendiendo al su rol moderador y pacificador de conflictos.

Principio de solución democrática: este principio pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales, debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberativas (es decir, mediante el diálogo institucional, o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos) y, únicamente en su defecto, apelar a la elección popular como *ratio final* y superior.

De esta manera, el sistema de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de diálogo que permitan resolver las controversias sin apelar, en primer término, a formas plebiscitarias o meramente mayoritarias de democracia. En ese sentido, corresponde a los actores políticos e institucionales, y desde luego en ello juega también un rol central el Tribunal Constitucional, promover que en las instancias de discusión institucional se produzcan diálogos robustos e inclusivos, lo cual comprende la necesidad de incorporar a los ciudadanos, en especial a los directamente perjudicados por alguna medida, y a los especialistas, en el proceso de toma de decisiones. Cuando dicho diálogo fracasa, y se produce una crisis política o institucional irresoluble, será necesario apelar al depositario originario del poder político: los ciudadanos, el pueblo.

40. Al tratarse todos estos de principios que identifican a nuestra forma de gobierno presidencialista asimétrico, y que permiten delimitar debidamente las relaciones entre los denominados poderes del Estado, su regulación y ejercicio deben estar siempre encaminados al respeto de estas señas de identidad previstas en la Constitución, sin desnaturalizarlas ni vaciarlas de contenido. Son parte, pues, del ya referido “núcleo duro” de nuestra Norma Fundamental, en los términos ya recordados en esta sentencia.

§3. La vacancia presidencial y la causa de permanente incapacidad moral en el constitucionalismo peruano

41. Si bien pueden tener diversas manifestaciones, las relaciones entre los Poderes Ejecutivo (Gobierno) y el Legislativo (Congreso) siempre deben darse dentro de los márgenes establecidos por la Constitución, es decir, dentro de lo constitucionalmente posible. Al respecto, como ha sido expresado ya, la regulación constitucional de dichas relaciones ha ido cambiando con el tiempo, con base a coyunturas o necesidades históricas específicas. En el marco de estas relaciones, aparece precisamente en nuestro constitucionalismo la figura de la vacancia por “incapacidad moral”.

42. Al respecto, y como se destaca en varios textos de lectura obligatoria del profesor Omar Cairo sobre la materia, así como en el informe de *amicus curiae* presentado por profesor Leysser León, es necesario empezar señalando que la noción de incapacidad moral fue importada del Derecho francés y replicada tanto en los códigos civiles peruanos como en las constituciones del siglo XIX. Implicaba identificar a la incapacidad moral con incapacidad de tipo mental.
43. Sobre la expresión *morale*, en primer lugar, se detecta que en el marco de la referida doctrina francesa tiene actualmente dos acepciones principales: la primera para hacer referencia a *incapacité physique* y *morale*, es decir, básicamente a la capacidad física e intelectual; la segunda para hacer referencia a la *personne physique* y a la *persona morale*, que en español alude a la persona natural y la persona jurídica⁸.
44. Como se desprende del informe de *amicus curiae* y los textos antes indicados, es necesario precisar que el origen francés de la incapacidad moral surge en el derecho eclesiástico, “devenido luego del derecho civil de la familia, donde la expresión *incapacité morale*, se volvió común para graficar una hipótesis de nulidad de matrimonio, la referida a la incapacidad mental congénita o sobrevenida de uno de los contrayentes”. Esta referencia de contenido jurídico estuvo en sintonía con obras dedicadas a las frenopatías (hoy psiquiatría), en las cuales se incluía a la *incapacité morale*⁹.
45. Ciertamente, este lenguaje privatista francés en torno a la incapacidad moral no estuvo ajeno para la Constitución de Cádiz, que es el texto que sirve de base para las constituciones de las nacientes repúblicas de América Latina, y tampoco lo fue para los primeros constituyentes peruanos que la incorporaron como causal de vacancia del presidente de la república. En relación con la Constitución de Cádiz, en el artículo 25, inciso 1 se estipuló que el ejercicio de la ciudadanía española se perdía “en virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral”, lo cual aludía claramente a ineptitud personal como a ineptitud mental o intelectual.
46. Esta discusión sobre incapacidad física o moral (mental) se mantendría inalterada hasta la Constitución de 1933. En el diario de debates del Constituyente de 1931 se puede constatar que se usaba y discutía a la incapacidad moral como incapacidad mental. Allí más bien la discusión se centró en determinar si la incapacidad física ya incluía a la mental (moral) y que por tanto debía prescindirse de dicho término en la Constitución como precisaré más adelante.

8 Ver: MEZA, Yelena. “Vacancia por «incapacidad moral» a la luz del derecho francés”. En La Ley el ángulo legal de la noticia. (<https://laley.pe/col/551>). [22/09/2020]

9 El médico francés Guilain precisa que los dementes tienen una incapacidad especial, la cual es *incapacité morale*. Asimismo, señala que un demente no entiende sus intereses, apenas se concibe a sí mismo y comprende la realidad. Cfr. GUISLAIN, Joseph. Leçons orales sur les phrénopathies, ou traité théorique et pratique des maladies mentales: cours donné à la Clinique des établissements d’aliénés à Gand, Gand, 1852, p. 55.

47. Además de ello, resulta pertinente realizar algunas precisiones históricas ulteriores sobre la figura de incapacidad moral permanente, pues es mucho lo que ha sostenido o especulado al respecto. En este sentido, se ha señalado que, en la historia de nuestro país, la *exoneración* del cargo supone el primer antecedente histórico a lo que significó la incapacidad moral. Al respecto consideramos que en primer lugar debe tenerse en cuenta el acta de sesión de 23 de junio de 1823 del Congreso de la República, a partir del decreto de 19 de junio expedido por Riva- Agüero, en el cual se cesa de sus funciones al presidente de la República.

“Que en fuerza de los decretos de 19 y 21 del que rige acerca de la creación de un supremo poder militar revestido de todas las facultades necesarias para salvar la república, *se declara haber cesado el Presidente de ella, D. José de la Riva Agüero, en el ejercicio de sus funciones*”¹⁰ (resaltado nuestro).

48. Teniendo en cuenta el contexto convulso de esa época, Riva-Agüero expide el decreto de 19 de junio para que Sucre consolide poder en el Perú a fin de configurarse como antesala del arribo de Simón Bolívar. Este mencionado decreto surgió como producto de una negociación entre Riva-Agüero y el Congreso, y concluyó con la salida del primero del ejecutivo. Así, el Congreso emitió el decreto de 23 de junio, con el cual lo exoneró del cargo. Debido a que Sucre delegó el poder en Torre Tagle el 17 de julio, Riva-Agüero desde Trujillo se autoproclamó presidente del Perú y decretó la disolución del Congreso el 19 de julio, con el cual además desconoció el decreto de 23 de junio de 2020¹¹. El Congreso, una vez reinstalado el 8 de agosto, confirmó el decreto de 23 de junio y declaró a José de la Riva Agüero como reo de alta traición¹².
49. Y es sobre los delitos que fueron expresados por el Congreso que la Corte Suprema evaluó posteriormente los cargos contra Riva Agüero, determinando inclusive el tiempo en el que ejerció legítimamente el poder¹³. Por ello, de esta pugna entre el Congreso y Riva Agüero, en una etapa convulsa para la consolidación de la independencia, no puede desprenderse que nos encontramos ante un caso histórico relacionado con la incapacidad moral, en el cual se haya evaluado la aptitud o dignidad en el cargo de Riva Agüero, a modo de antecedente vinculado con la mencionada causal objetiva de vacancia. Ello más aún si la Constitución de 1823 no se encontraba vigente durante los acontecimientos aquí revisados y tampoco regulaba una disposición semejante.
50. El segundo caso en que se alude la aplicación de vacancia por incapacidad moral fue el de Guillermo Billinghurst. En efecto, tras su propuesta de reforma en la cual convocaba

10 Ver: RIVA-AGÜERO Y SÁNCHEZ BOQUETE, José de la. *Memorias y documentos para la historia de la independencia del Perú y causas del mal éxito que ha tenido ésta*, Tomo I, Librería de Garnier Hermanos, París, 1858, pp. 219-220.

11 Íbidem, pp. 191-192.

12 Cfr. BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Empresa Editora El Comercio, Lima, 2005, p.69.

13 RIVA-AGÜERO Y SÁNCHEZ BOQUETE, Loc. Cit. p. 218

a un plebiscito para que las elecciones presidenciales y parlamentarias se realizasen en la misma fecha, los congresistas firmaron una petición de vacancia por incapacidad moral. Sin embargo, esta no se llevaría a cabo, pues Billinghurst sufrió un golpe de estado militar comandado por Oscar R. Benavides.

51. Además de lo indicado, debo precisar que durante el mandato de Billinghurst no se encontraba vigente la Constitución de 1867, como se afirma en el escrito de contestación de la demanda. En efecto, como se sabe, esta Carta fundamental duró cinco meses, lo cual se confirma con la dimisión de Prado el 5 de enero de 1868, para que luego se recupere la vigencia de la Constitución de 1860 planteada por el Presidente interino Diez Canseco, quien además convocó a elecciones según las disposiciones de esta última.
52. Por otra parte, siguiendo con las precisiones, encontramos que el término *incapacidad moral* estuvo acompañado, desde su génesis en la historia constitucional peruana, del adjetivo *permanente* o expresiones sinónimas. Lo anterior puede constatarse desde su incorporación a través de la Constitución de 1839, bajo los términos de “perpetua incapacidad moral” (art. 81), o en uno de los textos de mayor vigencia como es la Constitución de 1860, la cual la reguló como “perpetua incapacidad moral del Presidente” (art. 88). Ello, claro está, salvo las excepciones de la Constitución de 1856 (art. 83) y la Constitución de 1867 (art. 80).
53. Así las cosas, el adjetivo de *permanente* tampoco resulta trivial para los constituyentes del siglo XX. En los debates del Constituyente de 1931 se observa la preocupación por precisar la incapacidad moral, diferenciándose de incapacidad física, así como por mantener el adjetivo *permanente*.

“El **Relator** leyó: Artículo 10º.- La presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el congreso. [...]”

El señor **Gamarra**: [...] i el Congreso ha de declarar la vacancia del Presidente de la República, no habrá de hacerlo arbitrariamente, sino que lo hará en vista de instrumentos, de documentos que acrediten esa incapacidad [...] ¹⁴.

El señor **Arca Parró**: Señor Presidente: Creo que es conveniente que se aclare el término “incapacidad moral” que contiene el artículo en debate. Al hablar de incapacidad moral, deseamos que la Comisión aclare si dentro de este término está la rigidez mental; porque puede hacer la distinción entre la incapacidad física propiamente dicha y el hecho tangible de que una persona que se encuentra privada de una función cualquiera esté perfectamente capacitado para realizar sus funciones intelectuales. La incapacidad moral, tal como se dice simplemente, en el Artículo,

14 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates del Congreso Constituyente de 1931, 18ª sesión: debate constitucional, 4 de abril 1932, p. 2414.

puede ser materia de apreciaciones más o menos elásticas. Queremos saber, pues, si el término incapacidad moral es suficiente para comprender el estado de rigidez mental. En nuestro concepto, no lo es

El señor **Tirado**.- [...] Ahora bien, si el Presidente adquiere una enfermedad que le imposibilita, material o mentalmente, para el ejercicio de sus funciones, es claro que está físicamente incapacitado [...].

El secretario señor **Escardo Salazar**.- [...] La palabra “Permanente” descarta, por completo, la posibilidad de que se rehabilite el sujeto para actuar posteriormente¹⁵.

El señor **Arca Parró**.- La objeción fundamental se refiere a saber si dentro del término que se emplea el Artículo: “incapacidad moral”, se comprende la incapacidad mental, porque nos resistimos a creer que ésta se comprenda dentro de la incapacidad física, [...]. Insisto señor Presidente, en que el término incapacidad moral es demasiado elástico, porque si fuéramos a interpretarlo en su sentido corriente, su primera acepción se referiría, seguramente no al aspecto mental, sino, más que todo, a la conducta del sujeto. Por lo menos, ésta es la interpretación vulgar; e interpretar, es este aspecto, la vida de un sujeto y, más que todo la vida de un político, es susceptible de demasiada elasticidad; unas veces puede ser beneficioso, pero en otras puede ser con desmedro de los intereses nacionales [...].

El señor **Paredes**.- [...] En efecto, el término moral, de suyo genérico, creo que ha sido tomado por la Comisión de Constitución, en el sentido de incapacidad mental, como acaba de explicar el señor Arca Parró; por lo que juzgo, como él, que debe emplearse la palabra mental, en vez de moral [...].

El secretario señor **Escardo Salazar**.- En realidad es importante la indicación del señor Arca Parró, y creo, por lo mismo, que se podría enmendar el artículo con la frase: “Permanente incapacidad física, psíquica y moral”. El factor psíquico representa el estado mental del individuo.

El señor **Bustamante de la Fuente**.- Yo creo que hay que mantener la redacción del Artículo propuesto por la Comisión de Constitución, dejando al congreso la facultad de apreciar la incapacidad del Presidente. No podemos entrar en detalles; y por eso es preferible usar un término general: incapacidad [...]¹⁶.

El señor **Guevara**.- [...] La incapacidad no es una enfermedad pasajera, sino un defecto orgánico permanente del individuo [...] Teniendo en cuenta la incapacidad física, en el seno de la Comisión se había propuesto el término; pero, con el objeto de contemplar una mayor afluencia de facultades para el Congreso, se ha adoptado el otro término de incapacidad moral, que es mucho más amplio [...]

15 Íbidem, p. 2415

16 Íbidem, p. 2416

La incapacidad moral puede ser consecuencia de enajenación mental. Hay ciertas formas de enajenación mental que se traducen en manifestaciones inmorales. En el terreno de la moralidad, es frecuente que esas manifestaciones inmorales produzcan la vesania o alguna otra forma de locura. El criterio del Congreso será, pues, fuera de sus antecedentes y de los hechos realizados, resolver si se trata de una incapacidad moral o de una incapacidad física. Si la locura es en una forma tan grave como, por ejemplo, la locura paranoica, que incapacita fisiológicamente al individuo, esta incapacidad no sólo será incapacidad mental, sino incapacidad física [...]

El señor **Cuculiza**.- Refiriéndome a la ampliación propuesta por el señor Escardó Salazar, para que se diga: “incapacidad psíquica, física y moral”, debo manifestar que, en mi concepto, el término psíquico comprende la incapacidad moral, puesto que dicho vocablo comprende todo el espíritu, con sus tres facultades bien definidas, que son: pensamiento, sentimiento y voluntad. Por consiguiente, encuentro que estaría de más la palabra moral.

El señor **Presidente**.- [...] Se va a votar el Artículo, tal como ha sido propuesto en el proyecto de la Comisión del Constitución. [...] (Votación).- Ha sido aprobado¹⁷.

54. Como se puede observar respecto a este debate existen dos posiciones: mientras unos consideran que lo físico incluía lo mental [moral] (Tirado y Cuculiza); otros, por el contrario, consideraban que lo mental era independiente de lo físico e incluían la incapacidad mental dentro de lo moral (Arca Parró). En todo caso, se verifica además que el término permanente no era decorativo, implica el modo de la incapacidad que estaba condicionada a ser una definitiva. En este escenario, es evidente que se valoró el riesgo de incluir la incapacidad moral en dichos términos, aún cuando la mayoría consideró que por incapacidad moral se aludía a enajenación mental, se comenzaron a dar elementos que hubiesen podido relacionarse también a la conducta del mandatario.
55. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, se entiende la redacción del artículo 144 de la Constitución de 1993¹⁸. Ahora bien, una situación distinta sucedió en el diario de debate del Constituyente de 1979, en el cual se dispuso la eliminación de *permanente* respecto de la incapacidad moral. Es pues necesario analizar el diario de debates sobre el particular:

“El **Relator** leyó: “Artículo 7.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso. (...)”

¹⁷ Íbidem, p. 2417.

¹⁸ “La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1. Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;(...)”

El señor **Cornejo Chávez**.- Pregunto señor Presidente, si es deliberada la posibilidad que un enfermo mental pueda ser Presidente, porque dice “por incapacidad física o moral”. ¿Así que el enfermo mental sí puede serlo?, ¿Qué razones ha tenido la Comisión para proponer esta innovación?

El señor **Melgar**.- No se ha puesto el término de enfermedad mental, porque la psiquiatría, feliz o lamentablemente, ahora ha ampliado su catálogo de diagnóstico de tal manera que no es posible hablar de una enfermedad mental. De repente el hombre más sano resulta con el diagnóstico de enfermo mental. Por eso hemos tenido el cuidado de no usar ese término.

El señor **Cornejo Chávez**.- [...] []i no se pone esa explicación científica o sudocientífica, resulta literalmente que la persona que no padece incapacidad física, ni moral, sino mental, un esquizofrénico declarado que tira piedras a la calle, puede ser Presidente de la República. Muy bien, debe ser “incapacidad física, mental o moral”. La moral es lo que me parece más difícil de calificar.

El señor **Chirinos Soto**.- [...] [E]n cuanto a la incapacidad moral que está considerada en la Constitución, es evidentemente difusa, la califica el Congreso por supuesto. Declarada por el Congreso es el tipo de incapacidad que se vio en Estados Unidos para precipitar la renuncia de Nixon. No había cometido tales o cuales delitos, pero había tenido una conducta inmoral. Entonces, a un hombre de esa conducta inmoral se le amenazó con el juicio constitucional. En este caso sería un tipo de incapacidad que sin haber llegado el Presidente a la perpetración de delitos, moralmente lo inhabilita por razón muy difícil de determinar, pero que tendría que ser declarada.

El señor **Valle Riestra**.- El inciso está mal redactado de todas maneras, señor Presidente. Porque interpretándolo textualmente, se deduce lo siguiente: “Por incapacidad física o moral permanente”, de donde una incapacidad moral transitoria o accidental no sería causa de destitución. Quiere decir que si el Presidente se redime de su inmoralidad o alguien la considera tal, entonces ya no hay una incapacidad permanente sino subjetiva.

Ahora lo de la “incapacidad física”, tal como está redactado, podría haber significado que Roosevelt no habría sido Presidente de los Estados Unidos. Tiene que ser, como dice el señor Aramburú: Incapacidad que lo imposibilite para el ejercicio de su cargo. Esto es cierto en la Constitución actual, pero está redactado mejor, porque dice, “por permanente incapacidad física o moral del Presidente” e está haciendo énfasis en la incapacidad física permanente y lo de moral no lo pone.

El señor **Chirinos Soto**.- Por ejemplo en el caso de un ebrio, no comete delito; y el caso se ha dado en el Ecuador, con el Presidente Arosemena; hasta en un escándalo, no hay delito, no puede ser enjuiciado, pero hay una incapacidad moral. Yo estoy de acuerdo con que la expresión es vaga, pero es indispensable, porque el Presidente podría incurrir en incapacidad moral.

El señor **Melgar**.- Señor Presidente; el problema original es si lo mental se cubre de alguna manera. Hemos creído que lo mental se cubre con lo físico. No hemos querido connotar el término mental, porque es problemático. La psiquiatría, no obstante las informaciones últimas que nos ha dado el señor Cornejo Chávez, en este momento tiene una vastísima controversia respecto a qué es una enfermedad mental. Ahí sí podría haber argumentos para debilitar una posición o hacer prospera determinados intereses o intenciones. Lo físico cubre lo mental. Lo moral consideramos que es forzoso poder presentarnos con cierta pulcritud ante la opinión pública y consagrar en la Constitución ese objetivo de pulcritud, porque retirar lo moral va a ser un poquito raro máxime que la Constitución actual lo consagra. De modo, señor Presidente, que la Comisión mantiene el texto¹⁹.

56. Al respecto, observo que, si bien los constituyentes discutieron en torno a los conceptos de incapacidad moral, física y mental, la principal diferencia con la Constituyente de 1931 fue que mientras esta última entendía la incapacidad moral dentro de lo mental, la Comisión de la Asamblea Constituyente de 1979 “consideró que la incapacidad física incluía la enfermedad mental”²⁰. Asimismo, que finalmente se haya suprimido el adjetivo permanente para incapacidad moral es relevante, en tanto había el riesgo de que se pudiera relacionar a la conducta del mandatario (inmoralidad) debía apartarse de lo permanente o transitorio para no ser incongruente. La idea entonces que prevaleció fue de una causal abierta, una “salida política” en términos de Chirinos Soto, para que el Congreso evalúe políticamente la conducta del presidente que era reprobable sin configurarse en delitos²¹.
57. Si bien la posición del Constituyente de 1979 era novedosa para la tradición histórica sobre *incapacidad moral*, esta fue rechazada por la mayoría del Constituyente de 1993 y, por el contrario, se retomó el sentido interpretativo del constituyente de 1931, plasmado en la Constitución de 1933.

“El señor Presidente [**Torres y Torres Lara**].- Muy bien, hablaré a título personal indicando que la mayoría coincide conmigo.

En cuanto al inciso 1), “Incapacidad permanente física o moral, declarada por el Congreso”, nosotros consideramos que debe quedar como está, por las siguientes razones. Este inciso ha sido materia de modificación en la Constitución de 1979 y ha generado constantes conflictos y tensiones.

19 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates, Asamblea Constituyente 1978-1979, tomo IV, 1979, pp. 8-9.

20 EGUIGUREN, F. “La responsabilidad constitucional y penal del presidente de la república del Perú”. Lima: Tesis para optar el grado académico de Doctor en Humanidades en la PUCP, 2007, p. 229.

21 Ídem

Durante el período de su aplicación, en muchas oportunidades, parlamentarios con poca prudencia han amenazado constantemente con la aplicación de este inciso, con lo cual generaron permanente inestabilidad en los gobiernos.

Este concepto se ha originado, en consecuencia, por el cambio que se estableció en la Constitución de 1979, donde se señaló, como se está planteando ahora, que por una simple incapacidad moral pueda ser removido el Presidente de la República. Como la incapacidad moral no está precisada, puede llegarse a situaciones extremas.

He tenido la oportunidad de leer, como siempre lo hago, los textos de los constitucionalistas más distinguidos, como es el doctor Chirinos Soto. Él menciona en su texto el caso del Presidente de un país vecino que incurría en algún tipo de excesos menores, pero que podrían haber sido calificados de incapacidad moral: un pequeño exceso de consumo de alcohol en alguna reunión que tuvo y que refiere el doctor Chirinos Soto en su obra.

El concepto de incapacidad moral, así señalado en la Constitución, muy genéricamente, puede desestabilizar a cualquier gobierno, y consideramos que esto no es prudente. Por eso creemos que debemos regresar al concepto de que la remoción del Presidente debe producirse cuando tiene incapacidad física o moral permanente; no por un acto con que dé la apariencia de incapacidad moral, sino que se presente como una persona que es permanentemente incapacitada moral.

Quiero referirme, en este sentido, a la Constitución de 1933, cuyo artículo 144 decía: “La Presidencia de la República vaca, además de caso de muerte: 1) Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso”, que es un texto distinto del actual, el cual dice: Incapacidad moral o permanente incapacidad física. Nosotros queremos retornar al concepto establecido en la Constitución del año 1933”²².

58. Ahora bien, es posible comprobar entonces, a partir de un tipo de interpretación histórica, que el inciso 113 inciso 2 al hacer referencia a *permanente incapacidad moral* se refiere a una enfermedad mental definitiva que padece el Presidente de la República del Perú y, por ello, es que terminaría siendo declarada por el Congreso. El método histórico que he evaluado tiene sentido en cuanto la institución de incapacidad moral permanente es de larga data en el Perú. Asimismo, ha estado contenida en ocho disposiciones constitucionales en la historia peruana. De allí que es imprescindible su análisis como punto de partida a partir de este método de interpretación.

22 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático, 33ª sesión, 24 de marzo de 1993, p. 1264.

§4. La causal vacancia al presidente por “permanente incapacidad moral” en el marco de la Constitución de 1993

59. Realizado este repaso histórico, es necesario abordar ya de manera directa la causal de “permanente incapacidad moral” en el marco de nuestra actual Constitución. En este orden de ideas, en primer término me encargaré de analizar más específicamente qué significa el contenido “moral” en la expresión incapacidad “moral”.
60. Como ya fue indicado, desde diferentes especialidades (Derecho Comparado, Historia Constitucional, Derecho privado), la incapacidad “moral” hace referencia *prima facie* a una incapacidad “mental”, en la medida que aparece de manera complementaria y junto a la “incapacidad física”.
61. Como también fue precisado la expresión “moral” aparece como un galicismo que alude a la voz francesa *morale*, que se usa para hacer referencia a un contenido variado, pero que no se relaciona con los valores morales o éticos. Además de ello, es necesario tomar en cuenta que, en el idioma castellano, y más específicamente en el lenguaje jurídico, aparecen diversos usos de la palabra “moral” que podrían dar cuenta fácilmente de este uso: daño moral (daño emocional o psicológico), persona moral (persona jurídica), autonomía moral (discernimiento, capacidad de juicio), integridad moral (indemnidad de la autonomía personal), violencia moral, etc. En estos casos, resulta indubitable, la palabra “moral” no se refiere esencialmente a contenidos morales, en el sentido de “hacer lo debido” o del “razonamiento práctico”.
62. En este sentido, además, es muy claro por qué la “incapacidad moral” se encuentra regulada junto con la vacancia por “incapacidad física”. Efectivamente, la causal de la referencia dice que la Presidencia de la República vaca por “u permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso”. Esta relación entre las referidas incapacidades viene dada porque ambas deben ser entendidas en el marco de una situación de salud que constituyan un impedimento para el desempeño de las facultades del presidente.
63. No obstante, queda claro que si bien son muchas y muy diversas las situaciones que un estado de salud puede deteriorarse, no todas ellas podrían constituirse en justificación razonable para invocar a la así llamada “incapacidad moral”, entendida como incapacidad mental. Y es que, si bien la incapacidad mental, de manera general, es pasible de ser comprobada objetivamente a través de una evaluación médica, no sucede lo mismo, en principio, con la relación existente entre los distintos niveles de incapacidad mental y las aptitudes necesarias y específicamente relacionadas con el ejercicio del cargo de presidente de la República.
64. En ese entendimiento, y para evitar una discrecionalidad tal que resulte ajena a lo advertido precedentemente, estimo que la denominada “incapacidad física y moral permanente” requiere no solo ser precisada en cuanto a sus alcances, sino también, y en base a una interpretación *aditiva*, ser comprendida en el sentido de que la misma deba ser declarada expresamente, para no otorgar margen de duda sobre su contenido y aplicación. Veamos esto con más detalle a continuación.

65. En línea con lo recientemente expuesto, es necesario indicar que la causal de vacancia contenida en el artículo 113, inciso 2 hace referencia a una incapacidad moral “permanente” y “declarada por el Congreso”. Ambas nociones están relacionadas con la objetividad de la causal (que, como veremos luego, es una característica de todas las causales de vacancia) y, siendo así, debe quedar claramente delimitado que es lo que ellas exigen.
66. En primer lugar, encontramos que la incapacidad debe ser *declarada* por el Congreso de la República en el sentido de que tan solo resulta necesario constatar una situación fáctica, y por ende tampoco se trata de una situación jurídica que el Poder Legislativo (Congreso) pueda constituir al margen de los hechos del mundo. En este sentido, la incapacidad regulada hace referencia a una realidad que es independiente de la voluntad política del Congreso y que a este solo le correspondería “declarar”. No olvidemos que el concepto de vacancia apela, desde siempre, a la existencia de una circunstancia objetiva que demuestre que el Presidente o Presidenta de la República no se encuentra en condiciones de ejercer su cargo. Estamos hablando entonces de una constatación, y no de una evaluación subjetiva, y menos aún, sustentada en razones de cálculo político.
67. Al respecto, y en el caso de la incapacidad física, la situación no parece revestir mayor complejidad, pues bastaría con informes médicos emitidos por comisiones médicas del Ministerio de Salud y Essalud, en tanto que representan documentos públicos dotados de fe pública y que tendrían plena validez probatoria respecto al estado de salud del presidente. Obviamente, y para no contradecir los parámetros convencionales y constitucionales existentes, el grado de deterioro físico debe ser de tal magnitud que objetivamente resulte imposible que quien se venía desempeñando como presidente o Presidenta desempeñe la función que se le había encomendado.
68. En el caso de la llamada “incapacidad moral”, y en la medida que debe ser entendida como incapacidad mental grave, ella prima facie también debe aparecer expresamente determinada en informes médicos o expertos emitidos con dicha finalidad. Y es que, como bien se ha señalado en el *amicus curiae* presentado por la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Derecho de la PUCP, el solo hecho de tener una discapacidad mental no puede ser tomado como una excusa o razón suficiente para impedir el ejercicio del derecho fundamental a la participación política, consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política, en relación con el principio-derecho de igualdad.
69. Lo anterior, desde luego, va de la mano con el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad a través de la modificación y derogación de, por ejemplo, algunos artículos del Código Civil, del Código Procesal Civil y del Decreto Legislativo del Notariado, mediante la aprobación del Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de setiembre de 2018.

70. Al respecto, en aras de precisar que no toda discapacidad mental resulta inhabilitante, sino que, por el contrario, el Estado (y la sociedad) no les debe restar indebidamente su autonomía, vale la pena mencionar algunos de los cambios más significativos introducidos por la referida normativa, los cuales, tal como fue sintetizado en su exposición de motivos, son los siguientes:

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

71. De este modo, lo que corresponde es más bien reivindicar a las personas con discapacidad, devolviéndoles el estatus de verdaderos sujetos de Derecho, de conformidad con los estándares actuales en materia de protección de los derechos humanos (cfr. STC 00194-2014-PHC y STC 05048-2016-PA).
72. En este orden de ideas, los informes médicos propuestos para sustentar una discapacidad mental dirigida a sustentar una posible vacancia solo resultarán atendibles si la referida discapacidad es expresa e indubitavelmente grave, que inhabilite definitivamente a una persona para ejercer el cargo (en sentido similar a como se comprendería una incapacidad física permanente), pues solo en aquel supuesto no sería posible darle continuidad a las distintas labores y competencias que ejerce el Presidente o Presidenta de la República. Por lo demás, una interpretación como esta no solo sería respetuosa de los derechos fundamentales reconocidos en la actual Constitución, sino que también guarda concordancia con una lógica de convencionalización del Derecho, en donde debe tomarse en cuenta, para este caso en particular, lo señalado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).
73. De otro lado, en cuanto al contenido vinculado con la expresión *permanente*, se trata de un concepto descriptivo que, se refiere a algo que podría ser determinado de manera

indubitable y comprobada, a través de medios objetivos y técnicos (como fue indicado, del modo análogo e igual de riguroso que al que permitiría acreditar una incapacidad física de carácter permanente).

74. Para aclarar el panorama al respecto, y como se ha señalado dentro de este proceso competencial, esta causal de vacancia se refiere “a los casos en que el primer mandatario, como consecuencia de una situación sobrevenida, se vea afectado en su salud mental o física, y *de manera irreversible, o sea, que no pueda ser objeto de tratamiento terapéutico*” (*amicus curiae* presentado por el abogado Leysser León Hilario, subrayado nuestro).
75. Como puede apreciarse entonces, lo permanente no depende de una correlación de votos, sino de una acreditación objetiva, no solo sobre un padecimiento de una incapacidad física o mental grave, sino también de que la misma no puede revertirse ni con un tratamiento médico al respecto. Una vez más, ello debe quedar fehacientemente acreditado en los informes médicos emitidos por comisiones médicas, por ejemplo, del Ministerio de Salud o Essalud, en tanto que ellas pueden emitir documentos públicos dotados de fe pública, convocadas para el particular.
76. Además de lo señalado, me parece importante mencionar que, de una lectura integral del artículo 113 de la Constitución, el cual regula las causales de vacancia presidencial, puede apreciarse que allí, en concordancia con el concepto de vacancia ya explicado en este mismo texto, se hace referencia a supuestos en los que solo se requiere constatar la ocurrencia de hechos objetivos, como son, por ejemplo: la muerte del presidente, su renuncia, que este haya salido del territorio nacional sin permiso del Congreso o que no haya vuelto en el plazo indicado, o que haya sido destituido por juicio político.
77. Como puede apreciarse, todos estos supuestos tan solo implican constatar situaciones de hecho en las que prácticamente no cabe mayor deliberación sobre lo ocurrido. Y ello es así, porque aquí de lo que se trata es de evitar una situación de vacío de poder en el ejercicio de la presidencia, ante la materialización fáctica de algunos de los supuestos establecidos en la referida disposición.
78. Por esta razón, entonces, ninguna de las causales establecidas en artículo 113 de la Constitución busca que los congresistas ingresen en un proceso de deliberación compleja orientado a remover un presidente por razones de conveniencia u oportunidad política, tomando en cuenta además que ello tendría que ser definido discrecionalmente por el Congreso de la República, algo que, como anoté en su momento, no resultaría coherente con nuestro modelo de gobierno.
79. Efectivamente, en el marco de nuestra forma de gobierno, en ningún caso podría interpretarse que estas causales representen una especie de “sanción” en contra de un presidente en ejercicio. Recordemos que, en efecto, en nuestro modelo el Presidente de la República no responde políticamente por sus actos (ello le corresponde a los ministros) y que son los ciudadanos quienes deciden quién ejerce la presidencia (y no el Congreso, como ocurre en los sistemas parlamentaristas).

80. Ahora, y no obstante lo indicado, queda claro también que dentro de las causales de vacancia establecidas en el artículo 113, se encuentra una peculiar, precisamente la referida a las ya mencionadas incapacidades “física” y “moral”. Al respecto, si bien no ha sido puesta en duda la objetividad de la incapacidad física, sin embargo, sí se discute si ocurre lo mismo con la denominada “incapacidad moral”.
81. Esta discusión cobra una relevancia fundamental y no puede ser soslayada por este Tribunal. Y es que, el hecho de que haya habido hasta tres intentos de vacancia en el presente quinquenio, en los cuales se ha invocado (debida o indebidamente) esta causal, nos habla de la relevancia que ha cobrado en la manera de cómo se articula el poder y las relaciones dentro del aparato institucional configurado en la Constitución vigente y, por ende, tomando en cuenta el rol del Tribunal Constitucional al que me he referido *anteriormente*, es necesario un pronunciamiento expreso y claro por parte de este Tribunal, que zanje el contenido problemático de dicha cláusula, el cual evite en el futuro interpretaciones antojadizas que lleven a escenarios de grave crisis institucional, pero a la vez (como dejare anotado al final de mi voto) que permita también dar una respuesta sensata frente a graves inconductas por parte de quien ejerce la presidencia.
82. Ahora bien, en función de lo señalado precedentemente, reitero que la causal de vacancia referida a la “permanente incapacidad moral” debería entenderse también como una causal objetiva, respaldada en una constatación fáctica, que no requiere una mayor complejidad interpretativa o argumentativa. Esto es así, no solo porque está al lado de otras causales que son objetivas, sino sobre todo porque la regulación del conjunto de causales da cuenta de lo que puede (y no puede) hacer el Congreso en el marco de nuestro régimen de gobierno. En otras palabras, no podría interpretarse como una causal de vacancia al presidente un supuesto a través del cual el Congreso pueda removerlo discrecionalmente, tan solo con base en contar con los votos necesarios para hacerlo (como podría ocurrir con la jefatura de gobierno en un régimen parlamentario).
83. Por tanto, me encuentro en desacuerdo con cualquier postura que pretenda asimilar la “incapacidad moral permanente” con algo así como una “moral pública”, o vinculada con actos que riñan con lo que alguna persona o grupo de personas puedan considerar “buenas costumbres” (máxime si, como veremos, para esta causal se prevé un proceso sumamente célere). Una posición como esta no coadyuva a brindar la necesaria seguridad jurídica para el ejercicio del cargo del Presidente de la República, y lo deja más bien expuesto a los vaivenes de las correlaciones político-partidarias que pueda forjar al interior del órgano que lo podría vacar, esto es, el Congreso de la República.
84. Sin embargo, afirmar esto no equivale sin más a eximir de toda responsabilidad al presidente ante cualquier situación que pudiera tener consecuencias jurídico- constitucionales relevantes. Un escenario como este no resultaría acorde con las exigencias de un Estado Constitucional que se precie de brindar respuestas adecuadas frente a situaciones gravísimas e insostenibles que puedan presentarse en el ejercicio de cargos públicos.

85. Es por ello que considero que, tomando que pueden presentarse esos escenarios, y en aras de esclarecer lo aquí planteado, considero necesario explicitar una vía interpretativa posible que prevé la Constitución, de tal modo que no se genere ningún vacío indeseable. Esto, desde luego, sin perjuicio de que posteriormente esto sea regulado y perfeccionado de manera explícita por el legislador constituyente.

§5. Suspensión del presidente de la República por indignidad o mal desempeño

86. Como había señalado, si bien la incapacidad moral es incapacidad mental, a la vez sería indeseable descartar sin más la existencia de una vía constitucional que permita encausar supuestos en los que existan situaciones de grave inmoralidad o de mal e insoportable desempeño.
87. Al respecto, es menester tener en cuenta que la Constitución es clara en evitar que el presidente sea investigado o incluso removido de su cargo si no es por las causales establecidas en el artículo 117 de la Constitución (traición a la Patria, impedir elecciones, disolver indebidamente el Congreso, o impedir el funcionamiento del Congreso o los organismos del sistema electoral), y no por otras razones, lo que, prima facie, con base en la normativa que más utilizamos al respecto, excluiría la posibilidad de que un presidente sea removido pese a haber cometido actos indignantes que, consensuadamente, se entienda que haga imposible que continúe en el cargo.
88. Al respecto, es necesario señalar que, además de ser una forma incorrecta de entender la causal de vacancia de “incapacidad moral permanente”, el procedimiento actualmente previsto (artículo 89-A del Reglamento del Congreso) es sumamente expeditivo, lo cual solo tendría sentido si se le considera (tal como hemos sostenido antes) como una causal objetiva, pero no lo tiene si se le considera como de una especie de “juicio político *express*”, como parecen considerar quienes sostienen que la “incapacidad moral” es, finalmente, un cajón de sastre ético. Dicha comprensión es peligrosa, no solo porque lesiona nuestro régimen constitucional de gobierno, sino porque, tomando en consideración el procedimiento parlamentario hoy existente (que permite que la vacancia por incapacidad moral se delibere y vote en un solo día), hace que se incurra en un flagrante “déficit deliberativo”, sobre el Tribunal Constitucional se ha referido ya en varias ocasiones (cfr. STC 00012-2018-AI y STC00006-2018-AI)
89. Frente a ello, considero que una alternativa constitucionalmente viable, y que no invade competencias del legislador orgánico modificando jurisprudencialmente el Reglamento del Congreso, surge al interpretar de manera amplia el artículo 114 de la Constitución. Allí se señala que “El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por (...) Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso”. En este artículo (que no alude en específico a alguna incapacidad “física” o “moral”) podría considerarse incorporados aquellos casos en los que el Presidente haya afectado irremediablemente la dignidad del cargo o que este haya tenido un mal desempeño que le impida continuar ejerciendo la presidencia, o situaciones similares (no vinculadas con acusaciones por delitos, pues esto viene regulado y restringido por el artículo 117 de

la Constitución). De este modo, propongo una interpretación disociativa del artículo 114 de la Constitución, que permita distinguir los casos de suspensión por incapacidad física o mental, de la que podría denominar “suspensión-impeachment” o “suspensión-juicio político”

90. A efectos de la tramitación de este modo de suspensión (alejándonos del modelo de “juicio político *express*” que venía ocurriendo con la vacancia por incapacidad moral), considero que solo podría darse a través de lo dispuesto por los artículos 99 y 100 de la Constitución, que garantizan de mejor modo el debido proceso o la racionalidad de la discusión. Al respecto, el artículo 100 de la Constitución hace referencia explícita a que, en ese marco, corresponde al Congreso, entre otras consideraciones, “suspender al funcionario”, que es precisamente lo que se busca con el artículo 114 de la Constitución (suspensión de la presidencia).
91. Este proceso, de activarse, podría empezar con un “reproche” de la Comisión Permanente (antes que, en sentido estricto, una “acusación” a la que hace referencia el artículo 117 de la Constitución) y para ello seguir el proceso establecido para las acusaciones. Asimismo, podría contar con una votación de 2/3 para suspender temporalmente al presidente mientras dure el procedimiento de juicio político, votación que es la que se encuentra prevista actualmente para el caso de la vacancia *express* por “incapacidad moral”. En este orden de ideas, la Comisión Permanente trabajaría este tipo de reproche como un supuesto particular de “infracción a la Constitución” (relacionado con los artículos 110 y 118, incisos 2 y 3), orientado únicamente a que el Pleno tome una decisión de suspensión por el tiempo que le falte al presidente para cumplir su mandato.
92. Asimismo, de llegar el caso al Pleno, este únicamente podría decidir sobre la suspensión por el tiempo restante del mandato presidencial, mas no pronunciarse respecto de otras medidas como la inhabilitación o la destitución, pues *prima facie* ellas solo pueden adoptarse en los supuestos de acusación previstos en el artículo 117 de la Constitución. Si el Pleno decide no suspender al presidente, este debería ser restituido en su cargo y no se podría volver a proponer su suspensión por los mismos hechos o por hechos sustancialmente análogos.
93. Así visto, con esta propuesta un presidente podría ser removido excepcionalmente, inclusive por razones de mal desempeño o por haber obrado de una manera que haga imposible su permanencia en el cargo, en un escenario más propio del juicio político (aunque con eventuales matices) procurándose que se respete el debido proceso parlamentario (y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal sobre esta materia), Además, no se ncurriría en déficits deliberativos (cfr. STC 00012-2018-AI, STC 00006-2018-AI), tomando en consideración los principios de equilibrio, cooperación y solución democrática (cfr. STC 00006-2018-AI, STC 00006-2019-CC) y sin necesidad de proponer ninguna modificación del Reglamento del Congreso en torno a la votación (que tiene reserva de ley orgánica).

94. Básicamente, entonces, con esto solo estaríamos interpretando en un sentido posible la “suspensión”, a la que hacen referencia los artículos 114 y 100 de la Constitución, y no arrogándonos el lugar del legislador, al regular totalmente un proceso como este. Sin perjuicio de ello, y precisamente con base a los principios de coordinación y solución democrática, considero que en términos de exhortación se debe conminar al Congreso a aumentar los votos que requieren lo que he denominado suspensión que se extienda hasta el final de la duración del cargo, en la medida que esa es una interpretación orientada a la Constitución (a consolidar y realizar la forma de gobierno constitucional).

§6. La evaluación de las situaciones recientemente acontecidas y las repercusiones que ello genera

95. Luego de lo expuesto, es evidente que en las dos últimas mociones de vacancia tramitadas por el actual Congreso de la República no se siguieron parámetros que están dentro de lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente necesario, sino que incluso se estuvo en el escenario de lo constitucionalmente prohibido. Y es que al desnaturalizar una causal de vacancia para lograr lo que en realidad era un juicio político encubierto, sin las garantías procedimentales que este juicio político tiene previstas, se realizaron acciones fuera del parámetro constitucional que, doloroso es decirlo, llegaron a romper el orden institucional previsto en nuestra Constitución, y nos llevaron a una situación que, independientemente de una legitimidad más bien formal que otorga un importante votación congresal, dejaba de lado la dinámica de separación de poderes y el equilibrio de poderes que reclama nuestra configuración como Estado y nos otorgó un gobierno lamentablemente al margen de lo que corresponde a un Estado Constitucional.
96. Ahora bien, necesario es anotar que nuestras sentencias no tienen efectos retroactivos, aún cuando en el ámbito de los procesos competenciales tienen un efecto nulificante de los actos dados con vicios de inconstitucionalidad. En ese sentido, bien puede reconocerse que las ya anotadas actuaciones del Congreso en estos últimos días (nombramiento de una nueva mesa directiva, y por ende, de un nuevo Presidente encargado de la Presidencia de la República, establecimiento de una comisión investigadora de la actuación de Manuel Merino y algunos de sus más cercanos colaboradores, por solamente mencionar algunas de las acciones tomadas), permiten subsanar la inconstitucionalidad incurrida por lo menos a nivel de la sucesión presidencial. Quedan sin embargo, otro tipo de responsabilidades que determinar frente a la actuación de quienes irregularmente asumieron el poder en base a una interpretación inconstitucional del artículo 113 inciso 2 de la Constitucional, y que así (lo que es importante para efectos de un proceso competencial, menoscabaron las atribuciones del Poder Ejecutivo (Gobierno), pues, independientemente de las personas, impidieron al Gobierno desarrollar, valga la redundancia, su plan de gobierno.
97. Sin embargo, justo es señalar que, dentro de su rol de control de regularidad constitucional, o, dicho de otra manera, de garantías que el comportamiento de todos y

todas se haga de acuerdo a parámetros constitucionales, el Tribunal estará atento a las acciones que en principio ya ha venido avanzando el Congreso de la República, a las acciones para determinación de eventual responsabilidad penal iniciadas por la Fiscalía de la Nación, y a las decisiones que tome el actual Gobierno constitucionalmente constituido frente a las diversas situaciones y relaciones jurídicas generadas antes de su asunción del mando.

98. Termino mi voto con una invocación al legislador. Y es que la gravedad de los temas que se abordan en algunos recientes procesos competenciales hace aconsejable alguna modificación en su regulación, sobre todo en lo referido al establecimiento para los plazos para la contestación de la demanda. La intensidad de los conflictos que se abordan en un proceso competencial demanda que el Tribunal esté más pronto en posibilidad de convocar a audiencia y resolver la controversia a la brevedad posible. Caso contrario, los conflictos pueden exacerbarse, y las posibilidades de actuación efectiva del Tribunal (y con ello, su propia legitimidad) reducirse.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**B. PROCESOS DE
TUTELA DE DERECHOS**

**B.1. PROCESOS
DE AMPARO**

Pleno. Sentencia 299/2020

EXP N.º 02566-2014-PA/TC

AREQUIPA

LUIGI CALZOLAIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de mayo de 2013, don Luigi Calzolaio interpone demanda de amparo contra EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa. Solicita que se ordene a la demandada EsSalud-Red Asistencial de Arequipa: a) entregar el medicamento Losartán conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; ii) sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por la Aspirina 500 mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013;iii) reprogramar la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; iv) programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; v) programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; vi) reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica N° 242402; vii) cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometido producto de la deficiente atención brindada; y, viii) superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna, y un trato digno.

Asimismo, solicita que la demandada Dirección Regional de Salud de Arequipa cumpla con su deber de supervisar el eficaz funcionamiento del servicio de salud prestado por la demandada EsSalud; disponiéndose además, en aplicación del artículo 8 del Código Procesal Constitucional, la remisión de los actuados al Ministerio Público por existir elementos

de la comisión del delito de suministro infiel de productos farmacéuticos tipificado en el artículo 294 del Código Penal; con la condena de costas y costos. Alega la vulneración de sus derechos a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud, a la seguridad social y al acceso a las prestaciones de salud.

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

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

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

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

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

La Sala revisora confirmó la apelada porque no se verificó la existencia de una situación de gravedad en la que se encontraran comprometidos también los derechos a la vida y a la

integridad física o psíquica del actor para que procediera el proceso de amparo, puesto que dicha parte no acreditó estar en una situación en extremo grave.

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

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

FUNDAMENTOS

Consideraciones previas

1. De los actuados del presente proceso, se aprecia que tanto en el primer como en el segundo grado o instancia de la judicatura ordinaria han rechazado de plano la demanda. Ahora bien, a juicio de este Tribunal Constitucional, las argumentaciones de la apelada y la recurrida no justifican el rechazo *liminar* realizado, si se tiene en cuenta que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el rechazo *liminar* es una opción procesal a la que sólo cabe acudir cuando no existe mayor margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia. Ello, sin embargo, no se observa en el caso de autos.
2. Adicionalmente, y también en relación con la procedencia de la demanda, de autos se advierte que se puso en conocimiento de la emplazada el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que rechazó liminarmente la demanda, conforme consta de las cédulas de notificación de fojas 40 a 43, según lo dispone el artículo 47 del Código Procesal Constitucional. Asimismo, que las emplazadas cumplieron con contestar el pedido de información que les solicitó el Tribunal Constitucional, conforme se aprecia a fojas 17 y 44 del cuaderno del Tribunal Constitucional, con lo cual se garantiza el derecho de defensa de los emplazados. De otra parte, se verifica que se encuentra comprometida la salud del actor, quien estaría enfermo de cáncer y otras graves dolencias. Por tanto, el presente caso debe ser resuelto 02566-2014-PA/TC o de manera urgente.
3. En atención a todo lo dicho, este Tribunal considera que, sobre la base de la urgencia del caso, y en aplicación de los principios de economía y celeridad procesal, deberá analizar la cuestión controvertida así como emitir un pronunciamiento sobre el fondo, incluso y de manera excepcional sin vista de la causa. Esto último conforme a la doctrina jurisprudencial que se desprende de las SSTC Exps. n.ºs 04096-2016-HC y 00828-2014-PA.

Petitorio de la demanda

4. La presente demanda de amparo tiene por objeto que se ordene a la demandada EsSalud-Red Asistencial de Arequipa a) entregar el medicamento Losartán, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; ii) sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por Aspirina 500 mg conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013;iii) reprogramar la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; iv) programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha recetado el cardiólogo; v) programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; vi) reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general, con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica N° 242402;vii) cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometido producto de la deficiente atención brindada; y, viii) superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna, y un trato digno.
5. Asimismo, es también finalidad del presente amparo que la demandada Dirección Regional de Salud de Arequipa cumpla con su deber de supervisar el eficaz funcionamiento del servicio de salud prestado por la demandada EsSalud, y que, además se disponga, en aplicación del artículo 8 del Código Procesal Constitucional, la remisión de los actuados al Ministerio Público, por existir elementos de la comisión del delito de suministro infiel de productos farmacéuticos, tipificado en el artículo 294 del Código Penal, con la condena de costas y costos. El demandante alega entonces la vulneración de los derechos a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud, a la seguridad social y al acceso a las prestaciones de salud. Empero, siendo que en realidad la pretensión se circunscribe a la falta de atención médica que el actor requiere para el restablecimiento de su salud, ella debe ser analizada y resuelta sobre la base del derecho a la salud.

Análisis de la controversia

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

6. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico. Constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado, por su parte, que dicho concepto no se limita solo la ausencia de enfermedad, sino que alude a un estado de completo bienestar físico, mental y social.
7. En lo que concierne al derecho a la salud, este comprende una serie de posiciones ius-fundamentales, los cuales pueden ir desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud (cfr. STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34).

8. En relación con el derecho a los servicios de salud, que tal vez es el ámbito más distintivo de este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos servicios deben ser brindados de *modo integral*, es decir, “(...) con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de *calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad* física y económica, en tanto elementos esenciales de la atención sanitaria” (STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34.c). En este sentido, entonces, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende el derecho a recibir un servicio de salud otorgado de acuerdo a las características a las cuales se acaba de hacer referencia.
9. Por otra parte, este Tribunal ha tenido ocasión de referirse a la autonomía del derecho a la salud con respecto de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (STC Exp. n.º 5842-2006-PHC). Al respecto, ha afirmado que “quizás donde el Tribunal Constitucional ha de optimizar su posición es respecto a la *autonomía del derecho fundamental a la salud*. Es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y excluyente, tal como se ha podido notar en el fundamento precedente.
10. De hecho, el derecho a la salud tiene sustento en el principio de dignidad del ser humano [posición asumida en la STC Exp. n.º 3593-2005-PA], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna [fundamento 28 de la STC Exp. n.º 2945-2003-AA; además, fundamento 27 de la STC Exp. n.º 2016-2004-AA y fundamento 43 de la STC Exp. n.º 3330-2004-AA], tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad [fundamento 10 de la STC Exp. n.º 05954-2007-PHC], y cuenta con un estrecho enlazamiento con el medio ambiente [fundamento 2 de la STC Exp. n.º 2064-2004-AA, sobre todo en lo relativo a la higiene ambiental]; pero igual debe permitirse su *tutela independiente*” (f. j. 48).
11. De lo anterior se desprende que el derecho a la salud tiene una entidad y valor propios. En tal sentido, ni su carácter de derecho fundamental y ni su tutela dependen de su vinculación con otros derechos fundamentales (por ejemplo con los derechos de abstención o de libertad). Por el contrario, del hecho de que la vulneración o amenaza de violación al derecho a la salud implique la violación de otros derechos podría tenerse en cuenta para calificar la gravedad de lo vulnerado o amenazado, así como evaluar la importancia o también la urgencia que merece su tutela.
12. Asimismo, como tiene señalado este Tribunal, la posibilidad de que el Estado establezca un sistema sanitario constitucionalmente adecuado —es decir, en condiciones de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad— depende de un conjunto de decisiones de política institucional, las cuales deben definir, por ejemplo, cómo se puede ampliar la oferta de establecimientos médicos (disponibilidad), cómo se puede permitir que las personas de escasos recursos accedan a los servicios de salud (accesibilidad económica), cómo es posible impulsar y fortalecer la salud intercultural en nuestro país (aceptabilidad), y cómo garantizar que los servicios médicos se brinden en condiciones adecuadas de seguridad, oportunidad y profesionalismo (calidad) (cfr. STC Exp. n.º 3228-2012-PA, f. j. 30).

13. Ahora bien, es difícil que todas las diversas exigencias derivadas del derecho a la salud puedan cumplirse inmediatamente y al mismo tiempo. Al respecto, tanto la limitada disponibilidad de recursos, como la gran cantidad de necesidades insatisfechas y crecientes exigencias vinculadas con el derecho a la salud hacen que en los hechos ese derecho sea susceptible de una concreción progresiva.
14. Sin embargo, de lo anterior no se desprende que, de algún modo, que de legitimado el incumplimiento de este derecho o que pueda postergarse indefinidamente su materialización. Lo que significa más bien es que su realización requiere, cuando menos, de la adopción de medidas continuas y apropiadas –legislativas, económicas y técnicas– cuyo objeto sea alcanzar progresiva o aumentativamente la plena efectividad de todos los componentes de este derecho, tal como lo prescribe el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
15. De otro lado, también es claro que la realización de este derecho requiere que se definan los medios apropiados para su realización, las prioridades entre los diferentes componentes de este derecho, así como la profundidad y el momento en que dichos componentes deben ser satisfechos. Estos elementos, en el marco de un Estado Constitucional, son definidos por órganos políticos o de gobierno, con competencia para decidir en este tipo de cuestiones, los cuales además cuentan con la información técnica y económica necesaria para poder adoptar decisiones apropiadas. Frente a ello, cabe preguntarse entonces cuál es el rol que puede asumir la judicatura constitucional en la tutela del derecho fundamental a la salud, en un contexto en el que existen, o deberían existir, políticas públicas que son competencia de otros agentes.
16. Al respecto, y como es obvio, a la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad de gobierno en la definición de las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los elementos integrantes del derecho a la salud, ni en las decisiones que se adopten para hacer efectiva su realización. Ello, qué duda cabe, involucraría una indebida intromisión en las competencias (deliberativas y técnicas) constitucional o infraconstitucionalmente atribuidas a estos órganos.
17. No obstante lo anterior, también es cierto que dejar la suerte del derecho a la salud únicamente en manos de quienes formulan y ejecutan las políticas públicas es también inadecuado desde un punto de vista constitucional. Siendo así, este Tribunal, en la misma línea de lo que señaló en casos anteriores debe plantearse los alcances y límites razonables de su intervención con ocasión de realizar el control constitucional de las políticas públicas, sobre la base de un esquema que respete el principio democrático y la separación de funciones.

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

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

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

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

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

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

“El principio de previsibilidad de las consecuencias de una sentencia constitucional impone al Tribunal disponer que se adopten determinadas medidas para el tratamiento de una consecuencia ocasionada por la sentencia constitucional, así como los principios o parámetros constitucionales que han de regirlas.

Ello tiene lugar solo en el caso de que la consecuencia pueda ser eventualmente lesiva de derechos o principios constitucionales, de modo que las medidas ordenadas estarán orientadas a evitar tales consecuencias”.

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

“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a esta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”.

23. En efecto, existen diversos ejemplos, en diferentes momentos de la historia y en diferentes partes del orbe, en el que los tribunales y cortes han debido recurrir a modos de resolver que inicialmente podían ser calificados incluso como atípicos. Estas soluciones

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

24. Todo lo mencionado en el fundamento anterior, si bien actualmente cuenta con manifiesta legitimidad, en su momento fue objeto de críticas. Al respecto, tal vez resultan menos polémicos los casos en los que los tribunales o cortes constitucionales ejercieron dentro de estos nuevos escenarios sus funciones de interpretar la Constitución y resolver procesos constitucionales; aunque puede generarse mayor controversia cuando se trata de controlar actividades que inicialmente aparecen como competencias de otros órganos constitucionalmente habilitados para esas tareas, como es el caso del control constitucional de las políticas públicas.
25. Las políticas públicas, en tanto conjunto de medidas o acciones organizadas, dirigidas a alcanzar un fin valioso, involucran el ejercicio de competencias por parte de los poderes públicos, y pueden estar referidas, por ejemplo, a su diseño, ejecución, evaluación y control. Cuando dichas políticas públicas se refieren a la protección y promoción de derechos fundamentales, de ellas además puede predicarse que tienen un doble carácter: por una parte, un alcance subjetivo, referido al respeto u optimización de los derechos fundamentales de cada persona, y a la vez uno objetivo, vinculado con el deber estatal de organizar todas las estructuras públicas asegurándose las condiciones para el libre y pleno ejercicio de los derechos promovidos.
26. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene resuelto precisamente que “las políticas públicas que debe llevar a cabo un Estado exigen, desde promover la existencia de medios organizacionales [...] pasando por medios procedimentales e incluso legales, orientados a prevenir, investigar y reparar actos violatorios” de derechos fundamentales (STC Exp. n.º 01776-2004-AA, f. j. 40). En similar sentido, la Corte Interamericana, en el caso “Campo algodonero” (caso González y otras contra México, párr. 282)

sostuvo que, para el caso concreto, “la ausencia de una política general” constituyó “una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”.

27. Ahora bien, pese a ser claro que en nombre de la tutela adecuada de los derechos deben formularse políticas institucionales, también es cierto que su elaboración y cumplimiento plantean diversos retos. Por ejemplo, que todas las políticas estatales no puedan cumplirse al mismo tiempo, debido a la limitada disponibilidad de recursos y a la creciente cantidad de necesidades y exigencias sociales, por lo cual se plantea la progresiva adopción de medidas apropiadas, con el objeto es alcanzar de manera paulatina la plena efectividad de los derechos que cuentan con una dimensión prestacional, como son por excelencia los derechos sociales.
28. Al respecto, suele entenderse que la forma en que estos derechos son realizados o, en otras palabras, la manera en la que deben ser materializadas las políticas públicas vinculadas con este tipo de derechos, es un asunto propio de los poderes públicos, quienes no solo son las entidades constitucionalmente competentes para tomar esas decisiones, sino quienes se encuentran asimismo en una mejor posición para decidir sobre la oportunidad, la conveniencia, la legitimidad social y política, así como corrección técnica de las medidas o acciones que deben llevarse a cabo.
29. Ahora bien, de lo anterior no se desprende que los jueces constitucionales no deban asumir algún rol en la concreción de los derechos prestacionales o sociales, de cara a lograr su vigencia efectiva. Todo lo contrario.
30. Y es que, como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de esclarecer en diversas ocasiones (por todas: STC Exp. n.º 0014-2014-PI y otros (acumulados), y STC Exp. n.º 03228-2012-AA) que, en su condición de órgano llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, se encuentra habilitado para controlar las políticas públicas adoptadas por los órganos competentes, de manera más clara cuando estás responden (o debieran responder) a la satisfacción de derechos sociales.
31. Ahora bien, es claro que al órgano de control de la constitucionalidad, en principio, no le corresponde participar en el diseño de las políticas públicas, ni decidir cuál opción es más adecuada que otra, no le corresponde priorizar metas ni fijar cuestiones de conveniencia u oportunidad.
32. Como es obvio, a la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad administrativa en la definición de las políticas públicas, pues ello significaría violentar las competencias deliberativas y técnicas de los mencionados órganos en la formulación y la materialización de dichas políticas.
33. Ahora bien, siendo claro que es una exigencia constitucional controlar las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los derechos sociales y prestacionales, queda aún pendiente precisar cuáles son los alcances de dicho control, de tal forma que los tribunales no excedan sus competencias y la legitimidad de la que están especialmente investidos.

34. En este orden de ideas, la intervención de la judicatura constitucional se justifica en un marco respetuoso del principio democrático, el cual no puede estar orientado a exigir por ejemplo que, con independencia de las circunstancias, se encuentren satisfechos de una vez por todas todos los componentes del derecho prestacional, ni a exigir perentoriamente específicas y exclusivas formas de satisfacción o promoción. No le corresponde, en este sentido, fijar directivamente el desarrollo y contenido de las políticas públicas.
35. En sentido contrario, lo que le corresponde es verificar si, por ejemplo, se viene dando una dinámica de progresividad, examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud, o tal vez fijar algunos estándares mínimos de adecuación o aceptabilidad.

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

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

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

“[E]l Tribunal recuerda que aun cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: i) en primer

lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de ESaLud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad ; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un enfoque de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas.

Por tanto, aún cuando las autoridades políticas gocen de un amplio margen de acción en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar.

En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal impulsar, corregir o encaminar el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar graves estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución”.

38. Recientemente, y ya de modo más sistemático, este Tribunal ha planteado las pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas (STC Exp. n.º 03228-2012-PA, f. j. 39), esto con base en criterios expresamente incorporados en la jurisprudencia previa de este órgano colegiado (cfr. STC Exp. n.º 00033- 2010-PI, f. j. 29; STC Exp. n.º 03228-2012-PA/TC, f. j. 39).
39. Al respecto, podemos denominar a la sistematización de estas pautas como *test deferente* o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas. Conforme a este examen, la judicatura constitucional es competente para evaluar, tanto a nivel de órganos competentes, procedimientos y contenidos, lo siguiente:

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

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

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

Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los *déficits de consideración*, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho a la salud. Los *déficits de respeto suficiente*, a su vez, pueden ser *déficits de violación manifiesta*, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud; *déficits de razonabilidad*, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y *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.

40. Se trata, como puede apreciarse, de un *test mínimo o formal*, en la medida en que restringe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que corresponda a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Ahora bien, es claro que las situaciones de omisión y renuencia deberán evaluarse caso a caso, correspondiendo seguramente adoptar en algún contexto fórmulas que contengan plazos y metas, así como efectos en caso de incumplimiento.
41. Asimismo, podemos señalar que estamos ante un *test de déficits*, en la medida que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares arriba planteados, mas no los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen.
42. Se trata, por último, de un *test deferente* con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, el cual tiende a ser respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y

sin claudicar en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los derechos sociales o prestacionales.

Análisis del caso concreto

43. En el presente caso, el actor es asegurado de EsSalud, pues tiene un tipo de seguro obligatorio dependiente conforme al documento que obra a fojas 49 del cuaderno del Tribunal Constitucional.
44. Asimismo, el recurrente presenta una tumoración basal o de tumoración axilar bilateral o fibriadenoma, conforme se demuestra con la documentación médica obrante a fojas 36, 50, 52, 53, 55,56, 57, 59, 63 y 66 del cuaderno del Tribunal Constitucional. También presenta una fístula perianal, según la endoscopía que se le practicó, la cual se observa del documento de fojas 77 del cuaderno del Tribunal Constitucional, donde obra dicho diagnóstico. El recurrente requiere una operación de fístula, según se ve de la hoja de referencia, las solicitudes de interconsulta, y la solicitud de Sala de Operaciones presentada ante EsSalud; así como de la autorización para operar, la orden de hospitalización y el documento denominado evolución de enfermería corrientes de fojas 74, 75, 77, 78,80, 81 y 83 respectivamente del cuaderno del Tribunal Constitucional. Además, el demandante presenta páncreas atrófico y padece de enfermedad pulmonar obstructiva crónica, y de proctitis crónica inespecífica reagudizada, lo cual le produce hemorragia, hipertensión arterial, diabetes mellitus y trastorno glomerular, conforme se advierte a fojas 64,69, 79 y 125del cuaderno del Tribunal Constitucional.
45. Sin embargo, no se advierte del informe ni de la documentación médica remitidos por EsSalud a este Tribunal, de fojas 44 y siguientes del cuaderno del Tribunal Constitucional, que al actor se le haya intervenido quirúrgicamente o que se le haya practicado tratamientos médicos efectivos para curar dichas enfermedades; ni tampoco que se le haya programado el riesgo quirúrgico.
46. Por otra parte, no se observa de autos que la medicina Losartán, que según asevera el actor le solicitó a EsSalud para su tratamiento, no le haya sido otorgada oportunamente por dicha entidad. Asimismo, y con respecto a su pedido de sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por Aspirina 500 mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013 (a razón de media tableta, en el último caso), este Tribunal debe señalar que en autos no ha quedado acreditado el incumplimiento o el cumplimiento insuficiente alegado por el recurrente, máxime cuando se trata de a un mismo medicamento aunque en presentaciones diferentes.
47. En lo referido al pedido de reprogramación de la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013; de programación de la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; de programación de la cita en cardiología con el doctor Barragán, en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; y de la reprogramación de la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general, con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, de acuerdo con lo dispuesto

en la Historia Clínica N° 242402, se aprecia que tales fechas ya transcurrieron, por lo cual no se podría disponer lo solicitado. Sin embargo, de lo anterior no se desprende que corresponda desestimar inmediatamente el pedido del actor, pues nada obsta para que, en atención a las actuales circunstancias del caso, se le programen las citas médicas de manera oportuna.

48. Asimismo, tal como dice el informe cursado a este Tribunal por la Dirección de Seguros, Referencias y Contrarreferencias de la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de Arequipa, corresponde a la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Susalud) registrar, autorizar, supervisar y regular las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, así como supervisar las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia a tenor de lo previsto por la Ley N.º 29344.
49. Siendo así, la entidad demandada carece, pues, de facultades para la supervisión y fiscalización de los servicios que brinda EsSalud, porque, según lo señalado por la Ley N.º 29344 y su reglamento, las referidas funciones le competen a Susalud. En este orden de ideas, la Dirección del Gobierno Regional de Arequipa no es la encargada de supervisar el eficaz funcionamiento del servicio de salud prestado por la demandada EsSalud, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.
50. Al ser entonces responsabilidad de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, Susalud, la supervisión de las actividades de los diferentes hospitales y policlínicos de EsSalud, corresponde disponer que esta entidad supervise el tratamiento del recurrente, y que supervise asimismo, de acuerdo con las atribuciones que le han sido asignadas por la ley, en general todas las prestaciones de salud que viene realizando EsSalud.
51. Finalmente, y en relación con el pedido de remisión de los actuados al Ministerio Público, pedido destinado a que dicha entidad se pronuncie conforme a sus atribuciones respecto a la presunta comisión del delito de suministro infiel de productos farmacéuticos por parte de las emplazadas, este Tribunal considera que el demandante tiene expedito su derecho a presentar directamente ante el Ministerio Público una denuncia alegando la comisión del delito antes mencionado. En ese sentido, conviene tener presente que, conforme se aprecia del Oficio N.º 686-2013-3FPPD, el cual obra a fojas 38 del cuaderno del Tribunal Constitucional, ya existe una denuncia interpuesta por el actor ante la Tercera Fiscalía de Prevención del Delito por los hechos en cuestión.
52. Por lo expuesto, en suma, EsSalud deberá realizar todos los tratamientos y diagnósticos necesarios al recurrente para que pueda ser intervenido quirúrgicamente con el propósito de combatir o curar las enfermedades que padece. Además, debe practicársele el tratamiento posoperatorio o, en su defecto, los tratamientos imprescindibles para el restablecimiento de su salud. Asimismo, se le debe proporcionar las medicinas que necesite atendiendo a lo prescrito por el médico especialista, todo lo cual coadyuvará que cesen o se atenúen las aflicciones psicológicas alegadas por el recurrente.

Supervisión de la presente decisión

53. En el presente caso, se verifica que existen problemas estructurales en el ámbito de la prestación de los servicios de salud por parte de EsSalud, lo cual termina incidiendo de manera directa, negativa y sin justificación razonable en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud. Estas limitaciones, valga precisar, que se ven corroboradas por anterior jurisprudencia de este Tribunal (STC Exp. n.º 03228-2012-AA, STC Exp. n.º 03191-2012-AA, STC Exp. n.º 03962-2010-AA). Con cargo a las precisiones que realizará la entidad pertinente (Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, Susalud) sobre el presente caso, este Tribunal encuentra que, conforme al *test para el control constitucional de las políticas públicas* (fundamento 39), existen déficits de ejecución, de consideración suficiente, de protección básica, de control o de evaluación de impacto en el ámbito de las políticas materializadas por EsSalud y su ejecución.
54. Siendo así, de conformidad con las atribuciones que le han sido conferidas por la Ley N.º 29344, y en el marco de los deberes estatales establecidos constitucionalmente, es necesario disponer que Susalud supervise todas las prestaciones de salud que realiza EsSalud, con el propósito de que sean vencidos todos los obstáculos y barreras burocráticas que impidan o limiten una atención médica humana y oportuna, así como un trato digno de los pacientes y usuarios.
55. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de los mecanismos regulares de ejecución y supervisión del cumplimiento de sentencias constitucionales.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda por haberse verificado la afectación del derecho fundamental del actor a la salud.
2. En consecuencia, ordenara EsSalud cumplir con realizar todos los diagnósticos y tratamientos necesarios al recurrente para que pueda ser intervenido quirúrgicamente a efectos de combatir o curar las enfermedades que padece. Además, disponer que reciba el tratamiento posoperatorio o, en su defecto, ser sometido a los tratamientos imprescindibles para el restablecimiento de su salud; asimismo, se le proporcionen las medicinas que pudiera requerir.
3. Disponer que la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Susalud) supervise el tratamiento del recurrente y otros casos especialmente urgentes, como el presente, en los cuales se aprecie que se obstaculiza la operación y suministro de medicamentos de pacientes con enfermedades graves o terminales

4. Disponer que Susalud supervise todas las prestaciones de salud que realiza EsSalud de acuerdo con las atribuciones que le han sido conferidas por la Ley N.º 29344, con el propósito de que sean vencidos todos los obstáculos y barreras burocráticas que impidan o limiten una atención médica humana y oportuna así como un trato digno. Esto, ciertamente, sin perjuicio de los mecanismos regulares de ejecución y supervisión del cumplimiento de sentencias constitucionales.
5. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ**

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

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

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

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

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

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

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ELGO RÍOS

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
2. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.
3. En el caso de autos, se está discutiendo la necesidad de tutelar el derecho social fundamental a la salud, lo cual no corresponde ser visto en ninguna otra vía que no sea el proceso de amparo, toda vez que ningún proceso ordinario puede brindar la tutela urgente que requiere casos como el presente.
4. En ese sentido, desde una perspectiva subjetiva se puede observar que el recurrente ha denunciado que no se le entregan los medicamentos necesarios para combatir la enfermedad que lo aqueja, ello convierte a este caso en uno de tutela urgentísima en la

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

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

LOS DERECHOS SOCIALES

6. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la libertad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.
7. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retrocer, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas¹. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción “derechos sociales” tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales².
8. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.
9. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales³.
 - 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.
 - Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional

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

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

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

pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

10. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.
11. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población⁴.
12. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos⁵.
13. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.
14. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que la diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional⁶ con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.
15. De conformidad a lo anterior, es necesario que el Tribunal Constitucional establezca parámetros para que todos los jueces constitucionales puedan realizar un control constitucional mínimo respecto de los derechos sociales fundamentales así como de los instrumentos normativos que los contengan, es decir, las políticas públicas.

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

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

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

EL DERECHO A LA IGUALDAD

16. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
17. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
18. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).
19. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
20. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos⁷. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.
21. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a

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

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

22. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
23. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios⁸:
 - 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 sustancial 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 de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.
24. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido⁹.

S.

MIRANDA CANALES

8 Ídem, pp. 147-148.

9 Ídem, pág. 153.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

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

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

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

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

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

3. Siendo ello así, considero que en el presente caso antes que ejercer una competencia en dichos términos, este Colegiado debe partir por señalar que emite pronunciamiento en atención a su rol de garante supremo de los derechos fundamentales de las personas, frente a cualquier actuación u omisión estatal o particular que atente contra los derechos de la persona.
4. Al respecto, se advierte que en el caso sub examine el recurrente alega que, pese a lo delicado de su salud, las emplazadas vendrían negándole una atención médica adecuada y oportuna, vulnerando su derecho a la salud; por lo que, estando a tal situación el Tribunal Constitucional se encuentra legitimado para emitir un pronunciamiento a la luz de los hechos y el alcance de la tutela del citado derecho constitucional.
5. Es en dicho escenario que, al haberse detectado y comprobado que las entidades emplazadas han vulnerado el derecho a la salud del recurrente, este Tribunal Constitucional se encuentra en plenas habilitado para remediar dicha situación, a fin de que las instancias que resulten competentes subsanen las deficientes actuaciones u omisiones en las que hubieran incurrido en agravio del demandante.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

1. En efecto, sólo suscribimos los puntos resolutivos 1, 2, 3 y 5 de la ponencia y los fundamentos que los sustentan (es esto, del 44 a 54), relativos a la tutela del derecho a la protección de la salud del demandante (artículo 7 de la Constitución).
2. Disentimos con toda disertación que hace la ponencia sobre la tutela judicial del derecho a la protección de la salud y los derechos sociales.
3. Además del mencionado artículo 7 de la Constitución, y en tanto que los derechos humanos se interpretan de conformidad con los tratados sobre la misma materia ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), el contenido constitucionalmente tutelado del derecho a la protección de la salud se encuentra claramente reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), y en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador.
4. Así, en el artículo 10 de este último se indica lo siguiente:
 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.
5. En cuanto a la tutela de los derechos sociales, como el derecho a la protección de la salud, el artículo 2.1 del PDESC señala que cada uno de los Estados se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos. Asimismo, el artículo 19.8 del Protocolo de San Salvador dice: “los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo”. Esto concuerda con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución (“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”).
 6. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que este Tribunal ha enfatizado que “los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada [...], ya que ello devendría en una omisión constitucional” (STC 2016-2004-AA/TC, fundamento 48).
 7. Por último, discrepamos con el punto resolutivo 4, porque vemos innecesario recordar a una entidad pública sus obligaciones legales.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 424/2020

EXP. N.º 00677-2016-PA/TC-MOQUEGUA

TANIA LUZ MERY BRAVO QUISPE

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

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

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

S.S.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

FUNDAMENTOS

I. Delimitación del petitorio

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

II. Sobre la aplicación del precedente Elgo Ríos

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).

- b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
- 3. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, se debe señalar que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.
- 4. Sin embargo, desde una perspectiva subjetiva se puede observar que la recurrente ha denunciado una presunta discriminación en razón a su condición de mujer y por ser gestante. En este sentido, por la magnitud del bien involucrado, es pertinente analizar el fondo de la controversia.

III. Sobre el derecho al trabajo

- 5. El artículo 22 de la Constitución establece: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
- 6. En el presente caso, la demandante solicita que se ordene su reposición laboral al haber sido objeto de un supuesto despido nulo por haberse encontrado en estado de gestación.
- 7. Al respecto, este Tribunal considera necesario resaltar lo previsto por el artículo 23 de la Constitución del Perú, respecto a la obligación que tiene el Estado de proteger especialmente a la madre que trabaja, proscribiendo cualquier tipo de discriminación que pudiese desembocar en el despido de una trabajadora por razones de su embarazo. Asimismo, cabe recordar que el apartado d) del artículo 5 del Convenio 158 de la OIT señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación laboral.

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

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

Los derechos sociales

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

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

10. Dichas distinciones se basan principalmente en asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles relacionado a un carácter prestacional de uno, negándose al otro y viceversa.
11. En efecto, este Tribunal ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población (Cfr. STC 02945-2003-AA, f.j. 12).
12. En esa misma línea, la estructura de los derechos, tanto los civiles como los políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de acciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares.
13. En este sentido, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

14. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, f.j. 38).
15. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
16. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida,

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

17. Entendido el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
18. Sin embargo, el derecho a la igualdad definido en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, no es suficiente para dar cuenta de violaciones sistemáticas de derechos que pueden presentarse en algunos casos. Existirán casos en los que personas que son víctimas de discriminación no podrán salir de esa situación por sus propios medios, sino que se requerirá acciones positivas de parte del Estado para conseguir una igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos. En consecuencia, los alcances del derecho a la igualdad deben irse ampliando por la justicia constitucional.
19. Lo que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
20. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

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

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

22. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.
23. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenemos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.
24. Otro factor a considerar se desprende de la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Es claro que tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo ha permitido históricamente que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.
25. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación, sino también como un reconocimiento de grupos en situación de desventaja.
26. Este Tribunal considera que en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarreen perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales.
27. La transformación de enfoque y percepciones tanto de hombres y mujeres, a efectos de lograr, en primer lugar reconocimiento, para la consecución de paridad de las mujeres en los ámbitos político, educativo y laboral, es una tarea pendiente que le corresponde al Estado a través de acciones positivas y a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, “en el caso de las mujeres, las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas,

políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, este Tribunal en la STC 0001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento jurídico 12: «(...) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos.

28. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres. Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica en el ámbito reproductivo, conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural.
29. No se puede perder de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre. (Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09.
30. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hofman del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, “se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional”.
31. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T-138-15, f.j. 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, f.j. 21).
32. El propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la “licencia por maternidad” y el “permiso por lactancia”

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

33. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales, es decir una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.
34. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).
35. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).
36. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.
37. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que “la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral [...]”. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas

y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]” (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).

38. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que “nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole”. De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que “[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]” (Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42° período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).
39. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.
40. De lo señalado en los fundamentos *supra*, este Tribunal es consciente que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el mercado laboral no sean vulnerados.
41. La Constitución dispone el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja en el ámbito laboral remunerado (artículo 23).
42. Este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que existen varios tipos de despido, entre los que encontramos al despido nulo, que es el que se produce por causas específicamente tipificadas en la ley. Una de esas es el despido por estado de embarazo (STC 0976-2001-AA/TC; 0206-2005-AA/TC; 05652-2007-AA). Además también podría serlo por vulneración del derecho de igualdad, libertad sindical, etc. Este Tribunal ha sido muy enfático en sostener que el despido nulo implica la vulneración derechos fundamentales y por tanto, la especial urgencia que merece su tutela.
43. Respecto a las consecuencias del despido nulo, el artículo 34 del D.L. 728 en su segundo párrafo señala lo siguiente:

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

44. En este sentido, en los casos en que por despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, por hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de una trabajadora embarazada, deberá presumirse que se trata de un despido que tiene como causa este estado y que por lo tanto será nulo.
45. Sin embargo, esto implica que la trabajadora en estado de gestación tendrá la responsabilidad de acreditarlo con el informe médico correspondiente, pues será a partir de ese instante, en el que toma conocimiento el empleador del estado de gestación, en que empezará a operar dicha protección.
46. Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué momento se presumirá que el despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo se ha realizado por el estado de embarazo de una trabajadora. Este colegiado considera que la protección debe extenderse hasta que culmine el periodo de permiso por lactancia reconocido por la Ley 27240 (hasta que el menor hijo cumpla un año), derecho cuya protección ha sido reafirmada por este Tribunal en el expediente N° 1272-2007-PA/TC.
47. La extensión de la protección deberá ser hasta dicho momento en tanto la madre aún acarrea las consecuencias biológicas de su embarazo en el ámbito laboral, y esta obligación maternal bajo ningún motivo puede implicar una amenaza a sus derechos.
48. Ahora bien, a manera de resumen, estas serán las reglas que operarán en el caso de mujeres que demanden haber sido víctimas de un despido por estado de gestación:
 - i) Cualquier despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora embarazada, deberá presumirse y tratarse como un despido nulo que tiene como causa dicho estado.
 - ii) Las mujeres que a través de un proceso judicial demanden haber sido víctimas de un despido nulo por encontrarse en estado de gestación, deben haberlo comunicado y acreditado previamente con el informe médico correspondiente.
 - iii) La protección señalada surte efectos hasta la culminación del periodo de permiso por lactancia establecido por ley.
49. En el caso concreto, queda claro que la demandada tenía conocimiento del estado de gestación y de la particular situación en la que se encontraba la recurrente al momento de no renovar su contrato tal y como ha sido acreditado con la Carta N° 002-2014-TLMBQ recibida en la Sub Gerencia de Obras del Gobierno Regional de Moquegua con fecha 22 de diciembre de 2014, y en la Dirección de Recursos Humanos del mismo, con fecha 23 de diciembre de 2014 (fj. 8).

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

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI**

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

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin hacer previamente el análisis de los criterios del precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso.
2. En efecto, el amparo es idóneo en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional constituye una vía célere para atender el derecho de la demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
3. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa. En el presente caso, la demandante viene litigando desde el 27 de enero de 2015 (más de 4 años y ocho meses), por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenarla a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

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

1. A propósito de las incidencias del caso concreto, consideramos que comprender la actuación del juez constitucional desde el parámetro de una Constitución “convencionalizada”, o dicho con otras palabras, dentro de una lógica de “convencionalización del Derecho”, resulta insoslayable. Y es que en contextos como el latinoamericano la convencionalización del Derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.
2. Así, la apuesta por la “convencionalización del Derecho” permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de otros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.
3. Ahora bien, es también pertinente indicar que esta “convencionalización del Derecho” se extiende más allá del circuito interamericano de protección de derechos humanos, esto es, no se agotan en el respeto de lo previsto en la Convención Americana o en la interpretación vinculante que de dicha Convención desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comprende, además, a los tratados internacionales y las distintas convenciones suscritas por los Estados (en este caso, el Convenio 87 de las OIT), la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de los Cogens. Todo ello sin que se deje de reconocer en modo alguno la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, según fuese el caso, de un parámetro común de protección de derechos.
4. Finalmente, no debe olvidarse que todo esto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como “concretización”, por lo que la dinámica aquí señalada le permite al juez o jueza constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de

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

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

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

6. Resulta necesario señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una importante línea de jurisprudencia en torno a la discriminación contra la mujer. Así, aunque, en específico, los casos contenciosos que ha resuelto se centran en la violencia contra la mujer como una forma de discriminación, se debe rescatar que el análisis de este tribunal internacional parte de la obligación general de no discriminación, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
7. En ese sentido, en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana recogió la noción de discriminación contra la mujer prevista en un instrumento internacional:

“Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (...)” (párrafo 394).

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

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

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

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

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

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

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

I. Iter procesal

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

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

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

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

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

II. Procedencia de la demanda

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta clase de casos, se compromete el derecho de la mujer a contar con las mismas oportunidades en el trato durante el empleo, ya que, por la especial condición que acarrea tanto el embarazo como el cuidado de los niños, se ve expuesta a tratamientos discriminatorios que la colocan en una posición distinta a la del hombre. Al respecto, este Tribunal ha precisado que “el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo [STC Exp. 05652-2007-PA/TC, fundamento 35]”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- i) En relación con el primer punto, las autoridades jurisdiccionales, deben tomar en cuenta el estado de gestación y el período de lactancia de la mujer embarazada, aun en el caso de los contratos temporales de trabajo. En ese sentido, se debe considerar que la especial protección que se dispensa a propósito de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no debería comprender, en estricto, solo a la trabajadora que se encuentra embarazada, sino también a aquella que se encuentre en periodo de lactancia, de conformidad con lo que establecen las disposiciones legales respectivas y los convenios internacionales ratificados por el Estado peruano. En ese sentido, el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano, dispone en su artículo 8 que “[s]e prohíbe al empleador que despid a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional”.
- ii) En lo que respecta al segundo punto, relativo a la posible regulación de los casos en los que el empleador se encuentra facultado para extinguir la relación laboral, este Tribunal exhorta al legislador a regular supuestos en los que esta posibilidad sea válida. Evidentemente, la condición del embarazo no impide al empleador que, frente a una falta grave (y previo ejercicio del derecho de defensa) pueda separar a la trabajadora en estado de gestación o con período de lactancia, lo cual deberá estar motivado y corroborado por escrito. Ello, por lo demás, se condice con el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT al que se ha hecho referencia, pues este instrumento internacional, al momento de hacer referencia a la prohibición de separar a una madre gestante de su centro de labores, precisa que esta tutela se brinda “excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”. Esta organización internacional también ha precisado que “la protección contra el despido no sería tan eficaz si el trabajador afectado tuviera que probar que las razones tenían que ver con la maternidad o la condición de padre, sobre todo tratándose de la discriminación indirecta, dado que a los trabajadores les podría resultar muy difícil obtener pruebas” [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 76]. De hecho, como se precisa en ese informe, esta separación solo puede operar previa autorización administrativa o judicial, alternativa que podría evaluar, en una posterior regulación, el Congreso de la República.

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

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

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

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

VI. Análisis de la controversia

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

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

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

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

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

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

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

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

arbitrario. En tal sentido, el a-quo debe remitir, de inmediato, los autos al juez competente para que prosiga con su trámite y la actora adecue su demanda, si lo considera conveniente.

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

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

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

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

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

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

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

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o **no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido** [...].

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

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

S.

FERRERO COSTA

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

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 523/2020
EXP. N ° 01341-2014-PA/TC-LIMA
DEYCI YANET DÍAZ CIEZA Y OTRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

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

Procedencia de la demanda

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

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

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

“12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada “igualmente satisfactoria”: una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).

13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea) [1], o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea)[2]. Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.

14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)W; situación también predicable cuanto existe un proceso ordinario considerado como “vía igualmente satisfactoria” desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)141.

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

(...)

16. Esta evaluación debe ser realizada por el Juez o por las partes respecto de las

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

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

Análisis de la Controversia

Sobre la vulneración del derecho a la intimidad

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

[...] “El derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada: concepto, fundamentos y contenido constitucionalmente protegido

16. El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución, conjuntamente con el derecho al honor, a la buena reputación, y a la voz e imagen propias. Del mismo modo, ha sido recogido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”), en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”), y en el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia”).

17. El derecho a la intimidad ha sido definido por este Tribunal Constitucional como el poder jurídico de rechazar intromisiones en la vida íntima o familiar de las personas. La vida íntima o familiar, a su vez, ha sido definida, como aquel ámbito de la vida privada, donde la persona puede realizar los actos que crea conveniente para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona alejada a los demás en que tiene uno derecho a impedir intromisiones y queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre

ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social (STC 6712-2005-HC/TC, fundamento 39).

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

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

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

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

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

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

7. Conforme obra en autos, se advierte que las demandantes se tomaron fotografías desde el celular de la SO 3 PNP Deyci Yanet Díaz Cieza, entre ellas fotos en las que utilizaban ropa interior y el chaleco de Policía de Tránsito (folios 247 y 252).
8. Asimismo, las fotografías aparecieron publicadas en la red social “Facebook” a través de unas cuentas que supuestamente eran de la S03 PNP Deyci Yanet Díaz Cieza y la S03 PNP Mayra Gisela López Minaya. Luego de ello, el 16 de agosto de 2011, el programa

de televisión “La noche es mía”, difundió las fotografías a través de un reportaje titulado “Tombitas de Tarapoto” en el que se mostraron las fotografías tomadas por las demandantes. En la misma fecha, en la página web del diario Perú.21 (página 18) se propaló el artículo titulado “Policías se fotografían semidesnudas”.

9. Como consecuencia de estos hechos, se inició un procedimiento disciplinario mediante Resolución 01-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO/UID, de fecha 3 de octubre de 2011 (folio 3). Como consecuencia de ese procedimiento, se emite la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, de fecha 10 de noviembre de 2011 (folio 22), mediante la cual se resuelve sancionar a las demandantes con pase a la situación de retiro por haber incurrido en infracción muy grave “Afectar de manera trascendental la disciplina, la imagen institucional y la ética (...)” (infracción MG 38 de la derogada Ley 29356).
10. Contra la citada resolución las demandantes interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Disciplinario Nacional. Posteriormente, mediante Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011-DIRGEN-PNP/TRIDINAC- 2º S, de fecha 19 de diciembre de 2011 (folio 132), se declaró estimado en parte el recurso de apelación interpuesto contra Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, de fecha 10 de noviembre de 2011 y nula la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO Unidad de Investigación y Decisión 124-B-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID del 17 de noviembre de 2011. En ese sentido, se les atribuyó a las recurrentes una infracción menos grave (infracción G1 de la derogada Ley 29356 relativa al uso inadecuado del uniforme de la Policía Nacional del Perú), “Realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial” y, como consecuencia de ello, se les impuso una sanción de seis días de arresto de rigor en el caso de la señorita Deyci Yaneth Díaz Cieza y de tres días en el caso de Mayra Gisela López Minaya.
11. Las demandantes consideran que el hecho de que la Policía Nacional del Perú las haya sancionado disciplinariamente tomando como medio probatorio unas fotos en las que aparecen aparecen semidesnudas portando accesorios del uniforme de la Policía, fotos que habrían sido publicadas sin su consentimiento en la red social “Facebook”, vulnera su derecho a la prohibición de la prueba ilícita y su derecho a la intimidad.
12. Del Informe A/D. N 084-2011-IGPNP/DIRINDES-IRSM-TARAPOROTUID, se desprende que:

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

Así también se precisa que:

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

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

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

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

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

15. En consecuencia, teniendo en cuenta que las imágenes que dieron inicio a la sanción impuesta a las demandantes fueron difundidas sin la autorización de las demandantes, conlleva una grave vulneración a su derecho a la intimidad, siendo la instauración del procedimiento disciplinario en su contra inconstitucional. Por ende, debe declararse nula la Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011-DIRGEN-PNP/TRIDINAC-2º S, de fecha 19 de diciembre de 2011 (folio 132). Cabe resaltar, sobre los efectos de dicha resolución, que, conforme a lo señalado en el Informe 15-2012-DIRGEN-PNP-TRIDINAC/2º.S, esa resolución no ha sido ejecutada. Ello por cuanto el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín -Tarapoto, mediante oficio 2263-2011-JEC-SM (Exp. 575- 2011-36-2208-JR-CI-01, de fecha 20 de diciembre de 2011), mediante Resolución 1, de fecha 12 de diciembre de 2011, resolvió conceder medida cautelar a favor de las recurrentes (cuaderno cautelar).
16. Y es que no debe olvidarse, además, que la prohibición de la prueba ilícita es un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en nuestra Constitución. Además, se constituye en uno de los límites al derecho a probar que también forma

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

Sobre el uso de conceptos jurídicos indeterminados en el presente caso

17. Sin perjuicio de lo recientemente señalado en la presente controversia, se verifica que las demandantes fueron sancionadas en aplicación de la derogada Ley 29356, del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, en lo relativo al uso inadecuado del uniforme de la Policía Nacional del Perú, pues se estableció como infracción el “realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial”.
18. Como puede apreciarse, estamos ante el uso de conceptos jurídicos indeterminados para la eventual imposición de sanciones a nivel disciplinario. Como es de conocimiento general, nos encontramos ante este tipo de conceptos cuando la norma que los recoge define el supuesto de hecho a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica.
19. Esta, sin duda, es una práctica inconveniente, la cual, incluso, en ciertos supuestos, podría permitir que se consagren situaciones de vulneración a algunos derechos fundamentales, vulneraciones cuya materialización no puede reseñarse en abstracto, sino que debe determinarse en cada caso en particular.
20. La responsabilidad de un juez o jueza constitucional frente a una regulación normativa con estos riesgos para la plena vigencia de algunos derechos fundamentales es la de tratar de establecer criterios que ayuden a evitar que la indeterminación de la situación prevista como sancionable se preste a poder configurar una vulneración a la cabal vigencia de ciertos derechos.
21. Y es que el uso de conceptos jurídicos indeterminados, como lo señala destacada doctrina al respecto¹, acarrea la existencia de ciertas zonas de incertidumbre en donde se reconoce a la Administración un “margen de apreciación”. Dicho con otras palabras, una capacidad de aplicación e interpretación de la ley que puede ser controlado en sede jurisdiccional.
22. Sin embargo, resulta necesario tener presente que, ante el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados, bien debieran apreciarse algunos criterios específicos. Así, conviene observar si se respetaron los elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), si se hizo una adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), o si se

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

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

23. No observar dichos criterios podría, además, traer consigo una vulneración clara del derecho al debido proceso, en relación con el principio de legalidad y subprincipios como los de taxatividad o tipicidad. En efecto, y como ya lo ha señalado jurisprudencia de este Tribunal, el primero se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el segundo constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. (STC 02050-2002-PA/TC, fundamento 5).
24. Pasando entonces a aplicar todo este conjunto de elementos a este caso en particular, se debe empezar por señalar que el hecho de que las recurrentes se hayan realizado una serie de fotografías que, en opinión de algunos, puedan calificarse como poco afortunadas, no representa, en principio, algún tipo de falta o delito. Lo que sí queda claro es que lo que resulta relevante jurídicamente es que tales fotografías se hayan realizado portando símbolos institucionales de la Policía Nacional del Perú, ya que es esto lo que, en opinión de la demandada, constituye una falta pasible de una sanción administrativa.
25. Ahora bien, resulta preciso indicar que si bien las personas a las que se encomienda la delicada tarea de garantizar, mantener y restablecer el orden interno (artículo 166 de la Constitución) deben observar una conducta intachable en el desempeño de sus funciones, ello no enerva la posibilidad de que estructuren su vida personal y social conforme a sus propios valores. Por ende, en principio, eso comporta que puedan sustraerse de aquellas intervenciones estatales que no sean, entre otras cosas, razonables y proporcionales; y, por ello, que vayan en contra del sistema de valores, principios y derechos que la misma Constitución consagra.
26. Siendo así, queda claro que la tipificación que realiza la Policía Nacional del Perú en la infracción *sub examine* busca proteger bienes jurídicamente relevantes como su imagen institucional, la disciplina o el servicio policial, los mismos que deben procurarse que no solo resulten razonables o proporcionales, sino que se determinen con claridad los criterios bajo los cuales resultarán aplicables. Así, y ya en este caso concreto, conviene precisar mejor qué debe entenderse por “acto indecoroso”, si dichas conductas deben realizarse a propósito o no del ejercicio de sus funciones; o si deben producirse o no dentro de las instalaciones de la institución; así como, de ser el caso, señalar las situaciones de excepción que podrían reducir eventualmente la sanción que se establezca.
27. Y aunque en el procedimiento administrativo disciplinario se haya reconsiderado razonablemente la decisión inicial, toda persona con alguna cuota de autoridad no debe perder de vista que los actos de la vida privada de cada quien no pueden ser sancionables, salvo que se acredite fehacientemente que esas conductas, vinculadas en principio a la intimidad de cada cual, tenga directa incidencia en el ejercicio de la función

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

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

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados. En consecuencia, declara nula la Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011DIRGEN- PNP/TRIDINAC-2° S, de fecha 19 de diciembre de 2011.
2. **ORDENAR** a la Inspectoría Regional San Martín que disponga dejar sin efecto la Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011-DIRGEN-PNP/TRIDINAC-2° S, de fecha 19 de diciembre de 2011, mediante la cual se sanciona con de seis días de arresto de rigor en el caso de la señorita Deyci Yaneth Díaz Cieza y de tres días en el caso de Mayra Gisela López Minaya, en el plazo máximo de dos (2) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículo 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso
3. Declarar **IMPROCEDENTE** lo solicitado por la parte recurrente en el extremo referido a la remisión de los actuados al Ministerio Público.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ**

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

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

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

3.10-2011 Inicio investigación administrativa disciplinaria

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

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

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

Recursos de reconsideración (cfr fojas 140)

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

Recursos de apelación (cfr fojas 133)

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

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

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

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

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

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

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

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

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

1. Este Tribunal Constitucional en el Expediente 0010-2002-AI/TC, ha establecido que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.
2. En el presente caso considero que la sanción impuesta finalmente a las recurrentes Deyci Díaz Cieza y Mayra López Minaya de 6 y 3 días de arresto de rigor, respectivamente, por la Segunda Sala del Tribunal Disciplinario Nacional de la PNP, sobre la base de la comisión de la infracción grave G1 de la tabla anexa a la Ley 29356, es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad. Ello, en razón a que la referida infracción sanciona lo siguiente: *“Realizar **actos indecorosos** vistiendo el uniforme policial”*.
3. Al respecto, la RAE establece diversos significados de la palabra decoro, entre los que se encuentran “honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, etc.”¹. En esa medida, el determinar qué implica realizar “actos indecorosos” para efectos de la infracción mencionada constituye una situación de difícil concretización. Ello, en contraparte, otorga una amplia discrecionalidad al órgano instructor encargado de la calificación de las infracciones para determinar, a su leal saber y entender, qué significa indecoroso, lo que en definitiva puede devenir en situaciones arbitrarias.
4. Cabe precisar además que la vigente Ley 30714, Ley que regula el régimen disciplinario de la PNP, publicada el 30 de diciembre de 2017 en el diario oficial “El Peruano”, todavía contempla como infracción grave el *“realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial”* (G55), imponiendo en dichos casos de 4 a 10 días de sanción de rigor. Como lo señalé, dicha infracción vulnera a mi entender el principio de legalidad en su mandato de taxatividad, por cuanto se vale de un concepto jurídico indeterminado de difícil precisión, lo que además conlleva la restricción de derechos.

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

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

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

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

A continuación, paso a desarrollar mi posición.

Sobre mi discrepancia con los fundamentos 2, 3 y 4

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sin necesidad de hacer previamente el análisis de los criterios del precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso.
2. En efecto, el amparo es idóneo en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional constituye una vía célere para atender el derecho del o de la demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
3. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa.
4. En el presente caso, las demandantes vienen litigando desde el 10 de noviembre de 2011 (esto es desde hace más de 9 años), por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que, estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional y que ha llegado a la máxima instancia de la misma (esto es, al Tribunal Constitucional), se pretenda condenarlas al vía crucis de iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

Sobre la falta de agotamiento de la vía previa

1. De los actuados se advierte que la parte recurrente interpuso su demanda de amparo el 10 de noviembre de 2011, sin haber transitado todas las instancias administrativas de la investigación disciplinaria que inspectoría de la Policía Nacional del Perú les entabló con ocasión de las fotos que fueron publicadas en un perfil de la red social Facebook. Al respecto, se ha omitido emitir pronunciamiento en la sentencia de autos, pese a que la verificación del agotamiento de la vía previa forma parte de la revisión de procedencia

de las demandas de amparo. Sin embargo, en el presente caso, corresponde invocar la excepción al agotamiento de la vía previa contenida en el inciso 2, del artículo 46, del Código Procesal Constitucional, dada la existencia del riesgo de separación permanente de las demandantes del cuerpo policial al que pertenecen por los cargos que se les atribuyeron en sede administrativa disciplinaria.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S.

RAMOS NÚÑEZ

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 476/2020

EXP. N.º 05048-2016-PA/TC-LAMBAYEQUE

ODILA YOLANDA CAYATOPA VDA. DE SALGADO

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

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

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

S.S.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Secretario Flavio Reátegui Apaza

Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Demanda

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

La recurrente manifiesta que su hija sufre de esquizofrenia hebefrénica crónica desde los 16 años (a la fecha de interposición de la demanda, contaba con 38 años) y, como consecuencia de que la demandada le ha brindado únicamente terapia

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

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

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

Contestación de la demanda

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

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

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

Sentencia de primera instancia o grado

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

Resolución de segunda instancia o grado

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

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare la nulidad de la orden de alta, de fecha 12 de junio de 2015, expedida por el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo - Red Asistencial de Lambayeque; y que, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental a la salud mental de J. E. S. C., se ordene su traslado al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos (CRIPC) Hospital 1 Huariaca - Essalud - Pasco, u otro análogo, a efectos de que se le otorgue atención especializada hasta su restablecimiento integral; esto es, no solo con terapia farmacológica, sino también con psicoterapia, terapia ocupacional y recreativa.
2. Por otro lado, la parte demandada manifiesta que a J. E. S. C. nunca se le ha negado el tratamiento que requiere desde que se presentó a los 16 años; más aún, cada vez que ha tenido una crisis, siempre se ha procedido a su hospitalización y hasta en tres veces se ha solicitado su traslado al Hospital de Huariaca. Sin embargo, el Hospital Almenara en Lima, entidad de la que depende la decisión, ha observado los pedidos.
3. En tal sentido, corresponde determinar si se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la salud de J. E. S. C., en particular, de su derecho a la salud mental.

Análisis del asunto controvertido

§. El derecho fundamental a la salud mental

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

5. La garantía de protección del derecho a la salud por parte del Estado no solo abarca la salud física, sino también la mental. En ese sentido, se ha considerado que, si bien el derecho a la salud mental se compone de los mismos elementos del derecho a la salud en general, aquel se caracteriza básicamente porque sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que exige ver su situación a partir no solo de categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos que han sido considerados desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (sentencia recaída en el Expediente 03081-2007-PA/TC, fundamento 25).
6. De manera similar, el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política reconoce el derecho que tiene toda persona a la integridad psíquica.
7. De otro lado, la Ley 30947, Ley de Salud Mental¹, dispone en su artículo 7 lo siguiente:

[...] toda persona, sin discriminación alguna, tiene el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; así como el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación.
8. De hecho, el tema de la salud mental engloba concretamente los “problemas de salud mental”, los cuales son los siguientes: a) problema psicosocial, entendida esta como la dificultad generada por la alteración de la estructura y dinámica de las relaciones entre las personas o entre estas y su ambiente; y b) trastorno mental y del comportamiento, entendida como la condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente y del comportamiento, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente (artículo 5, “Definiciones”, apartado 7, de la Ley de Salud Mental).
9. En el mismo sentido, la discapacidad por trastornos mentales se evidenciarían más en la disminución de las habilidades para las relaciones interpersonales (discapacidad psicosocial) y puede ir desde leve a severa y de carácter momentáneo (trastornos de adaptación, trastornos de ansiedad y trastornos depresivos, de carácter intercurrente (trastornos por conductas adictivas, trastornos de personalidad, estrés post traumático, trastorno bipolar) o permanente (crónica) como es el caso de los denominados Trastornos Mentales Graves (TMG) que incluyen a la esquizofrenia, trastorno esquizoafectivo y otras psicosis crónicas, incluidas las de causa orgánica².

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

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

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

§. Salud mental y discapacidad

11. El artículo 7 de la Constitución Política que reconoce el derecho a la salud en general, ha consagrado un régimen de protección especial a las personas en situación de discapacidad. Así, ha establecido que “[...] La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.
12. Sin embargo, el modelo de la Constitución de 1993, en sus orígenes, tal como ocurría con la de 1979 (artículo 19), parte de una concepción que comprendía a la discapacidad únicamente como una enfermedad, pues se consideraba a la persona “incapacitada”, con “deficiencia física o mental” que “no puede velar por sí misma” y que tiene que estar “a cargo” de entidades bajo el “régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. Incluso, en el debate constitucional, los asambleístas de la Constituyente de 1979 usaron términos como “minusválidos”, “impedidos físicos, sensoriales o mentales”, entre otros³.
13. Dicho esquema iba de la mano con la perspectiva reflejada en el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, pues este, en su artículo 18, contempló la “protección a minusválidos”.
14. En ese sentido, la concepción de la discapacidad partía de un atributo puramente personal, y, por lo mismo, se adaptaba al modelo médico o rehabilitador, y no estaba conforme al modelo social de discapacidad, el cual encuentra reconocimiento en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la dación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, que entiende a la discapacidad como el “resultado de la interacción o concurrencia de una situación particular del sujeto con las condiciones u obstáculos que la sociedad, con o sin intención, impone a este grupo de personas” (sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, fundamento 11).
15. La anterior perspectiva con que se manejaba esta materia fue cambiando. Ello se hace evidente en nuestro país cuando la Convención y su protocolo facultativo fueron ratificados por el Perú mediante la Resolución Legislativa 2917 y el Decreto Supremo 073-2007-RE, respectivamente. De ahí la necesidad de que nuestro ordenamiento,

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

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

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

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

17. Atrás quedaron los “tratamientos” dispensados a las personas con discapacidad bajo los modelos de prescindencia y rehabilitador. Atendiendo al criterio del primero, la sociedad decide prescindir de ellas, ya sea a través de políticas eugenésicas o confinándolas en el espacio destinado para los “anormales” y “pobres” (marginación). Caracteriza al segundo que la sociedad trata de rehabilitarlas o “normalizarlas” a través de métodos científicos, ya que solo serán “útiles” o “necesarias” en la medida en que sean rehabilitadas⁴.
18. El enfoque social de las personas con discapacidad entiende básicamente que las limitaciones al ejercicio de sus derechos no radica en la persona en sí misma, ni en las deficiencias atribuidas a dichas personas, sino que su origen radica en la interacción de dichas deficiencias con barreras externas existentes en la sociedad y que le impiden su plena y efectiva participación como miembro de aquella en condiciones de igualdad.⁵ Ciertamente, el análisis parte desde el ámbito externo, y, en ese sentido,

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

5 Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1384.

se entiende que una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad la discapacita a través de barreras⁶.

19. Las barreras discapacitantes pueden ser desde arquitectónicas hasta actitudinales. En el caso de las personas con discapacidad mental a raíz de algún trastorno grave, las barreras actitudinales pueden partir desde la desvalorización (no considerar sus opiniones) y miedo, hasta la desatención y rechazo que, en algunos casos, llega al extremo del confinamiento de la persona (modelo de prescindencia o intramural), alejándolas de la posibilidad de su reinserción social y laboral. Y es que lamentablemente muchas veces no solo es la sociedad la que mantiene dichos prejuicios y estigma, sino también, y lo que es peor, la propia familia.
20. En particular, el tratamiento de las personas con discapacidad debido a alguna situación o deficiencia en su salud mental, adaptado al nuevo modelo social, implica, en consecuencia, eliminar las barreras que impidan el pleno ejercicio de sus derechos y libertades, y generar, más bien, las condiciones necesarias para el goce de sus derechos. La eliminación de dichas barreras recaerá, primero, en los modelos de atención en salud mental y, segundo, en la capacidad para la toma de decisiones a través del consentimiento informado.
21. Con relación a los modelos de atención en salud mental, se pueden identificar hasta tres modelos cuyas características se sintetizan en el siguiente cuadro⁷:

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

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

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

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

22. Con relación a la medida de hospitalización⁸, como última *ratio*, y a la concepción de atención comunitaria, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad ha regulado dicha situación en su artículo 19, estableciendo el derecho a vivir de forma autónoma y a ser incluido en la comunidad. Así, se dispuso que las personas con discapacidad gozan del derecho a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y los Estados deberán adoptar medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad.
23. Es más, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en concreto, sobre el derecho a la salud mental de conformidad con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. En ella destacó la “especial obligación que tienen los estados de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental que se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivo posible, y la prevención de las discapacidades mentales”⁹.
24. Este Tribunal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos similares al presente, en los cuales también se involucra la determinación de la hospitalización o el denominado modelo “intramural” para personas con discapacidad mental (esquizofrenia). Este hecho incide indefectiblemente en otros derechos y bienes protegidos

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

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

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

25. Por otro lado, en los Expedientes 3081-2007-PA/TC y 2480-2008-PA/TC, pese a que se coincidió en que el método intramural debe ser la última *ratio* y que más bien se debe buscar que la familia adopte un papel relevante en el tratamiento de la persona con discapacidad mental, se decidió, en ambos casos, la hospitalización indefinida de las personas a favor de las cuales se interpuso el amparo. Para justificar esta posición, se consideró como factor determinante el entorno familiar, pues éste no podía garantizar los cuidados necesarios y suficientes. En el primer caso, la atención recaía en la madre, una persona mayor “anciana, que vive sola, viuda”, el lugar en el que vivía no tenía luz y agua, y la beneficiaria del amparo se encontraba “operada de la cadera izquierda” (3081-2007-PA/TC). En el segundo caso, el cuidado estaba a cargo de la “madre mayor de 70 años con osteoporosis, déficit visual en ambos ojos y con disminución de las funciones intelectuales” (2480-2008-PA/TC).
26. Ahora bien, en los tres casos, el Tribunal Constitucional decidió dejar sin efecto el alta médica, ordenando la hospitalización de las personas con discapacidad mental, en atención no tanto al diagnóstico médico o a la existencia de alguna duda razonable sobre este (1956-2004-PA/TC), sino más bien a una situación externa, a saber, el entorno familiar, particularmente, la situación de la persona sobre la cual recaían los cuidados, además de la presencia de alguna expresión de violencia o agresividad (en el Expediente 3081-2007-PA además se señaló que se constató “agresividad selecta contra la madre”). Sin embargo, resulta necesario ahora efectuar un análisis más integral que incluya el modelo social de discapacidad, y que lógicamente incluya también los factores que se consideraron en las referidas sentencias.
27. Por ello ha sido importante que se apruebe la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, y la Ley 30947, Ley de Salud Mental¹⁰. Esta última ha acogido el modelo de atención comunitaria que consiste en un modelo de tratamiento “centrado en la comunidad, que promueve la promoción y protección de la salud mental, así como la continuidad de cuidados de las personas, familias y colectividades con problemas de salud mental, en cada territorio”. Sus principales características inciden en su materialización continua, según las necesidades requeridas, en la satisfacción de las necesidades de una población jurisdiccionalmente determinada en una red de servicios

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

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

28. En dicha normativa, se exige que la hospitalización sea un recurso terapéutico excepcional, con revisiones periódicas, bajo condición de que aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente, por el tiempo estrictamente necesario, y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario (artículo 27).
29. Incluso regula la atención desinstitucionalizada de personas en situación de abandono y estado de vulnerabilidad estableciendo que “las personas que, pese a contar con alta médica, por circunstancias ajenas a su voluntad, permanecen innecesariamente hospitalizadas en los establecimientos de salud, deben ser derivados a profesionales de trabajo social o especialidades afines para movilizar la red familiar y comunitaria y promover la reinserción en dichos ámbitos” (artículo 30). Así también, estableció que “la persona con problemas de salud mental que tenga un período de internamiento u hospitalización mayor a cuarenta y cinco (45) días y que se encuentre en condición de alta médica, debe continuar su tratamiento en forma ambulatoria y ser incorporada en la red de atención comunitaria de salud, coordinando previamente con los profesionales de trabajo social y afines” (artículo 33).
30. Es más, este Tribunal, en el análisis sobre la privación de libertad de personas con discapacidad (en situaciones que no tengan relación con cuestiones penales) señaló que existen dos cuestiones que deben tomarse en cuenta (sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, fundamento 60):

En primer lugar: que en nuestro ordenamiento jurídico la regla es que está proscrita la posibilidad de restringir o privar del goce efectivo del derecho a la libertad personal a las personas con discapacidad únicamente por motivos de discapacidad, sea que se trate de una discapacidad real o una percibida.

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

31. Visto este nuevo escenario, debe concluirse que, tanto el Estado y la sociedad, representados por profesionales de salud (médicos, enfermeras, etc.), funcionarios públicos, servidores públicos, la comunidad y las familias de quienes se encuentren en alguna situación de discapacidad mental, deben adecuar sus roles al enfoque social instituido en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en la normativa pertinente de nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia de este Tribunal. Ello implica, por ejemplo, que, para efectos de establecer cuál será el mejor tratamiento médico a seguir, dado que la hospitalización es la última *ratio* (esto es, la excepción a la regla de atención ambulatoria), se deberá también considerar el nuevo modelo de atención comunitaria, aquí ya reseñado.
32. De otro lado, la Ley de Salud Mental también ha incluido el derecho de la persona con discapacidad mental a otorgar su consentimiento informado. Este derecho implica la aceptación libre, sin persuasión indebida y otorgada por una persona con problemas de salud mental, o por sus representantes, según sea el caso, después de habersele proporcionado información precisa, suficiente y comprensible sobre el diagnóstico, tratamiento, medidas alternativas posibles y efectos secundarios y riesgos (artículo 9, inciso 7).
33. Dicha regulación va de la mano con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de la modificación y derogación de algunos artículos del Código Civil, del Código Procesal Civil y del Decreto Legislativo del Notariado, mediante la aprobación del Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de setiembre de 2018.
34. Algunos de los cambios más significativos introducidos por la referida normativa, tal como fue sintetizado en su exposición de motivos, son los siguientes:

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

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

35. Así pues, las modificaciones introducidas al Código Civil reivindican a las personas con discapacidad, devolviéndoles el estatus de verdaderos sujetos de Derecho, de conformidad con los estándares actuales en materia de protección de los derechos humanos (sentencia recaída en el Expediente 00194-2014- PHC/TC, fundamento 29).
36. Resulta oportuno entonces destacar dos cambios sustanciales introducidos por dicha normativa. El primero de ellos es la inclusión del modelo de apoyos y salvaguardas, a través de su designación voluntaria. Esta nueva institución jurídica implica reconocer a las personas con discapacidad ser protagonistas de los cambios que se generen en su esfera subjetiva, implica reconocer que son capaces de tomar sus propias decisiones en un primer orden, y que únicamente el apoyo consistirá en una persona que le ayude en la toma de decisiones y facilite el ejercicio de sus derechos, "incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo" (artículo 659B del Código Civil, disposición incorporada por el artículo 3 del referido Decreto Legislativo).
37. La segunda medida que destaca –en consonancia con el modelo comunitario y de atención ambulatoria– ha sido la derogación del artículo 578 del Código Civil que regulaba el internamiento involuntario de las personas con discapacidad¹¹. Dicha medida ha sido adaptada de acuerdo con el enfoque social, y a partir del compromiso del Estado peruano con la Convención de las Naciones Unidas en la materia (artículo 14) en el sentido de que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, gozan del derecho a la libertad y que la existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso la privación de la libertad. Además, a partir de la consideración de que la hospitalización, como parte del tratamiento del paciente, debe ser la última *ratio*, esto es, en la medida de lo posible, debe evitarse el método intramural.
38. Ahora bien, la exigencia en la factibilidad de otorgar el consentimiento informado por parte de una persona con discapacidad debido a algún trastorno mental (grave), lógicamente debe tener como condición que tenga, cuando menos episódicamente, la suficiente madurez intelectual, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para decidir por sí misma el mejor tratamiento a seguir, incluyendo la decisión sobre la hospitalización o la atención ambulatoria, a menos que exista alguna situación de emergencia psiquiátrica o que se encuentre en un estado delirante, psicótico, paranoide,

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

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

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

Análisis del caso concreto

41. En el presente caso, de acuerdo a las declaraciones y documentos presentados por ambas partes, así como de la información remitida en respuesta a los pedidos de información formulados por este Tribunal, se advierte lo siguiente:
- a. La persona a favor de quien se interpone la presente demanda es una persona mayor de edad con discapacidad mental (a la fecha contaría con 43 años de edad). Así, mediante la Resolución 026-SGS-GDLA- ESSALUD-99, de fecha 16 de abril de 1999 (folio 7), la Gerencia Departamental de Lambayeque - Essalud, de acuerdo al dictamen emitido por la Comisión de Incapacidad de Hijos Asegurados Mayores de Edad, resolvió declarar a J. E. S. C. “incapacitada total y permanentemente para el trabajo”. En la parte considerativa de la referida resolución se señala que la Comisión de Evaluación de Incapacidad de Hijos Asegurados Mayores de Edad le ha diagnosticado esquizofrenia hebefrénica.
 - b. Según el Informe Médico, de fecha 14 de junio de 2013 (folio 9), expedido por

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

- c. Con fecha 23 de setiembre de 2014, tanto la madre de J. E. S. C. como doña Odila Amarilis Salgado Cayatopa, esta última en calidad de curadora del hermano de la beneficiaria, solicitaron mediante carta dirigida al Gerente de la Red Asistencial de Lambayeque, el traslado de ambos hermanos al Centro de Salud Mental de Huariaca en la ciudad de Pasco (folio 13) debido a que “padecen de esquizofrenia y su situación empeora aún más, poniendo en grave peligro sus vidas y su derecho fundamental a la salud mental”.
- d. Con fecha 20 de octubre de 2014, mediante carta dirigida al Gerente de la Red Asistencial de Lambayeque, reiteran su pedido de traslado (folio 14) debido a la “cronicidad de las enfermedades mentales”.
- e. Mediante Carta 13-JSPS-HNAAA-GM.RAL-ESSALUD-2015, de fecha 10 de enero de 2015, el Jefe del Servicio de Psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo (folio 55), solicita al Jefe de la Oficina de Referencias y Registros Médicos la referencia de J. E. A. C. para consulta externa en el Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen en la ciudad de Lima. El motivo de la referencia es: terapia especializada de inserción social, y el diagnóstico: esquizofrenia paranoide F20.0.CIE.10.OMS.
- f. La Hoja de Referencia de fecha 10 de enero de 2015 (folio 56) indica como resumen de la historia clínica lo siguiente: Paciente que ingresa al servicio de psiquiatría el 26/08/14. Con fecha de alta el 20/09/14, actualmente compensada, se refiere al hospital Guillermo Almenara con fines de ser transferida al Hospital de Huariaca para terapia especializada de reinserción social. Diagnóstico: esquizofrenia paranoide. Motivo de la referencia: Terapia Especializada para Reinserción Social. Médico tratante y que refiere: don Juan José Cruz Venegas.
- g. Documento de observaciones a la Hoja de Referencia 101262837 (folio 41) en el que figuran tres observaciones en las siguientes fechas: 22 de enero, 28 de enero y 6 de marzo de 2015, todas ellas del H. N. Guillermo Almenara y como observación

señala que la referencia puede ser resuelta en su centro asistencial.

- h. Documento de detalle de la referencia de fecha 10 de enero de 2015 (folio 42) con estado: Anulado.
- i. Con fecha 12 de junio de 2015, el servicio de psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud, representado por el médico psiquiatra don Juan José Cruz Venegas, emitió la orden de alta de J. E. S. C. (folio 10). En el Informe de Alta Hospitalaria (folio 11) se señaló que la fecha de ingreso al hospital fue el 26 de agosto de 2014 y que la evaluación del cuadro clínico durante su hospitalización fue: “PACIENTE CON EVOLUCIÓN FAVORABLE DURANTE SU ESTANCIA HOSPITALARIA, por ende, condiciones de alta (MEJORADO)”. Además de ello se informó lo siguiente:
 - Motivo de hospitalización: conducta inadecuada, insomnio, agresividad y coprolalia.
 - Diagnóstico de egreso: F20.0
 - Principales procedimientos de diagnóstico y tratamiento realizados durante la hospitalización: exámenes auxiliares especiales (dentro de los parámetros normales), intervenciones quirúrgicas (ninguna) y se detallan los principales medicamentos administrados.
- j. Adicionalmente, en las indicaciones de alta de pacientes (folio 12), además de las prescripciones médicas, se indicó “orientación familiar con asistencia de familiares”, “mantenerse ocupada” y “entretenerse”.
- k. Epicrisis con fecha de alta el 12 de junio de 2015 (folio 54) de J. E. A.C., suscrito por el médico tratante, don Juan José Jesús Venegas, informa que el ingreso fue el 26 de agosto de 2014, historia médica anterior: paciente ingresa al servicio procedente de emergencia y con evaluación favorable durante su estancia hospitalaria.
- l. Mediante Acta Fiscal de fecha 22 de junio de 2015, a las 11:08 de la mañana (folio 43), doña Yvonne Catherine Zárate Izquierdo, fiscal de la Primera Fiscalía Penal de Prevención del Delito del Distrito Judicial de Lambayeque, se constituye al área de psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud, a pedido de las autoridades del referido hospital, a fin de que tanto J. E. A. C. como su hermano, quien también padece de esquizofrenia, sean regresados con sus familiares. En dicha acta se deja constancia que “dicha área es solo para pacientes agudos y no crónicos y que tienen un periodo de estancia de 20 y 30 días, luego de lo cual se le da el alta médica”; que la paciente J. E. A. C. sufre de esquizofrenia hebefrénica; y que ambos han excedido el tiempo hospitalario, con lo cual, deben regresar con sus familiares, además que “solo tienen 16 camas y que hay demanda de ellas”.
- m. Mediante Acta Fiscal de fecha 22 de junio de 2015, hora 12.10 (folio 46), la fiscal

Yvonne Catherine Zárate Izquierdo se constituyó al domicilio de los hermanos y se les “hizo entrega a su señora madre en buenas condiciones de salud”.

- n. Carta 520-JDMI-HNAAA-ESSALUD-2015, de fecha 11 de agosto de 2015 (folio 51), remitida por el médico Jefe del Dpto. de Medicina I al Gerente Clínico de la Red Asistencial de Lambayeque, a través de la cual le indica que el diagnóstico de J. E. S. C. es esquizofrenia paranoide y no esquizofrenia hebefrénica, “por lo que necesita de la presencia constante de sus familiares directos para apoyar en su rehabilitación, dado el poco apoyo de la familia, el Servicio de Psiquiatría efectuó la referencia al Hospital de Huariaca que trabaja con pacientes crónicos, pero esta fue denegada. El Servicio de Psiquiatría solo atiende a pacientes en estado agudo de su enfermedad, no teniendo capacidad para tener pacientes por más de 30 días de estancia prolongada”.
 - o. Anexo de la precitada carta, esto es, Carta 132.JSP.HN.AAA.ESSALUD.2015, de fecha 10 de agosto de 2015 (folio 52), suscrita por el Jefe del Servicio de Psiquiatría y dirigida al Jefe del Dpto. de Medicina I, a través del cual refiere los mismos hechos que la carta 520, pero además de ello informa que el médico tratante, doctor Juan José Cruz Venegas, dio de alta a la paciente al mes de hospitalizada por haber estabilizado su cuadro de esquizofrenia paranoide y que al dársele de alta, los familiares no se apersonaron para retirarla, por lo que se decidió comunicar dicha situación a la Oficina de Asuntos Jurídicos.
 - p. Mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2016, el Juzgado de Familia Transitorio de José Leonardo Ortiz de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (consulta de expedientes judiciales del Poder Judicial a través de su portal web <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>) declaró fundada la demanda interpuesta por doña Odila Yolanda Cayatopa Vda. de Salgado, Odila Amarilis Salgado Cayatopa y don Wilmer Iván Salgado Cayatopa; y declaró la interdicción civil de J. E. S. C., por adolecer de esquizofrenia hebefrénica crónica y nombró como curadora a su madre, doña Odila Yolanda Cayatopa viuda de Salgado. El proceso se encuentra concluido.
42. De lo expuesto se advierten diversas situaciones. En principio, se debe considerar que J. E. S. C. fue diagnosticada de esquizofrenia hebefrénica desde que tenía 16 años de edad, y con incapacidad total y permanente para el trabajo desde el año 1999 (cuando contaba con 22 años). Desde entonces ha estado recibiendo tratamiento ambulatorio y, en algunas ocasiones, ha sido hospitalizada, por crisis generadas debido a la esquizofrenia que padece. Ello significa que la demandada nunca le ha negado el acceso a la atención médica, por lo menos, de manera ambulatoria.
43. Su última hospitalización debido a “conducta inadecuada, insomnio, agresividad y coprolalia” fue el 26 de agosto de 2014. Su médico psiquiatra tratante, don Juan José Jesús Venegas, le dio el alta formal el 20 de setiembre de 2014, esto es, casi 30 días después de hospitalizada; sin embargo, se mantuvo hospitalizada debido a que sus

familiares no se habrían hecho presentes. Permaneció en dicha situación durante casi un año, hasta que su alta materialmente se efectivizó el 12 de junio del 2015, cuando la fiscal de la Primera Fiscalía Penal de Prevención del Delito del Distrito Judicial de Lambayeque, se constituyó al hospital emplazado a pedido de sus funcionarios para llevarla a su domicilio, sentando las actas fiscales correspondientes. En una de ellas, se deja constancia de que J. E. S. C. es puesta al cuidado de su madre, quien también es su curadora. Lo mismo ocurrió con su hermano, quien también padece de esquizofrenia.

44. Mientras J. E. S. C. se encontraba hospitalizada, su madre, así como doña Odila Amarilis Salgado Cayatopa, quien sería la curadora del hermano de J. E. S. C., solicitaron, entre setiembre y octubre de 2014, que ambos hermanos sean trasladados al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos de Huariaca en la ciudad de Pasco. El hospital de Chiclayo nunca les dio una respuesta formal. Pese a ello, se advierte que el médico psiquiatra solicitó su referencia (traslado) al centro de salud citado a través del Hospital Nacional Guillermo Almenara de la ciudad de Lima. Sin embargo, este último observó hasta en tres oportunidades los pedidos indicando que el cuadro médico podría ser tratado en el hospital de Chiclayo. Cabe precisar que los pedidos de traslado se realizaron bajo el diagnóstico de esquizofrenia paranoide y no esquizofrenia hebefrénica.
45. Ahora bien, en autos no obra documento alguno que sustente la conclusión a la arribó, hasta en tres ocasiones, el Hospital Nacional Guillermo Almenara. En el mismo sentido, se desconoce también si el tipo de esquizofrenia por la cual se solicitó el traslado –distinto al que originalmente fue diagnosticado– incidió en alguna medida en lo resuelto por el hospital de Lima.
46. Por otro lado, el cuadro de esquizofrenia paranoide no solo fue el sustento del pedido de traslado, sino que dicha modalidad de esquizofrenia empieza a aparecer en diversos documentos emitidos por el emplazado desde el año 2014. Así se aprecia en su orden de alta (F20.0) y en la epicrisis, para finalmente enfatizar en la Carta 132.JSP. HN.AAA.ESSALUD.2015, de fecha 10 de agosto de 2015, suscrita por el Jefe del Servicio de Psiquiatría, que el diagnóstico es esquizofrenia paranoide y no hebefrénica. Sin embargo, durante el acto fiscal del 22 de junio de 2015, se le informó a la fiscal que el diagnóstico es esquizofrenia hebefrénica (folio 44).
47. Al respecto, este Colegiado no puede soslayar la existencia de una variación en el diagnóstico médico de J. E. S. C., de esquizofrenia hebefrénica a esquizofrenia paranoide, sin que con relación al segundo de ellos exista algún informe médico, sea de su médico psiquiatra tratante o de alguna junta médica que sustente dicha variación y realice el nuevo diagnóstico, tanto más si las terapias y tratamientos que ha recibido durante más de 20 años se habrían basado en el primer diagnóstico. Y si bien mediante Carta 89.JP. HN.AAA.ESSALUD.2018, de fecha 20 de junio de 2018 (folio 41 del cuadernillo de este Tribunal), en respuesta a la solicitud de información que se le requirió a Essalud, esta entidad señaló que el enfoque terapéutico para ambos diagnósticos es el mismo

(uso de fármacos, controles regulares, apoyo familiar y de ser necesario, la hospitalización por descompensación), a la luz de información adicional a la que ha tenido acceso este Tribunal Constitucional, dicha afirmación no parece ser necesariamente concluyente.

48. En efecto, de una valoración conjunta del Informe de la Asociación Psiquiátrica Peruana sobre el Trastorno Esquizofrénico (folio 55 del cuadernillo del Tribunal) y del Informe del Ministerio de Salud 416-2018-DSAME- DGIESP/MINSA, de fecha 29 de mayo de 2018 (folio 15 del cuadernillo del Tribunal), remitidos en respuesta a nuestros pedidos de información, deriva que la esquizofrenia paranoide se presenta cuando en la sintomatología predominan ideas delirantes y alucinaciones, mientras que la hebefrénica se presenta cuando en la sintomatología predomina el pensamiento y la conducta desorganizada. La esquizofrenia paranoide es el tipo más frecuente en el mundo. En ella, los trastornos afectivos, de la voluntad y del lenguaje, y los síntomas catatónicos pueden ser más llamativos. En el caso de la esquizofrenia hebefrénica, aunque los trastornos afectivos son importantes, las ideas y alucinaciones son transitorias y fragmentarias.
49. Así pues, si dependiendo del tipo de esquizofrenia de que se trate, la sintomatología varía, no puede descartarse que, si quiera en alguna medida, el tratamiento también requiera ser diverso. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que el Ministerio de Salud señaló que la necesidad de un tratamiento ambulatorio o internamiento, dependerá también de “la singular situación existencial que cada persona”.
50. Como se indicó, no se ha adjuntado documento alguno que justifique la variación del diagnóstico médico de J. E. S. C. de esquizofrenia hebefrénica a esquizofrenia paranoide. Tampoco que ello haya sido puesto en conocimiento de la parte demandante (artículo 27 de la Ley General de Salud). Por ello, se le solicitó a la entidad demandada que explique, entre otras cuestiones, las razones de la referida variación en el diagnóstico y que indique cuál es el diagnóstico actual de J. E. S. C. Dichas consultas no fueron respondidas en la carta que remitiera en junio de 2018.
51. De otro lado, y con relación al motivo por el cual se dio la orden de alta en junio de 2015, tampoco existe una justificación suficientemente precisa, pues tanto del informe médico de alta así como de la epicrisis, se desprende que ella se debió a que “hubo evolución durante su estancia hospitalaria” o “mejoría” (folios 11 y 54, respectivamente); sin embargo, en el acta fiscal de fecha 22 de junio de 2015, se señala que el alta médica se dio debido a que los hermanos no podían permanecer más de 30 días en el espacio en el que se encontraban, por estar destinado a pacientes con cuadros agudos y no crónicos.
52. Debe tenerse en consideración que la entidad emplazada tramitó sin éxito, hasta en tres oportunidades, a través del Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen en la ciudad de Lima, el traslado de J. E. S. C. al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos (CRIPC) Hospital 1 Huariaca - Essalud, “para que reciba terapia especializada para reinserción social”, sin que motive la razón del por qué no puede recibir dicha terapia en la ciudad de Chiclayo. En el detalle de los pedidos de traslado no

se señala que J. E. S. C. es una paciente crónica, tampoco se precisa si existe agresividad o no hacia sí misma, hacia su familia o hacia terceros, indicándose que “actualmente se encuentra compensada”.

53. Así, por un lado, existe información que denotaría una cierta mejora en la situación de J. E. S. C.; pero, de otro lado, el hospital emplazado solicitaba que sea trasladada al hospital de Huariaca, por requerir una terapia especializada de reinserción social. Por lo tanto, existen dudas razonables acerca de si el alta médica encontraba fundamento en la efectiva mejora de la paciente, o en razones de incapacidad técnica o de déficit logístico del hospital, ajenas a su situación médica de la paciente.
54. Así también, este Tribunal no puede soslayar que la emplazada no tuvo en cuenta la Ley 29889, que estuvo vigente durante los hechos (entre agosto de 2014 a junio de 2015), y que parcialmente ya había incorporado el modelo social de discapacidad, al disponer el modelo de atención comunitaria (artículo 11, apartado a); la atención preferentemente de manera ambulatoria, dentro del entorno familiar, comunitario y social (artículo 11, apartado b); el internamiento como una situación excepcional, solo cuando aporte mayores beneficios para el paciente y por el tiempo estrictamente necesario (artículo 11, apartado c); y el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia (artículo 11, apartado d).
55. En tal sentido, este Tribunal considera que la entidad emplazada no ha actuado con la debida diligencia en el caso de J. E. S. C., con lo cual, se ha vulnerado su derecho fundamental a la salud mental. Por ello, se dispone que en un plazo no mayor a 30 días hábiles contados a partir de notificada la presente sentencia, una Junta Médica emita un diagnóstico médico concluyente sobre el tipo de esquizofrenia que padece, así como el pronóstico y las alternativas de tratamiento. En dicho análisis, se deberán considerar los “determinantes de la salud”, esto es, aquellos factores que mejoran o amenazan el estado de salud del individuo (artículo 5, inciso 1, de la Ley de Salud Mental).

Efectos de la presente sentencia

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

57. En el análisis de la determinación del tratamiento médico se deberá incluir atención especializada integral (diagnóstico diferencial, tratamiento psicofarmacológico especializado y psicoterapias), además de rehabilitación psicosocial y reinserción social. En el mismo sentido se ha pronunciado la Asociación Psiquiátrica Peruana (folio 59 del cuadernillo del Tribunal) al incluir en todo tratamiento, las cuatro piedras angulares, esto es, tratamiento psicofarmacológico, psicoeducación, rehabilitación psicosocial y psicoterapia familiar.
58. Por lo tanto y en virtud de las particularidades propias del caso concreto, este Tribunal dispone que la entidad demandada informe a este Tribunal sobre lo dispuesto en el fundamento 55 inmediatamente luego de transcurridos los 30 días señalados. Así también deberá informar cada 120 días sobre el estado de salud de J. E. S. C. tanto al juez de ejecución como a la Defensoría del Pueblo, entidad que deberá realizar el seguimiento que corresponda conforme a sus funciones.
59. Asimismo, este Tribunal Constitucional no puede soslayar que en el presente caso, la madre, quien fue designada curadora de J. E. S. C. es una persona adulta mayor (72 años), lo que podría suponer alguna dificultad para el apoyo en el tratamiento de su hija, quien a la fecha tiene 43 años. Sin embargo, ni en la demanda ni en escrito alguno que obre en el expediente, se ha alegado como razón de la solicitud de hospitalización indefinida dicho hecho, tampoco se ha alegado imposibilidad de apoyo debido al mal estado económico o social de la familia. Al mismo tiempo, cabe añadir que quien firma como abogado de la demanda y los escritos es uno de los hermanos de la beneficiaria del presente amparo, don Wilmer Iván Salgado Cayatopa. En tal sentido, resulta claro que J. E. S. C. no se encuentra en situación de abandono o desprotección.
60. En este estado, también es importante destacar la labor que desempeña la familia, la que debe asumir una posición de garante en beneficio de la salud mental de J. E. S. C. (sentencia recaída en el Expediente 02480-2008-PA/TC, fundamento 18). En efecto, resultan primordiales para el apoyo de una persona con discapacidad mental, máxime si se trata de un cuadro de esquizofrenia, las acciones que emprenda la familia. Dicha labor forma parte del modelo de atención comunitaria que requiere, sin que ello signifique disminuir en algún sentido la capacidad jurídica y la capacidad de decisión de personas en dicha situación. Por ello, se exhorta a la familia de J. E. S. C. que mantenga el constante apoyo que requiera a fin de lograr su reinserción social y, de ser posible, su reinserción laboral.
61. Así también, del mismo modo que en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, y considerando la nueva regulación de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardas del Decreto Legislativo 1384 que modificó algunas disposiciones del Código Civil, el juez del proceso de interdicción subyacente (Juzgado de Familia Transitorio de José Leonardo Ortiz de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque o quien tenga a su cargo la ejecución del Expediente: 00184-2013-0-1714-JM-CI-01), deberá transformar dicho proceso en uno de apoyos y salvaguardas (Primera Disposición

Complementaria Transitoria). En este deberá considerar lo dispuesto en el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de Discapacidad, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 046-2019-CE-PJ.

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

1. No estoy de acuerdo con lo señalado en los fundamentos 12 y 13 de la ponencia. Y es que, más allá de criticar que nuestra propia Constitución fue diseñada bajo un modelo médico de la discapacidad, lo que importa es resaltar que el enfoque social de la discapacidad actualmente es el que está vigente e informa a todo nuestro ordenamiento jurídico.
2. En el fundamento 39 considero que se debe precisar que el primer factor a tomar en cuenta para determinar la hospitalización de una persona con discapacidad mental, de acuerdo al modelo comunitario, es su expresión de voluntad. Y es que justamente el enfoque social pretende reconocer a las personas con discapacidad como auténticos sujetos de derechos, lo que implica ante todo tomar en consideración su manifestación de voluntad.
3. Considero también que la situación descrita evidencia que la entidad emplazada ha venido tratando a la representada desde hace varios años, pero dicho tratamiento no respondería a un diagnóstico adecuado, además de que no existe claridad en la información brindada respecto al estado de salud de la representada, ni de los tratamientos adecuados que ayudarían a darle una mejor calidad de vida. Por otro lado, la situación de la familia tampoco se aprecia con claridad, toda vez que daría la impresión que pretenden que la representada sea internada, en el entendido que dicha opción es la mejor, frente a los males que la aquejan.
4. Sobre el particular, el modelo comunitario de atención a las personas con discapacidad exige el apoyo conjunto y coordinado del Estado y las familias, que permita garantizar el derecho a la salud mental de la persona con discapacidad. Por tanto, concuerdo con el fallo y las diversas disposiciones allí anotadas, aunque agregaría que este caso, dada la importancia que tiene, también sea supervisado por este Tribunal Constitucional a través de su sistema de supervisión de sentencias, tal como lo viene haciendo con otros casos.
5. Finalmente, tal como lo expresé en el voto que emití en la sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, considero que este Tribunal emite el presente fallo de conformidad con una visión tuitiva y protectora de las personas con discapacidad mental, que apuesta además por favorecer el tratamiento ambulatorio y descartando, por ende, toda medida que suponga la institucionalización de la persona, inclusive en el ámbito privado. Como bien lo ha señalado la Defensoría del Pueblo en su

Informe Defensorial 180: *El derecho a la Salud mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitutionalización* (p. 32).

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

S.

MIRANDA CANALES

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
RAMOS NÚÑEZ**

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

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

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

S.

RAMOS NÚÑEZ

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 495/2020

EXP. N.º 01784-2015-PA/TC

**Y 03106-2015-PA/TC (ACUMULADOS) HUÁNUCO
CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIAS DE HUÁNUCO**

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

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

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

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Demandas

Expediente 01784-2015-PA/TC

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

Expediente 03106-2015-PA/TC

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

Contestaciones de las demandas

Expediente 01784-2015-PA/TC

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

Con fecha 19 de junio de 2013, Urbi Propiedades SA contesta la demanda y solicita que se la declare improcedente. Alega que se ha producido la sustracción de la materia, toda vez que ya se inició la construcción del centro comercial y que, en todo caso, la controversia no se puede dilucidar en el proceso de amparo por ser necesaria la actuación de una serie de medios probatorios. Respecto al fondo del asunto, aduce que la demandante no ha acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente al derecho al medioambiente equilibrado y al desarrollo de la vida, y que el proyecto

cuestionado contribuirá al desarrollo económico local, a la generación de empleo y a la modernidad, entre otros beneficios. Asimismo, sostiene que el procedimiento para la adjudicación del proyecto y la suscripción del contrato se han realizado conforme a la ley y que no existe afectación al derecho de propiedad, ya que solo se le ha otorgado el derecho de superficie, más no el de propiedad.

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

Con fecha 5 de noviembre de 2013, el Patrimonio en Fideicomiso DS 093-2002-EF Interproperties Perú, incorporado al proceso como tercero coadyuvante a través de la Resolución

27, de fecha 19 de agosto de 2013, emitida por el Primer Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, contesta la demanda y solicita que se declare improcedente. Alega que se produjo la sustracción de la materia porque la ejecución del proyecto concluyó. Además, sostiene que, en todo caso, la controversia no se puede dilucidar en el proceso de amparo, pues se requiere la actuación de una serie de medios probatorios. Respecto al fondo del asunto, aduce que la construcción del centro comercial se llevó a cabo conforme a la normativa vigente, sin amenazar al medioambiente, puesto que se cuenta con un programa de acción preventivo y/o correctivo para evitar o mitigar los impactos ambientales en la zona de influencia del proyecto.

Expediente 03106-2015-PA/TC

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

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

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

Resoluciones de primera instancia o grado

Expediente 01784-2015-PA/TC

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

Expediente 03106-2015-PA/TC

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

Sentencias de segunda instancia o grado

Expediente 01784-2015-PA/TC

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

Expediente 03106-2015-PA/TC

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

Auto de acumulación

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

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

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

§2. Consideraciones previas

2. En el presente caso, cabe mencionar lo manifestado por la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco en su recurso de agravio constitucional. Allí se alude expresamente a que los demandados “destruyeron el parque y edificaron un centro comercial” (fojas 1396 del Expediente 01784-2015-PA/TC). Además, el Patrimonio Fideicomiso DS 093-2002-EF Interproperties Perú, en su contestación de la demanda (fojas 1046 del Expediente 01784-2015-PA/TC), y Urbi Propiedades SA (fojas 831 y 117 del Expediente 03106-2015-PA/TC) sostienen que la ejecución de la obra ya concluyó. Cabe añadir que, conforme se aprecia en su portal electrónico (<https://realplaza.pe/huanuco/>), el centro comercial denominado Real Plaza Huánuco se encuentra operativo y en pleno funcionamiento.
3. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado que la construcción del centro comercial ha concluido y, es más, actualmente, se encuentra en funcionamiento.
4. No obstante, este Tribunal, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, procederá a emitir pronunciamiento de fondo debido a la magnitud de los derechos involucrados, cuyo agravio implicaría la vulneración del derecho a la protección del medioambiente de las generaciones presentes y futuras, en conexión con los derechos a la salud, a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la alimentación, entre otros.
5. En tal sentido, si bien la demanda de autos se inició denunciando la supuesta amenaza de vulneración del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, este Tribunal analizará si hubo violación del derecho invocado, dado que ya se construyó el centro comercial sobre el parque Puelles.

§3. Análisis de fondo

6. La parte demandante sostiene que la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles sobre el parque Puelles vulnera sus derechos fundamentales al medioambiente sano y equilibrado, a la propiedad y a la libre competencia.
7. En consecuencia, se observa que el problema jurídico radica en determinar si la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles sobre el área

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

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

a. El desarrollo urbano sostenible

9. En las últimas décadas, el crecimiento vertiginoso de la población en las ciudades ha generado el aumento de ciudades no planificadas, donde no hay espacios públicos de calidad. Por ejemplo, se cuentan con pocas áreas verdes o espacios de recreación, y pocas vías de tránsito, lo cual muchas veces causa tráfico. Asimismo, se presenta una ocupación hacinada y desordenada de la población, sin criterios preestablecidos; y, en algunos casos, dicha ocupación no tiene límites, pues habitan en zonas no aptas o de riesgo frente a desastres naturales. Existe contaminación ambiental; la cobertura a servicios básicos como el agua, el desagüe y la electricidad es insuficiente; la conectividad es escasa, etcétera.
10. En ese contexto, la actividad económica se desarrolla, y conlleva mayor empleo y modernización. Asimismo, crea mayores oportunidades como la influencia en la reducción de la pobreza, el incremento de los ingresos tributarios, entre otros factores positivos para el progreso del país. Sin embargo, también puede incidir de manera directa o indirecta en el medioambiente con la contaminación ambiental, la reducción de áreas verdes o recreativas, etcétera.
11. Por ello, el desarrollo de la actividad económica se debe realizar de manera armónica con el crecimiento de las ciudades, a fin de garantizar la calidad de vida de la población, y permitirle gozar del derecho a la salud, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, al medioambiente adecuado, a la protección de la familia, entre otros.
12. Esto es, el desarrollo urbano sostenible, que implica la compatibilidad o armonía entre el desarrollo económico, la protección de un medioambiente adecuado y la calidad de vida.
13. El desarrollo económico de un Estado, que incida o pueda incidir en el medioambiente, debe usar de forma racional los recursos naturales y los bienes ambientales, de modo que exista equilibrio o armonía entre el bienestar económico del Estado o de la ciudad y el goce efectivo de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a un medioambiente adecuado. Al respecto, el Estado debe adoptar medidas preventivas, precautorias, reactivas y de procedimiento que afronten daños o posibles daños al medioambiente a causa del desarrollo económico.
14. En cuanto a la protección del medioambiente adecuado, este Tribunal ya ha señalado en su jurisprudencia que el medioambiente es el lugar donde el hombre y los demás seres vivos se desenvuelven, e incluye tanto el entorno globalmente considerado, es

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

15. Finalmente, la protección al medioambiente se encuentra interrelacionada con otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la salud, la integridad personal, la vida, la alimentación (RTC 2682-2015-AA/TC, fundamento 10, STC 0011-2015-AI/TC, fundamento 152). Por ello, el desarrollo económico, en armonía con el medioambiente y la protección de un entorno adecuado, mediante ciudades inclusivas con bienes ambientales en condiciones adecuadas, coadyuva a lograr calidad de vida, con la cual se pueda gozar plenamente de los derechos fundamentales.
16. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 03448-2005-AA/TC (fundamentos 5 y 6), señaló que el derecho de gozar de un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone también el derecho de los individuos que viven en zonas urbanas a que estas reúnan estándares mínimos que posibiliten su desarrollo. De esta forma, se asegura a sus pobladores, entre otras cosas, un mínimo de áreas verdes. Cualquier modificación de los estándares mínimos requiere, necesariamente, una justificación técnica sustentada no en razones de oportunidad, sino de calidad de vida de la población de la zona.
17. Si se analiza la superficie de área verde urbana por habitante (m^2 por habitante) en el Perú, se observa lo siguiente:

SUPERFICIE DE ÁREA VERDE URBANA POR HABITANTE (METROS CUADRADOS POR HABITANTE)					
Serie	2010	2011	2012	2013	2014
Amazonas	2,43	2,77	2,25	1,99	1,64
Áncash	2,45	2,83	2,37	2,34	1,61
Apurímac	2,49	2,51	3,50	3,45	2,21
Arequipa	3,67	2,87	3,56	3,75	2,10
Ayacucho	2,98	2,45	2,81	2,14	1,50
Cajamarca	2,83	2,38	2,66	2,79	1,70
Callao	3,04	2,70	2,95	2,47	2,18
Cusco	2,80	1,99	2,67	2,27	1,17
Huancavelica	6,34	3,50	5,91	4,43	3,07
Huánuco	2,30	1,81	2,20	1,02	0,76
Ica	1,40	0,82	1,36	1,80	1,06
Junín	1,83	1,35	1,78	1,53	1,16

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

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

18. Estas cifras evidencian que, desde 2010 hasta 2014, la superficie de área verde urbana por habitante (m^2 por habitante) con el que contaban las ciudades se fue reduciendo.
19. Asimismo, se advierte que, en 2014, el máximo de superficie verde urbana por habitante con el que cuentan las ciudades del país era de $4,18 \text{ m}^2$ (en la ciudad de Moquegua), cuya cifra se encuentra por debajo del nivel propuesto por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual recomienda que el mínimo de áreas verdes por habitante sea de 9 m^2 .
20. En tal sentido, es necesario que el desarrollo de las ciudades del país sea sostenible, teniendo en cuenta los estándares mínimos en los centros urbanos. Solo de esa manera se logrará garantizar la calidad de vida de la población.

b. El derecho al medioambiente adecuado

21. El derecho a un medioambiente adecuado se encuentra reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución.
22. El Tribunal Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está compuesto por los siguientes elementos: (a) el derecho a gozar de un medioambiente equilibrado y adecuado y (b) el derecho a que este se preserve. En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un entorno adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad; y, en la segunda, entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos y también para los particulares (Sentencias 0011-2015-PI/TC, fundamento 145; y 1757-2007-PA/TC, fundamento 6).

23. Así, los titulares del derecho a un medioambiente equilibrado y adecuado son todas y cada una de las personas, dado que, al ser un derecho de carácter difuso, “nadie en particular es titular exclusivo y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o categoría determinada son sus titulares” (Sentencia 1757-2007-PA/TC, fundamentos 15 y 16).
24. Por otro lado, el derecho a un medioambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, en todas las dependencias (incluyendo Gobiernos locales y regionales), de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; y para los particulares, en mayor medida de quienes sus actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medioambiente (Sentencia 1757-2007-PA/TC, fundamento 6). Tanto el Estado como los particulares tienen la obligación de mantener aquellas condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas (Sentencia 00018-2001-AI/TC, fundamento 8).
25. Asimismo, las obligaciones de este derecho tienen un doble carácter, por un lado, entraña obligaciones de abstención (faz reaccional), en la cual se encuentra el deber de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecte el medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. Por otro lado, comprende obligaciones positivas (faz prestacional), relacionadas con la realización de acciones fácticas o normativas a efectos de prevenir todo daño, así como conservar y promover un medioambiente adecuado.
26. En cuanto a las obligaciones positivas por parte del Estado, este Tribunal ha señalado que responden a tres tipos de derechos: el derecho a protección, el derecho a la organización y procedimiento, y el derecho a las acciones positivas en sentido estricto (Sentencia 01470-2016-PHC, fundamento 19).
27. El derecho a la protección, como obligación positiva del derecho a un medioambiente adecuado, involucra un haz de posibilidades destinadas a proteger la conservación del medioambiente por parte de particulares. Por ejemplo, el deber del Estado, a través de las autoridades competentes, de requerir el estudio de impacto ambiental correspondiente a los particulares para la ejecución de proyectos o actividades de servicios y comercio que puedan causar impactos ambientales significativos, plasmado en los artículos 2 y 3 de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental.
28. Por su parte, el derecho a la organización y procedimiento, como obligación positiva del derecho a un medioambiente adecuado, está relacionado con el deber de promover la participación de la ciudadanía en la organización y el procedimiento de elaboración de las políticas públicas destinadas a garantizar y respetar el derecho a un medioambiente adecuado. Así, en la Opinión Consultiva 23/2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que se garantiza la obligación del procedimiento mediante el acceso a la información sobre posibles afectaciones al medioambiente, la participación pública en la toma de decisiones, y políticas que pueden afectar el medioambiente y el acceso a la justicia (párrafo 241).

29. El derecho a las acciones positivas en sentido estricto, del derecho a un medioambiente adecuado, comprende todas las acciones destinadas a la prevención, conservación, y restauración del medioambiente adecuado. Entre ellas, se encuentran el deber de regular (como instituir la política nacional del ambiente, plasmado en el artículo 67 de la Constitución, o regular las sanciones frente a daños al medioambiente, etcétera); la obligación de supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente; y las obligaciones de investigar, sancionar, reparar y mitigar los posibles daños al medioambiente, entre otras.
30. Ahora bien, como se indicó en la Sentencia 03448-2005-AA/TC (fundamentos 5 y 6), el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone que se reúnan estándares mínimos que posibiliten el desarrollo de las zonas urbanas. Consecuentemente, el deber de planificación urbana teniendo en cuenta un mínimo de áreas verdes forma parte del contenido del derecho a gozar de un medioambiente adecuado. Por ello, el Estado tiene las obligaciones de abstenerse de realizar cualquier tipo de acto que reduzca de manera arbitraria el mínimo de áreas verdes en las zonas urbanas y de adoptar medidas relacionadas con la prevención, conservación y promoción de dicho mínimo de áreas verdes.
31. Y es que las áreas verdes no solo proveen áreas de recreación a los habitantes del lugar, también contribuyen a captar el CO₂, producen oxígeno, regulan la humedad y contribuyen a la estabilidad del clima¹. Así, los beneficios no solo son estéticos o recreativos, sino también de mejoras en la sanidad básica, reduciendo la contaminación del aire y enriqueciendo la biodiversidad². En este sentido, el estándar mínimo de áreas verdes aporta de manera positiva en la calidad de vida de las personas, y permite el goce de sus derechos a la vida digna, al libre desarrollo de su personalidad, a la integridad física y mental, entre otros.
32. Así, el estándar mínimo de áreas verdes permite que el derecho al medioambiente adecuado en las ciudades garantice la igualdad de la población, en el sentido de que todas las personas de las ciudades, sin distinción de provincias o distritos, dispongan de espacios en los que puedan recrearse, desarrollarse libremente, gozar de un nivel de aire adecuado, etcétera. Todo ello contribuye a lograr la calidad de vida de la población.
33. En ese sentido, para asegurar los referidos estándares mínimos en los centros urbanos, el Estado debe realizar labores de planificación y técnicas de desarrollo infraconstitucional, siendo que cualquier modificación de los estándares mínimos requiere, necesariamente, una justificación técnica y adecuada, sustentada no en razones de oportunidad, sino de calidad de vida de la población de la zona. De ese modo,

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

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

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

c. Análisis del caso concreto

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

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

35. En cuanto al cambio de uso de suelo, de zona recreacional, donde se encontraba el parque Puelles, a zona de uso mixto, corresponde analizar la competencia de la Municipalidad Provincial de Huánuco para cambiar el uso del suelo destinado al parque Puelles y si es que al efectuarlo se cumplieron las obligaciones que impone el derecho al medioambiente adecuado.
36. Conforme el artículo 195, inciso 6, de la Constitución, los Gobiernos locales son competentes para “planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”.
37. El artículo 194 señala que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local, de manera que resulta necesario remitirse a las leyes orgánicas para conocer las competencias de unos y otros.
38. Por ello, al remitirnos a la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se observa que el artículo 79, en el numeral 1.2, señala, entre las funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales, la de aprobar el Plan de Desarrollo Urbano y el esquema de zonificación de áreas urbanas. Además, el artículo 9.5 del mismo texto normativo indica que corresponde al Concejo Municipal aprobar, entre otros planes, el Plan de Desarrollo Urbano y el Esquema de Zonificación de áreas urbanas.
39. Así, por las normas expuestas, el cambio de uso del suelo les corresponde a las municipalidades provinciales, como parte del plan de desarrollo urbano y en el esquema de zonificación de las áreas urbanas.
40. No obstante, estas facultades se deben ejercer en conformidad con los estándares mínimos de los centros urbanos referidos por este Tribunal en la Sentencia 03448-2005-AA/TC, derivados del contenido del derecho a gozar de un medioambiente adecuado. Solo así las facultades otorgadas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades a los Gobiernos locales se realizarán de conformidad con los derechos fundamentales, principios y valores contenidos en la Constitución.

41. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso de autos, queda claro que el cambio de uso de suelo del parque Puelles era competencia de la Municipalidad Provincial de Huánuco, con la aprobación del Concejo Municipal.
42. Ahora bien, corresponde analizar si dicha competencia se ejerció de conformidad con el deber de planificar teniendo cuenta el mínimo de áreas verdes en los centros urbanos, que forma parte del contenido del derecho a un medioambiente adecuado.
43. Al respecto, en el presente caso, se observa lo siguiente:
 - a. En autos, obra el Acuerdo de Consejo 089-2010-MPHCO, de fecha 15 de diciembre de 2010 (folio 53 del Expediente 1784-2015), a través del cual el Concejo Municipal acuerda: “APROBAR, el cambio de uso de suelo, de zona de habilitación recreacional a uso mixto, zona comercial y zona especial recreacional del Sector Parque Puelles – Ex Periodistas”.

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

- a.1. El Memorándum 214-2010-MPHCO-GPDE, de fecha 10 de diciembre de 2010 (folio 56 del Expediente 1784-2015-PA/TC), que considera que “siendo parte de esta Gerencia promover la actividad Empresarial y Comercial, se hace necesario que áreas [de] recreación sean modificadas de uso al de comercial o mixto (comercial y recreacional), tal es el caso del Parque de Puelles – Ex Periodistas”.
- a.2. El Informe 242-2010-MPHCO-GDL/SSCCU, de fecha 10 de diciembre de 2010 (folio 56 vuelta del Expediente 1784-2015-PA/TC), en el cual solo se definen las características de los tipos de uso del suelo (zona recreacional, zona comercial y zona comercial recreacional) y las normas de edificación, y se establecen requisitos para las edificaciones y habilitaciones urbanas. Por último, sin otra consideración, se concluye que “las condiciones de ZONIFICACION COMERCIAL Y ZONA ESPECIAL RECREACIONAL (ZRE) para el parque puelles ex periodistas [*sic*] sea una zona de uso mixto de ambas condiciones”.
- a.3. El Informe Legal 193-2010-MPHCO-GAJ, de fecha 14 de diciembre de 2010 (folio 60 del Expediente 1784-2015-PA/TC), en el cual se señala que “de acuerdo a las nuevas Políticas Municipales, normas de modernización del Estado, las municipalidades deben generarse sus propias fuentes de ingreso, promoviendo la actividad empresarial, en beneficio de la propia localidad del gobierno municipal. [...] Estando a las facultades de cambiar el uso del suelo urbano, es potestad de la autoridad Municipal, en específico del Concejo Municipal, tal como lo establece, la Ley Orgánica de Municipalidades Ley 27972 [...]. En tal sentido esta Gerencia recomienda: SE REMITA LOS ACTUADOS AL CONCEJO MUNICIPAL, PARA QUE PREVIA

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

- a.4. El Dictamen S/N-2010-MPHCO-CDUYOP, de fecha 13 de diciembre de 2010 (folio 56 vuelta del Expediente 1784-2015-PA/TC), en el cual se recomienda “APROBAR, el cambio de uso del suelo, de zona de habilitación recreacional a uso mixto zona comercial y zona especial recreacional del Sector Parque Puelles - Ex Periodistas, en mérito al Memorándum N° 214-2010-MPHCO-GPDE [...]; al Informe N° 242-2010-MPHCO-GDL/SSCCU [...] y al Informe Legal N° 193-2010- MPHCO-GAJ”.
- b. Finalmente, el Acuerdo de Concejo 089-2010-MPHCO fue convalidado por la Ordenanza Municipal 22- 2011-MPHCO.
44. Por lo expuesto, este Tribunal observa que el cambio de uso de suelo, de zona de habilitación recreacional a uso mixto de zonas comercial y especial recreacional, se realizó en un inicio mediante el Acuerdo de Concejo 089-2010-MPHCO. Sin embargo, dado que el uso de suelo de zona de habilitación recreacional, en donde se encontraba el parque Puelles (exparque Periodistas), había sido determinado mediante la Ordenanza Municipal 031-1999-MPHCO, correspondía que su modificación sea por una norma del mismo rango legal, lo cual evidenciaría la invalidez formal del Acuerdo de Consejo 089-2010-MPHCO para realizar el cambio de uso de suelo.
45. No obstante, dado que con fecha posterior se emitió la Ordenanza Municipal 22-2011-MPHCO, que convalidó el referido Acuerdo de Consejo 089-2010-MPHCO, este Tribunal considera subsanado el acto viciado de forma.
46. Por otro lado, se advierte que el Concejo Municipal aprobó el cambio de uso del suelo de zona de habilitación recreacional a uso mixto de zonas comercial y especial recreacional del sector parque Puelles (exparque Periodistas) en base a criterios de oportunidad; ya que su objetivo fue promover la actividad empresarial y comercial, y generar, como municipalidad, sus propias fuentes de ingreso. Todo ello sin tomar en consideración el estándar mínimo de áreas verdes de las zonas urbanas requerido para asegurar un medioambiente sano y equilibrado de sus habitantes, con lo que no es posible determinar la razonabilidad de la medida. Lo que resulta preocupante si observamos que, al 2010 (fecha de la aprobación del cambio de uso del suelo), la superficie de área verde urbana por habitante en Huánuco era de 2,30 m², es decir, por debajo de lo recomendado por la OMS.
47. Todo esto viola el deber de planificación de las zonas urbanas teniendo en cuenta un mínimo de áreas verdes, que forma parte del contenido del derecho a gozar de un medioambiente adecuado; en la medida en que la municipalidad demandada no se abstuvo de reducir de manera arbitraria el mínimo de área verde urbano de la ciudad de Huánuco, y tampoco adoptó medidas relacionadas con su conservación y promoción.

48. Asimismo, no resulta razonable comparar una situación en la que existe incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a un medioambiente adecuado, como la falta de arborización o mantenimiento de una zona destinada a ser un área verde, para concluir que el cambio de uso resultará más beneficioso.
49. Por lo tanto, en el presente caso, se concluye que el cambio de uso del suelo de zona de habilitación recreacional a uso mixto de zonas comercial y especial recreacional del sector parque Puelles (exparque Periodistas) violó el derecho a un medioambiente adecuado de la población de la provincia de Huánuco, en conformidad con el artículo 2.22 de la Constitución.

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

50. Como se indicó anteriormente, el derecho al medioambiente adecuado implica, entre sus obligaciones positivas, los deberes de regular los requisitos y el procedimiento para realizar los estudios de impacto ambiental, y de supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medioambiente.
51. En el cumplimiento de las obligaciones positivas de regular, se aprobó la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 2001, cuyos artículos 2 y 3 prescriben que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio que puedan causar impactos ambientales significativos, y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuenta previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución expedida por la autoridad competente.
52. Asimismo, la observancia de la certificación ambiental para el inicio de proyectos o actividades de servicios y comercio de los particulares forma parte de las obligaciones de proteger el medioambiente frente a terceros y de supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medioambiente.
53. En plena vigencia de dicho texto normativo, la Municipalidad Provincial de Huánuco, mediante el Acuerdo de Concejo 033-2011-MPHCO-E, adoptado en la sesión de fecha 5 de mayo de 2011 (folio 282 del Expediente 1784-2015-PA/TC), resolvió aprobar la iniciativa privada y adjudicar directamente la ejecución y explotación del proyecto a la empresa Urbi Propiedades SA. En esa línea, la municipalidad, a través del alcalde Jesús Giles Alipazaga, el 23 de mayo de 2011, firmó el contrato de constitución de derecho real de superficie y compromiso de inversión con Urbi Propiedades SA por el proyecto denominado centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles (folio 182 del Expediente 3106-2015- PA/TC).
54. No obstante, en autos, no obra documentación que evidencie que el proyecto y la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles hayan contado con la correspondiente certificación ambiental contenida en la resolución y expedida por la autoridad competente al momento de su aprobación, autorización, concesión o

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

55. Consecuentemente, la Municipalidad Provincial de Huánuco vulneró el derecho al medioambiente adecuado, en lo referido a la obligación de proteger el medioambiente frente a particulares, al aprobar y autorizar la construcción del centro comercial sobre la zona de uso mixto sin exigir la certificación ambiental correspondiente, prescrita por la Ley 27446, para autorizar la construcción.
56. La empresa Urbi Propiedades SA violó el derecho al medioambiente adecuado, relacionado con la obligación de respetar la preservación del medioambiente, debido a que inició la ejecución del proyecto de construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles (empezando con la demolición del parque) sin contar con la certificación ambiental dispuesta por la Ley 27446. Asimismo, la municipalidad demandada también violó el derecho al medioambiente adecuado al no supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medioambiente.
57. Con base en todo lo expuesto, este Tribunal observa que la aprobación y autorización de la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles sobre la zona de uso mixto se realizó sin la certificación ambiental correspondiente, razón por la cual se violó el derecho al medioambiente adecuado.
58. Finalmente, si bien se ha acreditado la vulneración del derecho al medioambiente adecuado de la parte demandante, esto ha devenido en irreparable, debido a que ya se construyó el centro comercial sobre el parque. En consecuencia, en virtud del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, corresponde estimar la demanda, y disponer que la municipalidad emplazada no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

1. En primer lugar, indudablemente nos encontramos ante una cuestión de importancia iusfundamental, como es el caso de la conservación de las áreas verdes. No obstante lo anterior, discrepo en el uso del primero de los “umbrales de cumplimiento”, criterio utilizado previamente por este Tribunal Constitucional para hacer referencia a los estándares relacionados con la tutela de los derechos sociales fundamentales (asunto desarrollado en la STC n.º 01470-2016-HC, f. j. 27, sobre el cierre de un comedor en Arequipa). Con respeto al presente caso, me parece contraproducente brindar tutela con base al primer umbral, o umbral mínimo, el cual alude a una “obligación esencial mínima del Estado”, es decir, de exigencia urgente e incondicionada, cuya protección debe ser preferida por sobre los demás derechos.
2. En efecto, como se recordará, para dotar a los derechos sociales prestacionales de una real eficacia, en la STC n.º 01470-2016-HC se aludió al cumplimiento prioritario de, cuando menos, una “obligación mínima vinculante”, dirigida a asegurar “precondiciones necesarias para el desarrollo de los individuos en condiciones de igualdad”, y más allá de ello se encontrarían otros “umbrales de cumplimiento progresivo sujetos a las condiciones presupuestales del Estado”. Como desarrollo de ello, se plantea, asimismo, la existencia de tres “umbrales de realización o cumplimiento del mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales”: el primero que contiene la “obligación esencial mínima del Estado” cuyo cumplimiento es incondicional, el segundo referido a “políticas programáticas de desarrollo en materia social” y el tercer umbral referido a la “satisfacción de finalidades individuales”.
3. Al respecto, considero que el uso del primer umbral puede ser contraproducente si se usa para la tutela de las áreas verdes, debido a que dicho umbral está básicamente dirigido a la tutela de las necesidades humanas básicas, es decir, a cuestiones de vida o muerte, y si lo ampliamos a los diversos derechos prestacionales (es decir, si cada vez que nos enfrentamos a la tutela de un derecho social vamos a terminar diciendo que se trata de un asunto de sobrevivencia, esto es, relacionado con el primer umbral de protección) dicho instrumento de protección se desvirtúa y los umbrales de tutela de difuminan o banalizan (en especial con relación al primer umbral: si todo es urgente, nada es urgente).

4. En este caso es claro que no estamos ante un asunto del primer umbral: de hecho, la obra ya se terminó y esto no ha impactado en cuestiones vinculadas a la sobrevivencia de los ciudadanos alrededor. Ahora bien, esto no significa que la vulneración acreditada no tenga una gran importancia, si no tan solo que no es de la primera urgencia. Precisamente los umbrales de protección permiten distinguir lo urgente (relacionado con el primer umbral) dentro de lo importante (relacionado con el segundo umbral y quizá con el tercero).
5. El presente caso plantea la discusión en torno a la tutela adecuada de un derecho social prestacional, como es el caso del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida estipulada en su artículo 2 inciso 22 de la Constitución Política. En especial, la discusión gira en torno al estándar mínimo de áreas verdes. Al respecto, es claro que existen cuestiones relacionadas con la contaminación ambiental que pueden estar relacionadas con el primer umbral, y en tal sentido deben ser entendidas de manera prioritaria e incondicionada: tal sería el caso, por ejemplo, de un derrame de mercurio en un determinado territorio, de derrames de petróleo en ríos respecto de personas que lo usan para el consumo humano y se benefician de sus riquezas naturales, de la contaminación de un río con diversos metales pesados, o de un accidente industrial que genere una gran contaminación por radioactividad. En estos casos se encuentra en peligro inminente la salud y la vida de las personas, y no se requeriría de esperar a que se cree o implemente una política pública.
6. Con respecto a segundo umbral, donde podría incluirse casos como el presente, la forma adecuada de entender si se está protegiendo realmente el derecho invocado implica hacer uso del test *deferente* o *mínimo para el control constitucional de las políticas públicas*, que el Tribunal Constitucional ha venido empleando en diferentes ocasiones (cfr. STC 00014-2014-PI y otros, STC 00025-2013-AI, STC 03228-2012-PA, STC 02566-2014-PA).
7. Desde luego, el uso de dicho análisis requiere de un conjunto de información específica y técnica, a la cual debería accederse, por ejemplo, a través de modos dialógicos para resolver este tipo de conflictos, los cuales, además, coadyuvarían a que las sentencias complejas o estructurales puedan ser finalmente cumplidas por sus destinatarios.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA**

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

La finalidad de las demandas de amparo es que no se lleve a cabo la construcción de un centro comercial sobre el parque Puellas, ubicado en la ciudad de Huánuco. Al respecto, cabe mencionar lo manifestado por la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco en su recurso de agravio constitucional, donde se alude expresamente a que los demandados “destruyeron el parque y edificaron un centro comercial” (fojas 1396 del Expediente 01784-2015-PA/TC). Además, el Patrimonio Fideicomiso D. S. 093-2002- EF Interproperties Perú, en su contestación de la demanda (fojas 1046 del Expediente 01784-2015-PA/TC), y Urbi Propiedades SA (fojas 831 y 117 del Expediente 03106-2015-PA/TC) sostienen que la ejecución de la obra ya concluyó.

Asimismo, conforme se aprecia en su portal electrónico (<https://realplaza.pe/huanuco/>), el centro comercial denominado Real Plaza Huánuco se encuentra operativo y en pleno funcionamiento. En atención a ello, a nuestro juicio, en las actuales circunstancias, es evidente que ha operado la sustracción de la materia, dado que la construcción del centro comercial ha concluido y, es más, actualmente, se encuentra en funcionamiento.

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

S.

FERRERO COSTA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 446/2020

EXP. N.º 02883-2016-PA/TC

LIMA

SOCIEDAD AGRÍCOLA SAN AGUSTÍN SA (SASA)

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

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

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

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 7 de enero de 2015, la Sociedad Agrícola San Agustín (en adelante SASA) interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), a fin de que se declare la existencia de un agravio contra su derecho constitucional de propiedad como consecuencia de un irregular proceso de expropiación y, por consiguiente, requiere que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización correspondiente, y se declare la inaplicabilidad para su caso del artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004- EF, que aprueba el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Impuesto a la Renta. Asimismo, solicitó que la Inmobiliaria Koricancha SA intervenga en calidad de tercero litisconsorte conforme al artículo 98 del Código Procesal Civil. Alega que, en una manifiesta vulneración del derecho fundamental a la propiedad, se produjo la confiscación de 36 270 m² del bien cuya titularidad le pertenece, a pesar de que ello se encontraba –y se encuentra– proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

Contestación de la demanda

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

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

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

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

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

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

Resolución de primera instancia o grado

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 15 de setiembre de 2014, declaró infundadas las excepciones propuestas, aunque a la par declaró improcedente la demanda por estimar que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la controversia que la demandante plantea, esto es, esclarecer quién ostenta el mejor derecho de propiedad respecto al bien materia de litis.

Resolución de segunda instancia o grado

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 28 de marzo de 2016, confirmó la Resolución 13, de fecha 14 de setiembre de 2015, en el extremo que declaró infundadas las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y cosa juzgada, y la revocó en el extremo que declaró infundada la excepción de prescripción; por

lo que, reformando esta, declara fundada la excepción de prescripción y dispone la conclusión del proceso y el archivo definitivo de los autos al estimar que la demanda ha sido interpuesta treinta y seis años después de concluido el proceso de expropiación. A su juicio, no resulta factible considerar que la actuación de la emplazada constituye una vulneración continuada del derecho de la accionante, al no utilizar los mecanismos procesales que franquea la ley para revertir la situación que, según alega, le causa agravio, esto es, la omisión del pago del justiprecio a su favor.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare la existencia de un manifiesto agravio contra el derecho constitucional de propiedad de la demandante como consecuencia de un irregular proceso de expropiación y que, por consiguiente, *a)* se ordene el pago de una indemnización justipreciada, *b)* se determine el mecanismo y el método de valorización correspondiente y *c)* se declare inaplicable a su caso el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Impuesto a la Renta.

Cuestión procesal previa

2. Habiéndose invocado como único argumento por parte de la recurrida la existencia de una situación de prescripción en la demanda de acuerdo con la previsión general contenida en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional para el caso específico del amparo contra resoluciones judiciales, corresponde que este Colegiado merítue la verosimilitud o no de dicho extremo. De lo que se desprenda de dicho enjuiciamiento, dependerá el que se dilucide o no sobre el fondo de la controversia planteada.
3. Al respecto, si bien es cierto que el anteriormente citado dispositivo del Código adjetivo establece como regla general que “[t]ratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme” y que “[d]icho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido”, conforme a su inciso 3 se deja claramente establecido que “[s]i los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución” a lo que habría que agregar que, de acuerdo con su inciso 5, “Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”.
4. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 02330-2011-PA/TC, fundamento 4, dejó establecido lo siguiente:

Con relación al plazo de prescripción, este Tribunal estima pertinente precisar que el acto de confiscación afecta en forma continuada el derecho a la propiedad privada, pues el propietario es privado para siempre del uso y goce de sus bienes [...];

o existiendo la ley del Congreso de la República que se justifica en alguna de las causas de expropiación contempladas en la Constitución, ésta se produce sin el pago de una justa indemnización.

5. En el presente caso, los hechos denunciados –tanto la solicitud no atendida de la demandante (SASA) a fin de que se le abone el justiprecio por la afectación a su propiedad representada en la confiscación de su terreno como la voluntad de no llevar a cabo el proceso de expropiación de manera legal– constituyen una omisión y una afectación continua en el tiempo. Por consiguiente, tratándose de una vulneración permanente de su derecho de propiedad, es de aplicación lo dispuesto por el inciso 5, del artículo 44 de Código Procesal Constitucional, pues no cabe alegar la prescripción extintiva, ya que es plenamente legítimo, en tales circunstancias reclamar en sede constitucional a pesar del largo tiempo transcurrido.

Recuento de hechos acaecidos respecto del predio expropiado

6. Resulta relevante, a efectos de comprender adecuadamente el presente caso, realizar un recuento de los principales hechos acaecidos con relación al predio expropiado:

6.1 Con fecha 20 de diciembre de 1969, SASA transfirió la propiedad de un área de 619 282 hectáreas a Inversiones Populares SA.

6.2 Con fecha 13 de mayo y 12 de junio de 1975, se emitieron el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/VC-5500 respectivamente. Las mencionadas disposiciones autorizaron la expropiación y determinaron las dimensiones del terreno afectado, a favor de la Empresa de Transporte Aéreo del Perú (AeroPerú), de un área de 36 270 m².

6.3 Con fecha 22 de setiembre de 1976, AeroPerú interpuso, bajo el amparo de las precitadas normas, demanda de expropiación contra Inversiones Populares SA. Dicho proceso es conocido por el 2.º Juzgado de Tierras.

6.4 Con fecha 10 de febrero de 1976, se emitió el Decreto Ley 21419, que prescribe “son nulos de pleno derecho los contratos de compra-venta de terrenos agrícolas para fines de habilitación urbana [...]”.

6.5 Con fecha 13 de octubre de 1976, Inversiones Populares interpone demanda de nulidad de contrato de compra-venta celebrado con SASA respecto del Predio Matriz y en mérito de la dación del Decreto Ley 21419. Este proceso se tramita ante el mismo 2.º Juzgado de Tierras que conocía de la expropiación interpuesta por AeroPerú, en Expediente 198-76.

6.6 Dentro del proceso de expropiación, el 18 octubre de 1976 Inversiones Populares se apersona y manifiesta al juez que este proceso debe entenderse con SASA porque es la verdadera propietaria del predio a expropiar, al haberse declarado nulo de pleno derecho el contrato de compra-venta del predio matriz, de acuerdo con el artículo sexto del Decreto Ley 21419; por lo que mediante Resolución 4, de fecha 4 de noviembre de

1976, el juez resuelve notificar a SASA en mérito de que el no hacerlo “podría acarrear la nulidad de actuados en el futuro; por estas consideraciones, compréndase con la acción a Sociedad Agrícola Sociedad Anónima (SASA)”. En mérito a ello, el juez notifica de la demanda a SASA junto con los demás anexos.

6.7 Con fecha 18 de noviembre de 1976, SASA apersonándose al proceso expropiatorio, observa la tasación del área de 36 260 m², advirtiendo que dicha área fue tasada con calificación de área rústica cuando, de acuerdo con la Resolución Suprema 0236-76-AG-DGRA emitida por la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, la superficie a expropiarse fue calificada como terreno urbano, teniendo que ser, en consecuencia, mayor el valor del metro cuadrado de dicho predio. En el mismo escrito la demandante expone lo siguiente:

Dejamos constancia que por ante este mismo Juzgado y Secretario, la recurrente con la Cía. de Inversiones Populares S.A. sigue dos expedientes Nos. 198 y 199-76 referentes a que se determine qué compañía es la propietaria de los terrenos materia de la presente expropiación, en consecuencia pedimos que este procedimiento se reserve hasta que los mencionados expedientes sean resueltos ya que en este momento el único propietario que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos del Callao es Cía. de Inversiones Populares S.A.; todo con el objeto de evitar futuras nulidades.

6.8 El juez de tierras, mediante Resolución 6 del 18 de noviembre de 1976, ante el pedido de reservarse el proceso hasta que los mencionados expedientes sean resueltos, lo denegó basándose en que el Decreto Ley 17716, Ley de Reforma Agraria –ya derogada–, era una norma con rango de ley, por lo que no era posible dilatar el proceso de expropiación, rechazando de plano la petición de SASA respecto de lo solicitado *supra*.

6.9 Con fecha 2 de junio de 1977, AeroPerú consigna ante el Juzgado de Tierras parte del justiprecio, correspondiente a S/102 560.00 mediante Certificado del Banco de la Nación 1307190-B, abonando el 15 de julio de 1977, el saldo de S/115 000.00 en bonos denominados “Bonos de Ensanche y Acondicionamiento de Poblaciones”, modalidad de pago estipulada en el artículo 22, inciso 1, del Decreto Ley 17803. Estos pagos consignados al juez no fueron cobrados ni por Inversiones Populares ni por SASA.

6.10 En respuesta al pedido de AeroPerú (fojas 279) de que celebre la escritura pública de traslación de dominio correspondiente, Inversiones Populares presenta escrito de fecha 26 de julio de 1977, aduciendo que no puede otorgar la escritura de transferencia por expropiación en mérito a que no es la propietaria del inmueble, y que, al haberse apersonado SASA al proceso, es esta última quien debe otorgar la escritura respectiva.

6.11 Con fecha 26 de enero de 1978, el Segundo Juzgado de Tierras (mismo juzgado en el cual se tramitaba la expropiación) emite sentencia declarando la nulidad de

contrato de compra-venta entre SASA e Inversiones Populares, declarando a SASA como el propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área expropiada.

6.12 Pese a lo descrito en el punto anterior, con fecha 11 de octubre de 1978, el mismo juzgado otorga la Escritura Pública de Traslación de Dominio por expropiación, en rebeldía de Inversiones Populares, a favor de AeroPerú.

6.13 Posteriormente, con fecha 10 de noviembre de 1978, se inscribió en el Registro de Propiedad Inmueble el título de propiedad que ostentaba AeroPerú. Traspasando este último el inmueble a la empresa Inmobiliaria Koricancha SA.

7. SASA denuncia que la actuación del juez le causa agravio, toda vez que, en una clara contravención a la lógica y de forma totalmente inexplicable, se incluyó a Inversiones Populares SA como sujeto pasivo de la relación jurídica en el proceso de expropiación. Cuestiona, en este sentido, que tal decisión se haya basado solo en lo consignado en Registros Públicos, sin evaluar que, en el plano fáctico, SASA era la propietaria del bien materia de *litis*. Asimismo, sostiene que, en aras de salvaguardar las garantías que brinda la normativa procesal, el magistrado debió proceder a suspender el precitado proceso mientras se resolvía el de nulidad de contrato. Agrega que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la emisión del Decreto Ley 21419 –por medio del cual “declaran intangibles, para fines de expansión y habilitación urbanas, los terrenos agrícolas”– acarreó la nulidad de pleno derecho del referido contrato.

Análisis de fondo

Objetivo del amparo

8. La presente demanda de amparo, como ha quedado señalado, tiene por objetivo final que, tras determinarse la vulneración al derecho de propiedad de la demandante, se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se defina el mecanismo y el método de valorización correspondiente, y se declare inaplicable a la recurrente el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, TUO de la Ley de Impuesto a la Renta.

Contenido del derecho de propiedad y potestad expropiatoria del Estado

9. De acuerdo con el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a la propiedad. Asimismo, conforme al artículo 70 de la misma Carta Fundamental:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder

Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

10. De las citadas previsiones normativas queda claro que el derecho de propiedad no solo es un atributo fundamental de la persona, sino que se encuentra adecuadamente garantizado por parte del Estado, quien, por otra parte, no puede actuar sobre su contenido, salvo dentro de los parámetros o límites establecidos por la propia norma fundamental.
11. En este contexto, siendo uno de tales límites el ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, esta solo puede darse siguiendo el procedimiento preestablecido que no es otro que su habilitación por mandato legal, y bajo cualquiera de las condiciones de causalidad expresamente definidas que, como queda dicho, son las circunstancias de seguridad nacional o de necesidad públicas, siempre que de modo previo o anticipado se haya procedido a materializar el pago en efectivo a título de indemnización justipreciada, la cual debe ser cuantificada en relación directa con el eventual perjuicio ocasionado con el acto expropiatorio.
12. La omisión deliberada o el comportamiento errático en el cumplimiento de cualquiera de las condiciones que aquí se indica indudablemente convertirá el ejercicio de la potestad expropiatoria en una situación reproachable en términos constitucionales, legitimando con ello la actuación del juez constitucional o del propio sistema de justicia constitucional. Es eso lo que precisamente habría ocurrido en el presente caso.

Acerca de la indemnización justipreciada y el método de valorización a utilizar

13. En efecto, respecto del pago de la indemnización justipreciada, se advierte que, al aplicar indebidamente la norma, el juez de tierras hizo caso omiso a la solicitud de SASA de que defina quién era el propietario del terreno en cuestión. En este caso, AeroPerú se limitó a hacer un depósito judicial parte en certificado bancario y parte bajo consignación de bonos de ensanche, puesto que existía incertidumbre jurídica respecto de la propiedad de dicho terreno. Dicha incertidumbre no fue tomada en cuenta por el juez de tierras para que el pago del justiprecio tuviera como destinatario al legítimo propietario, pese a que en el proceso judicial paralelo sobre nulidad de acto jurídico se determinó que SASA era la legítima propietaria.
14. En tal sentido, la expropiación fue ejecutada pese a que el proceso de nulidad de acto jurídico entre SASA e Inversiones Populares concluyó con una resolución judicial que declaró fundada la demanda. De esta forma se observa que no se ha seguido el proceso de expropiación, previa definición del legítimo propietario, conforme lo establecido por el ordenamiento jurídico.

La circunstancia antedicha deja claro que durante el curso de la expropiación no se tomó en cuenta la definición del sujeto pasivo del proceso, conforme lo establece el ordenamiento jurídico. Tal incidencia constituye una grave omisión que representa la

vulneración del derecho de propiedad de SASA, al verse privada de su predio sin que se le pague el justiprecio correspondiente.

15. De otro lado cabe puntualizar que la ley vigente al momento de realizarse la expropiación fue la Ley de la Nueva Reforma Agraria, aprobada mediante Decreto Ley 17716, la misma que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final del Decreto Ley 25509, publicado el 26 mayo 1992, estableció que las normas recogidas por el Texto Único Concordado de dicho Decreto, ampliatorias y conexas quedaron derogadas y sin ningún efecto jurídico.

Posteriormente, el 15 de mayo de 1999 se promulgó la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones, derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1192, publicado el 23 agosto 2015, con excepción de su Única Disposición Modificatoria.

Algunos artículos del Decreto Legislativo 1192 han sido modificados el 23 de julio de 2018 mediante el Decreto Legislativo 1366, que fija la tasación del valor del inmueble, el plazo de entrega del expediente técnico legal, entre otras disposiciones.

16. En el marco de las referidas normas, el Estado tiene la obligación de cumplir con lo que establecen estos dispositivos, que regulan la expropiación¹ de inmuebles. Observando lo anterior, se debe fijar el valor de la tasación, de conformidad con el Decreto Legislativo 1366, que señala en su artículo 4.12 que la tasación debe determinar: i) el valor comercial del inmueble y ii) una indemnización por el eventual perjuicio que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y lucro cesante².

En tal sentido, este colegiado considera que debe realizarse el pago del justiprecio conforme al marco legal vigente.

Acerca de la inaplicación del artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF

17. El perjuicio que genera el Estado cuando ejerce su potestad expropiatoria es algo que debe tenerse muy en cuenta para poder otorgar respuesta al tercero de los extremos del petitorio planteado.

1 El numeral 4.4. de la ley define a la expropiación como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo.

2 Tasación. Artículo 4.12 del Decreto Legislativo 1366, que modifica el Decreto Legislativo 1192, que aprobó la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.

18. En este sentido, respecto de la solicitud de la recurrente de declarar inaplicable el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta, cabe recordar que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre dicha materia en la sentencia recaída en el Expediente 00319-2013-PA/TC, publicada el 16 de setiembre de 2013 en la página web de este órgano colegiado, en la que se dejó claramente establecido que la indemnización justipreciada de la expropiación no constituye un supuesto de hecho imponible del Impuesto a la Renta. Así, se señaló que:

“En términos legales el TUO de la Ley del Impuesto de la Renta define como hechos imponibles de dicho impuesto, los siguientes supuestos:

Artículo 1.- El Impuesto a la Renta grava:

- a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.
- b) Las ganancias de capital.
- c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.
- d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley.

Están incluidas dentro de las rentas previstas en el inciso a), las siguientes:

- 1) Las regalías.
- 2) Los resultados de la enajenación de:
 - (i) Terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización.
 - (ii) Inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para Efectos de la enajenación.
- 3) Los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes.

De la norma antes mencionada, se advierte que son 4 los hechos imponibles del Impuesto a la Renta que definen su estructura, siendo que cada uno de ellos alude a la existencia de renta cuando nos encontramos frente a un plus, ingreso adicional, ganancia o utilidad económica generada como consecuencia del manejo de una fuente permanente de explotación económica (capital, trabajo y la aplicación conjunta de ambos)”. (fundamento 13)

19. Teniendo en cuenta la estructura del impuesto a la renta:

“¿Existe la posibilidad de producción de ganancia, utilidad o mejora, en los términos que el artículo 10 de la LIR regula, ante una enajenación forzosa como lo es el procedimiento expropiatorio? (fundamento 20).

20. Así, se estableció lo siguiente:

Estando claro que el procedimiento expropiatorio genera una indemnización justa limitada al valor comercial actualizado del inmueble expropiado y la compensación por daños, sin embargo no podría afirmarse que dicho monto genere algún tipo de “renta” o “ganancia” por su sola recepción o que dicha enajenación obligatoria genere los mismos efectos que una enajenación voluntaria, pues en este último supuesto, siempre se presentará la posibilidad de mejoría económica a favor de ambas partes pues existe la libertad en el establecimiento del valor de la transferencia ya sea que ello resulte impulsado por variables (subjettivas) como lo serían la ventaja comercial de la ubicación del inmueble, los diversos usos comerciales que se puede brindar para su explotación, el aprovechamiento máximo de los ambientes que mantiene en pie para la inversión que se pretende formular, por ejemplo. Estas variables (subjettivas) no constituyen elementos propios del procedimiento expropiatorio, pues este es un proceso compulsivo por naturaleza, y por lo tanto no presenta ventajas a favor del titular del bien expropiado dado la ausencia de una negociación para la transmisión del derecho de propiedad, razón por la cual no podría afirmarse que en su configuración se permita la generación de beneficios económicos a favor del propietario, todo lo contrario, genera en él la obligación de traslación de un bien inmueble sin encontrar en dicho procedimiento alguna forma de beneficio que se pueda identificar como una ganancia, utilidad o ingreso adicional que se configure como un hecho imponible del impuesto a la renta en los términos que la Ley regula” (fundamento 21).

21. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional concluyó lo siguiente:

[...] el monto dinerario recibido (indemnización justipreciada de la expropiación) tiene como función el equilibrio patrimonial del sujeto pasivo dado la pérdida compulsiva de su bien inmueble, lo que supone en términos constitucionales, asegurar la situación económica del sujeto pasivo de un modo similar o igual a la que mantenía antes de la expropiación, razón por la cual, la configuración de esta enajenación forzosa en sí misma no genera señales de capacidad contributiva pasible de ser gravada por el impuesto a la renta en los términos que su propia estructura exige.

22. En tal sentido, es claro que el monto indemnizatorio que proveniente de una expropiación no constituye de ninguna forma variante de renta alguna, razón por la cual no corresponde exigir el pago del Impuesto a la Renta, por lo que la demanda debe ser estimada en este extremo.

Respecto del tercero litisconsorte

23. Conforme se ha precisado en el punto 6.11 *supra*, la transferencia de la propiedad del área de 619 282 hectáreas efectuada por SASA vía contrato de compraventa a Inversiones Populares SA, fue declarada nula mediante sentencia de fecha 26 de enero de

1978, por el Segundo Juzgado de Tierras (mismo juzgado en el cual se tramitaba la expropiación) declarando a SASA como el propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área expropiada.

24. Tal situación no solo reconoció judicialmente la titularidad de las 619 282 hectáreas de terreno –incluidas las 36 270 m² materia de la expropiación–, sino que además definió, en los hechos, al sujeto pasivo de la expropiación dispuesta por el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/VC-5500 a favor de AeroPerú, esto es, reconoció la calidad de SASA como sujeto pasivo de ella.
25. Teniendo en cuenta que judicialmente culminó el traslado del dominio de las 36 270 m² expropiadas a favor del Estado, posteriormente transferidas en propiedad a Inversiones Korikancha SA, se aprecia que el tercero litisconsorte no se ve perjudicado en sus derechos en relación a las mencionadas áreas de terreno, pues, los términos de la demanda de amparo son claros con relación a la restitución de la propiedad de la indemnización justipreciada producto de la expropiación de las mencionadas áreas de terreno, la cual corresponde ser pagada a SASA, conforme se ha anotado *supra*.

Efectos de la sentencia

26. Bajo las circunstancias descritas, habiéndose evidenciado la existencia de una manifiesta vulneración del derecho fundamental a la propiedad de la recurrente respecto de la indemnización justipreciada producto de la expropiación de 36 270 m² a favor del Estado, la presente demanda debe ser amparada, otorgándose al efecto la tutela constitucional correspondiente.
27. Finalmente, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales serán liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho de propiedad de SASA respecto de la indemnización justipreciada producto de la expropiación de 36 270 m², de las que anteriormente fue propietaria.
2. Ordenar al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento el pago de la indemnización justipreciada, que se determine el mecanismo y el método de valorización correspondiente, y que se declare inaplicable a la demandante el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Impuesto a la Renta.
3. **ORDENAR** a la entidad demandada el pago de costos procesales en aplicación del artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE BLUME FORTINI

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

SASA vendió a Inversiones Populares SA. 619,282 hectáreas del predio matríz Fundo San Agustín (Partida Registral 70095132).

Inversiones Populares independizó el predio matríz en dos partidas registrales:

- a. 70042121, de 98,936 m²
- b. 70042122, de 54,386 m²

Dada la nulidad del contrato de compra venta suscrito entre SASA e Inversiones Populares SA. se reinscribió la propiedad de SASA en las partidas registrales:

- a. 70042121, de 98,936 m²
- b. 70042122, de 54,386 m²

El terreno materia de expropiación, de 36,270 m², corresponde a esta última partida registral.

La adquisición de los 36,270 m² por parte de Aeroperú, vía proceso de expropiación, se inscribió en una nueva partida registral, la 70049050; empero debió hacerselo en la partida 70042122.

Aeroperú transfiere luego a Korikancha SA los 36,270 m² y ésta inscribe su adquisición en los registros públicos.

Así, de la propiedad de SASA se han afectado 36 270 m² sin que conste en autos pago de justiprecio alguno a su favor.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ**

Si nunca hubo expropiación no se justifica ninguna indemnización

No se puede confundir afectación a la posesión con pérdida de propiedad

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, estimo que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda, toda vez que ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción para interponer el amparo.

También considero que esta pretensión debe desestimarse porque la demandante (SASA) jamás perdió la propiedad que hoy reclama como expropiada; si esto es así, ¿cómo se puede justificar el pago de una indemnización por una supuesta expropiación?. Los hechos de este caso, dicen que Sociedad Agrícola San Agustín (SASA) a ha sido y sigue siendo propietaria del predio Fundo San Agustín – Valle de Bocanegra- Callao, y digo ello, en atención a dos indicadores:

- a) la información histórica que aparece registrada en la copia literal de la Partida N° 70095132 que tiene como antecedente el tomo 139 (fojas 299 al 338) del Registro de Propiedad Inmueble y que corre en el expediente a fojas 8 a 199 se aprecia que la demandante SASA es la propietaria del fundo San Agustín;
- b) la sentencia judicial de fecha 26 de enero de 1978, que declaró fundada la demanda de nulidad de contrato de compra venta del fundo San Agustín. Esta demanda fue interpuesta por Inversiones Popular contra Sociedad Agrícola San Agustín (SASA); y tuvo como consecuencia jurídica que el fundo San Agustín regrese al poder de su vendedora SASA; Esta información es de público conocimiento, tal como se advierte de la inscripción registral en el tomo 139, fojas 335, asiento 44, del Registro de Predios, que se reproduce en la copia literal (Partida 70095132) que corre a fojas 126, cuyo texto de la sentencia judicial, corre a fojas 281 del expediente. En ella textualmente se dice:

*“Sociedad Agrícola San Agustín SA, ha **readquirido el dominio** del inmueble inscrito en esta partida, en virtud de haberse declarado nulo el contrato de compra venta celebrada por escritura pública del 22 de diciembre de 1969...”* (ver fojas 44 del expediente y los antecedentes de dicha venta aparecen descritas en la escritura pública N° 1738, protocolizada en el año 1969 y que corre a fojas 206 de este expediente).

Esto lleva a preguntarnos ¿se puede ordenar indemnizar con el justiprecio a un propietario que jamás ha perdido la titularidad del bien producto de expropiación alguna?.

Aun mas, si revisamos los antecedentes del proceso de expropiación a que hace referencia la demandante SASA, se advierte que este comprende una parte de la totalidad del Fundo San Agustín (36,260 metros cuadrados); y además este proceso de expropiación tiene como parte demandada a Inversiones Popular SA, no a la demandante Sociedad Agrícola San Agustín (SASA) por ello, la sentencia judicial que dispuso la expropiación de la referida área se dirige contra la demandada Inversiones Popular SA; no hay un titulo judicial que la parte demandante pueda mostrar, como una sentencia, en la que se haya declarado fundada alguna demanda de expropiación en su contra; por lo tanto en este voto singular a la luz de los antecedentes del caso, reafirmo que la demandante SASA jamás perdió su propiedad por un proceso de expropiación; no existe sentencia judicial que así lo declare.

La historia del caso señala que el proceso de expropiación que promovió la Empresa de Transporte Aéreo del Perú, AEROPERU contra Inversiones Popular SA para afectar el área de 36,260 metros cuadrados, termino con una sentencia judicial que en rebeldía de la parte demandada -Inversiones Popular SA- fue escriturada por mandato judicial tal como se advierte de los antecedentes que aparecen a fojas 299 y siguientes, en la que se advierte que la traslación de dominio por expropiación se celebró entre la empresa AEROPERU e Inversiones Populares SA(en rebeldía). Esta traslación, producto de la expropiación, ha dado motivo a que con posterioridad se transfiera esta propiedad a terceros y ha generado dos cuestionamientos: **a)** registralmente una superposición de partidas registrales, que escapan a la discusión de un proceso constitucional de amparo; y **b)** una discusión judicial sobre el mejor derecho de propiedad entre la demandante SASA con el tercero adquirente Inversiones Korikancha; tal como expresamente lo advierte la demandante, en el punto 4.17 de su propia demanda (ver fojas 359) y que dice textualmente:

“En la actualidad , sobre el área correspondiente a los 36, 270 m2, existen dos titulares registrales. Por un lado, con mayor antigüedad se encuentra la Partida Electrónica No 70042122, a nombre de SASA, y la referida Partida Electrónica 70049050 a nombre de la empresa inmobiliaria Korikancha S.A. encontrándose superpuesta a la de mayor antigüedad”

Este es el estado de la cuestión de este caso, la existencia de dos propietarios registrales, la superposición de áreas en las partidas electrónicas de cada propietario, la discusión sobre el mejor derecho de propiedad entre ambos y la discusión sobre la indemnización que pudiera reclamar la demandante Sociedad Agrícola San Agustín (SASA) por estar impedido del disfrute total de su propiedad, a pesar de contar con una sentencia judicial de fecha 26 de enero de 1978, que declaró fundada la demanda de nulidad de contrato de compra venta del fundo San Agustín; discusión que escapan del alcance del objeto del proceso constitucional.

A todo ello, la posición mayoritaria guarda silencio, sobre el alcance y la implicancia de la sentencia judicial, con autoridad de cosa juzgada, que declaró la nulidad de la compra

venta del fundo San Agustín. Dicha sentencia de fecha 26 de enero de 1978, declaró fundada la demanda de nulidad de contrato de compra venta del fundo San Agustín y tuvo como consecuencia jurídica que el fundo San Agustín regrese al poder de su vendedora SASA, tal como se advierte de la historia de los asientos registrales que aparecen en el tomo 139 del Registro de Predios, ya antes citado.

Precisamente, como consecuencia de dicha sentencia, aparece SASA como titular registral del predio; sin embargo, a partir de la decisión del Tribunal Constitucional, ya no se podrá reconocer ni afirmar que San Agustín es propietaria de dicho fundo, pues, hay que asumir la tesis, que sostiene la mayoría de magistrados, que SASA perdió su propiedad (parte de esta: 36, 270 metros cuadrados) a consecuencia de un proceso de expropiación, y por ello, hay que ingresar a fijar un justiprecio al respecto, tal como lo señala la parte dispositiva de la sentencia en mayoría.

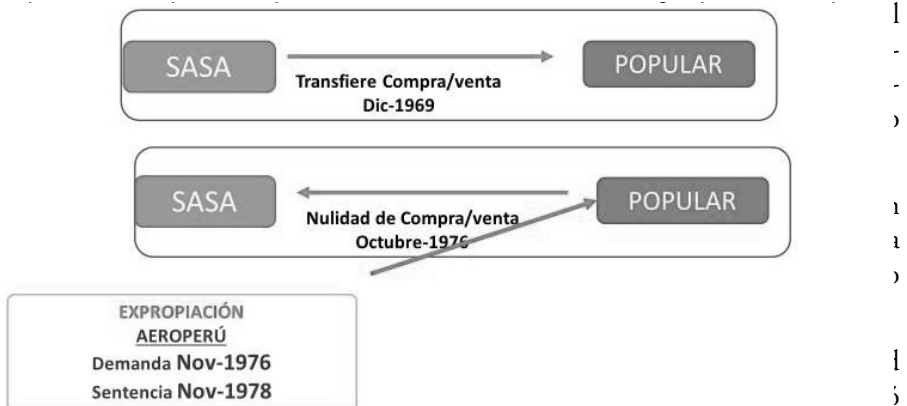
El proceso de expropiación al que se refiere la demandante tuvo exclusivamente como parte demandada a Inversiones Popular; pues en el momento del inicio del proceso de expropiación, era la propietaria del fundo SASA.

También es falso que la demandante no haya tenido oportunidad de cuestionar el justiprecio en dicho proceso de expropiación, todo lo contrario, a pesar de no ser parte en dicho proceso, participó para cuestionar el valor del justiprecio en dicho proceso, sin embargo, llama la atención que luego de 40 años, SASA pretenda volver a discutir el valor de la indemnización.

Como lo señala la demandante en su demanda, actualmente hay dos propietarios en discusión SASA y un tercero (Korikancha). Entre ellos hay duplicidad de partidas registrales en discusión. Es un tema de la justicia ordinaria definir ese mejor derecho entre propietarios

Antecedentes del caso:

La demandante Sociedad Agrícola San Agustín SA (SASA) interpone demanda de amparo



en los actuados de un proceso judicial de expropiación tramitado ante el Segundo Juzgado de Tierras de Lima en la década de los años 70.

En efecto, la parte demandante ha reseñado lo siguiente:

- SASA adquirió en el año 1900 la propiedad del fundo San Agustín, inscrita en la Partida 70095132 del Registro de la Propiedad Inmueble del Callao.
- El 20 de diciembre de 1969, SASA vendió a la Compañía Inversiones Populares, S.A., un área del fundo San Agustín.
- El 21 de diciembre de 1973 se independizó del predio matriz un área de 98,936 m2, inscrita en Partida 70042121; posteriormente, el 3 de enero de 1974, de este lote se independiza un área de 54,386 m2, inscrita en Partida 70042122.
- El 13 de mayo de 1975, mediante Decreto Supremo 021-75-VC se autoriza la expropiación de un área de 34,970 m2 del lote anterior, a favor de Aeroperú.
- El 10 de febrero de 1976 se expidió el Decreto Ley 21419, que declaró nulos de pleno derecho los contratos como la compraventa celebrada entre SASA y Compañía Inversiones Populares.
- El **22 de septiembre de 1976**, Aeroperú ante el Segundo Juzgado de Tierras de Lima interpone demanda de expropiación contra Compañía Inversiones Populares, propietario registral del área materia de expropiación (en adelante, primer proceso.).
- El 4 de noviembre de 1976, en los Registros de la Propiedad Inmueble (Partida N° 70095132, tomo 139, asiento 40) se inscribió la anotación de la demanda interpuesta por Aeroperú con la Compañía Inversiones Populares SA, sobre expropiación.
- El 13 de octubre de 1976, Compañía Inversiones Populares interpuso demanda de nulidad de contrato de compraventa celebrado con SASA, en aplicación del Decreto ley 21419, proceso igualmente tramitado ante el Segundo Juzgado de Tierras. Dicho proceso termino con la sentencia que declara fundada la demanda de nulidad de compra venta del predio Fundo San Agustín, y por tanto, esta última adquiere nuevamente la titularidad de la propiedad del bien. Esta información también se lee del asiento 44 del tomo 139 del Registro de Predios, en la que textualmente dice: *“Sociedad Agrícola San Agustín SA, ha readquirido el dominio del inmueble inscrito en esta partida, en virtud de haberse declarado nulo el contrato de compra venta celebrada por escritura pública del 22 de diciembre de 1969...”*
- En el proceso de expropiación se apersonó la demandada Compañía Inversiones Popular, comunicando al juez que la demanda debe entenderse con SASA, porque el contrato de compraventa fue declarado nulo de pleno derecho en virtud del Decreto ley 21419. El juez notifica la demanda de expropiación a SASA, pero no la incorpora como sujeto pasivo sino como tercero interesado, pues, quien aparecía como titular del predio es la demandada Inversiones Popular SA.

- Los días 2 de junio y 15 de julio de 1977, Aeroperú consignó ante el juzgado el justiprecio, solicitando que Compañía Inversiones Populares entregue la escritura pública. Sin embargo, Inversiones Populares presentó escrito alegando que no era propietaria del inmueble y no podía entregar la escritura pública.
- El 26 de enero de 1978, el Segundo Juzgado de Tierras emite sentencia en el segundo proceso declarando la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre SASA y Compañía Inversiones Populares.
- En el primer proceso, el 11 de octubre de 1978, el mismo Segundo Juzgado de Tierras, y ante la negativa de Compañía Inversiones Populares, otorga la escritura pública de transferencia de dominio a favor de Aeroperú, en rebeldía de Compañía Inversiones Populares.
- El 10 de noviembre de 1978, Aeroperú inscribe la propiedad en el registro de propiedad inmueble, mediante Partida 70049050, que es en realidad una nueva partida que se abre para efectos de la transferencia de la propiedad de SASA a favor del Estado.

Es decir que, de esta reseña, SASA no pudo recibir el pago del justiprecio abonado por Aeroperú, no porque éste no haya pagado, sino porque un juez ordenó que el pago realizado debía abonarse a Compañía Inversiones Populares y ello, en vista que el juez de expropiación de aquel entonces se resistió a aceptar como parte procesal y como verdadero propietario a SASA, incorporándolo únicamente como tercero; lo cual resultó irrazonable, según la actora, dado que ese mismo juez también tramitaba, en paralelo, el proceso de nulidad del contrato de compraventa entre SASA y Compañía Inversiones Populares, el cual finalizó posteriormente reconociendo a SASA como titular de la propiedad.

En ese sentido, dado que la causa directa del perjuicio a la empresa recurrente fueron los actuados de dicho proceso judicial, al considerar que el pago del justiprecio era a favor de una persona jurídica distinta y dado también que ese proceso culminó en la década de los años 70, resulta evidente que el presente proceso constitucional ha sido instaurado fuera del plazo establecido en el segundo párrafo del artículo 44 del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente, la demanda resulta improcedente, en aplicación del artículo 5, inciso 10, del precitado cuerpo normativo, que dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando “Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus”.

No existe una afectación continuada

La sentencia de mayoría argumenta que el plazo de prescripción no habría vencido, ya que la omisión del pago del justiprecio a SASA se trataría de una afectación al derecho fundamental a la propiedad de carácter “continuada”, conforme al artículo 44, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, este es un criterio erróneo producto de que mis colegas no han identificado correctamente cuál es el acto lesivo. Los autos no versan de una omisión en el pago del

justiprecio. El justiprecio sí se abonó y se consignó a nombre del juzgado. Lo que sucedió es que ese abono se ordenó que sea a favor de Compañía Inversiones Populares, el mismo que fue ordenado por el juez de expropiación, a pesar de que, en ese proceso, SASA se había apersonado y había alegado ser la verdadera propietaria del predio en virtud del Decreto Ley 21419. Esto es, es el criterio judicial quién determinó el destino final del justiprecio.

De ahí que el verdadero acto lesivo fueron las resoluciones judiciales dictadas en ese proceso. Por eso, en la medida que esas resoluciones judiciales son “actos consumados”, o sea, actos positivos que tienen existencia y que tienen fechas de expedición; es que el plazo ya había vencido por el transcurso excesivo del tiempo al momento de interponer este amparo

Finalmente, debe precisarse que no es aplicable el criterio de la STC 02330-2011-PA/TC que cita la mayoría en el fundamento 4, sobre una supuesta afectación continuada, toda vez que la expropiación analizada en esa sentencia nada tiene que ver con resoluciones judiciales dictadas en un proceso de expropiación, como es el caso de autos.

Por todo ello, mi voto es por **CONFIRMAR** la Resolución 6, de fecha 28 de marzo de 2016, que resolvió declarar fundada la excepción de prescripción; en consecuencia, declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos.

Antecedentes

Demanda

1. Con fecha 7 de enero de 2015, la actora interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), a fin de que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización que corresponda, y se le declare inaplicable el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, TUO de la Ley de Impuesto a la Renta.
2. Alega que, en una manifiesta vulneración del derecho fundamental a la propiedad, se produjo la confiscación de 36 270 m² del bien cuya titularidad le pertenece, a pesar de que ello se encontraba –y se encuentra– proscrito en nuestro ordenamiento jurídico. Detalla, con la finalidad de sustentar su aseveración, cuál fue el historial jurídico del aludido predio:
 - Con fecha 20 de diciembre de 1969, SASA transfirió la propiedad de la referida área a Inversiones Populares SA.
 - Con fecha 13 de mayo y 12 de junio de 1975, se emitió el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/VC-5500, los cuales autorizaron la expropiación y determinaron las dimensiones del terreno afectado.
 - Con fecha 22 de setiembre de 1976, la Empresa de Transporte Aéreo del Perú (Aeroperu) interpuso, bajo el amparo de las precitadas normas, demanda de expropiación contra Inversiones Populares SA.
 - Con fecha 10 de febrero de 1976, se emitió el Decreto Ley 21419, que prescribe “son nulos de pleno derecho los contratos de compra-venta de terrenos agrícolas para fines de habilitación urbana (...)”.
 - Con fecha 13 de octubre de 1976, Inversiones Populares SA solicitó, en atención al mencionado decreto, la nulidad del contrato de compra-venta suscrito con SASA, pues este se había celebrado con fines de habilitación urbana.
 - Con fecha 18 de octubre de 1976, SASA se apersonó al proceso de expropiación y solicitó que la demanda sea entendida en su contra.

- Con fecha 2 de junio de 1977, Aeroperu consignó el valor del justiprecio ante el Segundo Juzgado de Tierras, el cual nunca fue cobrado por SASA.
 - Con fecha 26 de enero de 1978, dicho juzgado declaró la nulidad del aludido contrato.
 - Con fecha 10 de noviembre de 1978, se inscribió en el Registro de Propiedad Inmueble el título de propiedad que ostentaba Aeroperu.
 - Posteriormente, Aereperu vendió el inmueble a Inmobiliaria Koricancha SA.
3. En ese orden de ideas, denuncia que la actuación del juez le causa agravio, toda vez que en una clara contravención a la lógica y siguiendo lineamientos puramente positivistas, se incluyó a Inversiones Populares SA como sujeto pasivo de la relación jurídica en el proceso de expropiación. Al respecto, cuestiona que la decisión se haya basado solo en lo consignado en Registros Públicos, sin evaluar que, en el plano fáctico, SASA era la propietaria del bien materia de *litis*. Asimismo, sostiene que, en aras de salvaguardar las garantías que brinda la normativa procesal, el magistrado debió suspender el precitado proceso mientras se resolvía el de nulidad de contrato. Agrega que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la emisión del Decreto Ley 21419 acarreó la nulidad de pleno derecho del referido contrato. Por último, arguye que al ser el hecho vulneratorio uno de carácter continuado, no resulta factible iniciar el cómputo del plazo para interponer la demanda. En ese sentido, aduce que en la presente causa no cabe la prescripción extintiva.

Contestación de la demanda

4. Con fecha 12 de marzo de 2015, Inmobiliaria Koricancha SA –quien interviene como litisconsorte necesario pasivo– contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente o, en su defecto, infundada.
5. Respecto a la forma, deduce la excepción de prescripción extintiva, debido a que, según ella, el proceso de amparo ha sido instaurado treinta y seis años después de acaecido el supuesto acto lesivo, el cual –como se advertiría del expediente– se materializó en el año 1978 con la conclusión del proceso de expropiación. Asimismo, deduce la excepción de cosa juzgada, puesto que, a su juicio, los efectos del proceso de expropiación y la calidad de las resoluciones en él emitidas alcanzan a la demandante, ya que ella intervino como litisconsorte necesario pasivo. Por último, deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, ya que, a su entender, resultaba necesario que la accionante acudiera previamente al procedimiento administrativo a fin de solicitar lo que es materia de su demanda.
6. En cuanto al fondo, alega que, contrariamente a lo señalado por la actora, la expropiación se realizó conforme a los requerimientos establecidos en la Constitución Política del Perú de 1993 y en el marco del Decreto Ley 17803, disposiciones sobre la expropiación forzosa para fines de ensanche de población; además fue debidamente normada mediante el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/

VC-5500. En esa línea, señala que el derecho de propiedad que ostenta es legítimo, válido y eficaz. Asimismo, sostiene que al haber sido Inversiones Populares S.A. el titular registral del bien durante el proceso de expropiación, resultó conforme a derecho que la demanda haya sido interpuesta en su contra. Por último, indica que a pesar de que SASA se encontraba facultada para cuestionar el proceso, su intervención cesó luego de haberse inscrito la “readquisición” del predio.

Resolución de primera instancia o grado

7. El Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda por estimar que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la controversia que la demandante plantea, esto es, esclarecer quien ostenta el mejor derecho de propiedad respecto al bien materia de litis.

Resolución de segunda instancia o grado

8. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la excepción de prescripción por estimar que la demanda ha sido interpuesta treinta y seis años después de concluido el proceso de expropiación. A su juicio, no resulta factible considerar que la actuación de la emplazada constituye una vulneración continuada del derecho de la accionante, pues la última no utilizó los mecanismos procesales que franquea la ley para revertir la situación que alega le causa agravio, esto es, la omisión del pago del justiprecio a su favor.

Análisis del caso en concreto

El derecho fundamental a la propiedad

9. El artículo 70 de la Constitución reconoce la inviolabilidad del derecho de propiedad, así como la garantía por parte del Estado. En ese sentido, la propiedad es un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas que indistintamente permiten a su titular el uso, goce, explotación y disposición del bien, la cual siempre debe hacerse en armonía con el bien común.
10. Sin embargo, este derecho fundamental también es susceptible de limitaciones. En efecto, estas restricciones son admisibles siempre y cuando superen el análisis de proporcionalidad.
11. Precisamente, una limitación al derecho fundamental a la propiedad lo encontramos en la expropiación. Este acto de expropiación implica la privación de la titularidad del derecho fundamental a la propiedad en contra de su voluntad. En ese sentido, para que este acto de expropiación sea constitucionalmente válido, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:
 - i. Que existan motivos de seguridad nacional o de necesidad pública definidos por el Congreso de la República mediante una ley especial porque la naturaleza de las cosas así lo exige. Los motivos expropiatorios de la Constitución de 1979,

en cambio tenían que fundamentarse en la necesidad y utilidad públicas o en el interés social.

- ii. Que el Estado pague previamente, en efectivo, una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Es decir, que el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar.
12. Este Tribunal Constitucional, en constante jurisprudencia, ha establecido los supuestos donde la privación del derecho de propiedad es inconstitucional:
- i. No exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación sino otra norma con rango de ley.
 - ii. Exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, pero no exprese o señale alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o se fundamenten en motivos distintos.
 - iii. Exista la ley del Congreso de la República que señale alguno de los motivos de expropiación contemplados en la Constitución, pero ésta se produce sin indemnización
13. En estos supuestos, el Estado confisca el derecho de propiedad por cuanto se apodera de la totalidad o de una parte considerable de los bienes de una persona sin que exista ley del Congreso de la República o sin que se presenten algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación o sin indemnización.
14. En los casos de confiscación del derecho fundamental a la propiedad, el Tribunal Constitucional ha planteado dos escenarios de tutela:
- i. Si el acto de confiscación del derecho fundamental a la propiedad tiene su origen en una norma con rango de ley, la sentencia estimativa, además de disponer la inaplicación de la norma autoaplicativa al caso concreto, debe ordenar la nulidad de cualquier inscripción registral a favor del Estado y que se restituya la propiedad a la persona que se le confiscó, siempre y cuando el bien inmueble confiscado siga siendo propiedad del Estado.

En este supuesto, se dispone la restitución de la propiedad confiscada, debido a que no se le puede ordenar al Congreso de la República que emita la ley de expropiación, ya que ello supondría evaluar si se presenta alguna de las causas de expropiación contempladas en la Constitución, lo cual es competencia exclusiva del Congreso de la República.

- ii. Si la propiedad confiscada por una norma con rango de ley ha sido transferida por el Estado a un tercero de buena fe y a título oneroso, la sentencia estimativa le ordenará al Estado que inicie el procedimiento de expropiación para que le abone al propietario que sufrió la confiscación una indemnización justipreciada por la

propiedad confiscada, pues ordenar la restitución de la propiedad conllevaría que se le prive al tercero de buena fe y a título oneroso su derecho legítimo al uso y goce de la propiedad, lo cual también afectaría también el principio de seguridad jurídica.

15. Sin perjuicio de ello, es posible el acto de confiscación tenga su origen en una norma que no tenga rango de ley. Ello conlleva a que no estemos dentro de una expropiación dentro de lo constitucionalmente posible, por lo que no es posible exigir la aprobación de una ley por parte del Congreso de la República.
16. Es necesario precisar que con fecha 26 de enero de 1978, el Segundo Juzgado de Tierras, emite sentencia declarando la nulidad del contrato de compraventa entre Sasa e Inversiones Populares, declarando a Sasa como propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área presuntamente expropiada.
17. A pesar de ello, el 11 de octubre de 1978, el mismo juzgado otorga la escritura pública de traslación de dominio por expropiación, en rebeldía de Inversiones Populares, a favor de AeroPerú. Posteriormente, esta se la transfirió a Koricancha.
18. En ese sentido, queda claro que en virtud de la nulidad del contrato de compra Sasa es el propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área que estamos analizando. En consecuencia, no se puede pedir la restitución o la indemnización de un bien que ya pertenece a la empresa recurrente.
19. Así las cosas, la solución de una indemnización sería factible siempre y cuando se hubiere acreditado que la propiedad ya no pertenece a Sasa. Asimismo, no es posible aceptar la restitución del bien objeto de litigio porque hay discusión sobre la titularidad de las partidas registrales y dicha discusión no puede ser analizada en sede constitucional.

Por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas en mérito a las razones que a continuación expongo:

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización que corresponda, y se declare inaplicable a la recurrente el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF - TUO de la Ley de Impuesto a la Renta; debido a que, según la actora, se le está vulnerando el derecho fundamental a la propiedad.
2. Más allá de lo señalado por la parte demandante, lo cierto es que, en puridad, lo que cuestiona es la forma en la que se produjo la expropiación del inmueble cuya propiedad, afirma, le pertenece.
3. Ahora bien, antes de analizar la controversia que se ha planteado, corresponde evaluar si en el presente caso se han cumplido con los requisitos que el Código Procesal Constitucional establece.
4. Al respecto, de autos se advierte que el supuesto acto lesivo (i) se originó en el proceso de expropiación que Aeroperu instauró contra Inversiones Populares SA, en el cual intervino la accionante como litisconsorte necesario pasivo, y (ii) se concretó con la resolución que puso fin al proceso, la cual data del año 1978.
5. En ese sentido, considerando que la demanda fue interpuesta en el año 2015 y que la alegada vulneración se efectuó en el año 1978, resulta evidente que el presente proceso constitucional ha sido instaurado fuera del plazo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente, resulta de aplicación el artículo 5, inciso 10, del precitado cuerpo normativo.

En atención a lo señalado, considero que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 465/2020

EXP. N.º 03112-2015-PA/TC LA LIBERTAD

MARÍA PERLA FHON CEVALLOS

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

Asimismo, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Ramos Núñez formularon sus fundamentos de voto y el magistrado Sardón de Taboada emitió su voto singular.

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

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión del Pleno del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Ramos Núñez, y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Perla Fhon Cevallos contra la sentencia de fojas 171, de fecha 13 de enero de 2015, expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de julio de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Red Asistencial de EsSalud de La Libertad, con emplazamiento al procurador público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Solicita que se respeten los resultados del proceso de admisión del Residentado Médico 2013, convocado por la Universidad Nacional de Trujillo, y se la reincorpore como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray. Aduce que resultó ganadora de una plaza en el referido residentado, que se encuentra en el séptimo mes de gestación y que el 1 de julio de 2013, fecha de inicio del residentado, tuvo que retirarse de las instalaciones del mencionado hospital debido a una complicación de su embarazo. Manifiesta, además, que los responsables del referido hospital se negaron a recibir, de sus familiares, los documentos que justificaban su ausencia; y pese a que ella misma se presentó el día 4 de julio de 2013, para reanudar sus actividades, los encargados se negaron a recibir el certificado médico que justificaba sus inasistencias. Alega la vulneración de sus derechos a la no discriminación y a la educación, ya que el único motivo por el cual no se le permite continuar con el residentado es su estado de gestación, negándosele la posibilidad de formarse en la especialidad de ginecología y obstetricia.

El representante legal de la Red Asistencial EsSalud de La Libertad contestó la demanda manifestando que el amparo no es la vía para discutir la controversia planteada por la recurrente y que, en todo caso, resultaría infundada, pues no se le ha impedido continuar con sus estudios de segunda especialización; por el contrario, la propia demandante, con su no asistencia a dicha especialización en la fecha programada, contravino el reglamento, lo que hace inviable su continuación académica.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo contesta la demanda y señala que lo expresado por la accionante se basa en apreciaciones subjetivas sin prueba alguna, puesto que no ha probado su ingreso en el Examen Nacional de Residentado Médico 2013, menos haber sido impedida de ingresar a realizar los estudios, así como tampoco que se haya declarado desierta la plaza, supuestamente, ganada por la demandante.

El Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha 20 de mayo de 2014, declaró fundada la demanda porque consideró que EsSalud, lejos de dar por justificada la inasistencia de la médico demandante, pretendió minimizar su estado de salud y restar importancia al cuadro de preeclampsia que padecía por su estado de gestación, sin tener en cuenta que presentó justificación de su inasistencia en el plazo correspondiente.

La Sala superior revisora, con fecha 13 de enero de 2015, revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues consideró que la controversia planteada requiere de actividad probatoria y que, por las características que definen al proceso de amparo, no es posible ventilarla en esta vía sumaria de especial necesidad y urgencia, ya que carece de etapa probatoria.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se incorpore a la recurrente como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray de la Red Asistencial EsSalud de La Libertad, pues vulneraría sus derechos a no ser discriminada y a la educación. En tal sentido, la controversia se centra en determinar si el estado de gestación de la recurrente constituye la causa por la que la entidad demandada no le permite asumir la plaza vacante.

Género y Constitución

2. No hay discusión de que en el Estado Constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el cual encuentra reconocimiento en los textos constitucionales, y que las autoridades tienen el deber de materializar, con hechos concretos, a fin de contrarrestar las desigualdades manifiestas, haciendo posible que todas las personas disfruten de sus derechos en la misma medida.
3. A pesar de lo dicho, tampoco hay duda, y el paso de la historia lo ha demostrado, de que las diferentes perspectivas, participaciones y voces características de las mujeres han sido, en alta medida, excluidas sin justificación razonable del discurso público y del contexto social. Aún hay rezagos de las diferencias entre hombres y mujeres, culturalmente creadas en muchas sociedades, y el Perú no escapa a tal realidad. Sin embargo, como Estado constitucional tiene el deber de combatir las desigualdades de manera efectiva, por ello, además del reconocimiento del derecho a no ser discriminado por

razón de sexo, ha constitucionalizado otras obligaciones, como el deber del Estado de ofrecer una especial protección a las madres (artículo 4), el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), el principio de igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26) y el deber de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191).

4. Es cierto que una regulación normativa no es suficiente. No obstante, el carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad, en la medida en que vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido, por parte de todas las personas. Que las desigualdades no existan, más aún cuando se trata de las culturalmente creadas, es una tarea que principalmente involucra al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto.

El derecho a la no discriminación de las mujeres embarazadas

5. La discriminación contra la mujer es un fenómeno social que pervive en las sociedades, lo cual genera una vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación por ninguna razón, motivo o circunstancia. En lo que al caso incumbe, cabe enfatizar que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer que vulnera el derecho a la integridad; y que, sin duda, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un asunto de trascendencia social.
6. De este modo, en el caso de las mujeres, la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de relegación de la mujer en la vida social, cultural, económica y política.
7. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona; tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Por tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción), en el ámbito público o privado, que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de embarazo, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de los que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno de derecho por contravenir el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

8. En tal sentido, la protección de la mujer no se limita a su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre madre e hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto; sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de los distintos tipos de relaciones que se pueden entablar en una sociedad: educativa, laboral, entre otras.
9. El trato diferenciado injustificado impide el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como son el de educación (artículos 13 y

14 de la Constitución) y el de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución).

El derecho a la educación

10. La Constitución, en su artículo 13, señala que “la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”, en tanto que en el artículo 14 establece que “la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”.
11. La educación es un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, y permite a las personas participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades. Cabe acotar que la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer; la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual; la promoción de los derechos humanos y la democracia; la protección del medio ambiente, y el control del crecimiento demográfico. Es a través de este derecho que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0091-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6).
12. Por ende, el embarazo de una estudiante no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Por ello, ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada, puede realizar prácticas que configuren tratos discriminatorios basados en el embarazo. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o particular puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de gestación.

En este sentido, cualquier acto que se ocupe de considerar a la maternidad como causal de sanción, en el ámbito educativo, debe ser corregido por los jueces; por cuanto resulta contrario al derecho a la educación.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad

13. Tal como quedó establecido en la sentencia recaída en el Expediente 2868-2004- PA/TC, este Tribunal considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues, si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo; es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo

de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres [...]. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (cfr. fundamento jurídico 14).

14. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución) subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquel ente denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos vida cotidiana, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0032-2010- AI/TC, fundamento jurídico 23).
15. En este contexto, resulta oportuno señalar que la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 del artículo I de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales.

Análisis del caso concreto

16. El representante legal de la Red Asistencial EsSalud de La Libertad, en su contestación de demanda (fojas 62 a 70), expresa lo siguiente:
 - “[...] es cierto [...] en cuanto refiere [la actora] que *el Curso de Segunda Especialización se inició el 01 de julio del presente año, pero es totalmente FALSO que la demandante haya asistido regularmente*, menos de acuerdo a la programación y horario establecido por EsSalud [...]” (resaltado nuestro).
 - “Lo cierto es que la demandante, *No asistió en la fecha programada del inicio del curso (01-07-2013), ni tampoco en las subsiguientes*, conforme se acredita con el parte diario de asistencia que se adjunta” (resaltado nuestro).
 - “[...] la propia demandante con su *no asistencia [...] en la fecha programada [...] hace inviable su propia continuación [...]*. Tampoco mi representada ha discriminado (...) por su estado de gestación, siendo [...] que la demandante SE AUSENTÓ sin que remita justificación alguna” (resaltado nuestro).

- “[L]a accionante de manera unilateral *dejó de asistir sin justificación oportuna* para que mi representada tome las providencias del caso, razón por lo que implicaría EL ABANDONO O RENUNCIA A LA PLAZA GANADA” (resaltado nuestro).
17. Igualmente, en la Carta 970-D-HB-VLE-G-RALL-ESSALUD-2013, de fecha 13 de agosto de 2013 (fojas 72 a 73), el director del Hospital IV Víctor Lazarte Echegaray expresó:
- “La M.C. María Perla Fhon Cevallos a la fecha no ha asumido la plaza de Residente de Ginecología y Obstetricia. Prueba de ello es que **no ha firmado ningún parte diario de asistencia**”.
 - “[S]egún el certificado médico presentado, no se encuentra apta para iniciar el resindentado médico. **La limitación no sería por el embarazo sino por la enfermedad concurrente** [...]”.
 - “[L]a M.C. María Perla Fhon Cevallos [...] no ha ocupado la plaza que ganó por concurso *dentro del plazo establecido y, al no estar apta*, no reúne las condiciones para iniciar el Resindentado Médico [...]” (resultado nuestro).
18. Para este Tribunal resulta irrelevante pronunciarse sobre la asistencia de la recurrente al hospital, el día 1 de julio de 2013 (fecha de inicio del resindentado médico), debido a que existe en autos un certificado médico (fojas 5) de la misma fecha, otorgándole 5 días de descanso por salud, es decir, desde el 1 al 5 de julio de 2013. La validez de dicho certificado médico resulta inobjetable e incluso ha sido utilizado por la propia entidad demandada para establecer que la demandante no se encuentra apta para iniciar el resindentado médico.
19. No existe controversia alguna respecto al estado de gestación de la recurrente y la complicación de su embarazo (preeclampsia severa). Al respecto, consta en el expediente lo siguiente:
- certificado médico (fojas 5), de fecha *1 de julio de 2013*, el cual otorga a la recurrente 5 días de descanso médico por el cuadro de preeclampsia severa producto del embarazo;
 - ecografía (fojas 8 a 13) de fecha *2 de julio de 2013*;
 - hemograma Completo (fojas 7) de fecha *3 de julio de 2013*;
 - boletas de pago (fojas 107), de fechas *4 de julio de 2013*, emitidas por el Hospital Belén de Trujillo, donde consta el pago por la emergencia ginecoobstétrica atendida y el alojamiento del día 4 de julio de 2013.
20. Queda claro, entonces, que las complicaciones que tuvo el embarazo de la recurrente hicieron imposible su concurrencia al Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray, desde el 1 de junio de 2013, para asumir la plaza de resindentado médico que había ganado.

21. Del Oficio 214-2013-UNT-FM/SEG.ESP. (fojas 75), de fecha 1 de julio de 2013, el jefe de la Unidad de Segunda Especialización de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Trujillo le informa al director ejecutivo del Hospital Víctor Lazarte Echegaray de EsSalud que “si elegida la plaza vacante algún postulante ganador del concurso *no lo asumiera dentro de los diez días calendarios siguientes al inicio de las actividades del Residentado (01 de Julio)*, su despacho, el Comité Hospitalario o el Responsable deberá comunicarnos de este hecho, a fin de que el jurado de Admisión de nuestra Universidad, lo declare desierta y asigne al postulante aprobado que sigue en el orden de mérito y no hubiese ocupado vacante; en cumplimiento a lo establecido en el numeral 6.5, art. 6 de las Disposiciones Complementarias 2013, del Residentado Médico” (resaltado nuestro). Asimismo, con la carta notarial de fecha *9 de julio de 2013* (fojas 2 y reverso), dirigida al director del Hospital Víctor Lazarte Echegaray, la demandante le da a conocer la negativa de los encargados a recibir los documentos que justifican sus inasistencias y la negativa de regularizar su situación de residente médico, adjuntado los respectivos documentos.
22. Como se observa, la recurrente en ningún momento ha pretendido abandonar o renunciar a la plaza ganada para su segunda especialización; por el contrario, el 9 de julio de 2013, dentro del plazo de 10 días calendarios siguientes al inicio del residentado (1 de julio de 2013), mediante carta notarial, dio a conocer al director del Hospital Víctor Lazarte Echegaray su intención de justificar su ausencia y asumir su plaza, sin obtener respuesta alguna por parte de dicho funcionario. En este sentido, si la recurrente no ha regularizado su condición de residente médico es debido a la negativa de la entidad emplazada.
23. Sostener que la “limitación no sería por el embarazo, sino por la enfermedad concurrente” y que “*al no estar apta*, no reúne las condiciones para iniciar el Residentado Médico” (fojas 72 a 73), en ambos casos refiriéndose a la preeclampsia severa que padece la recurrente producto de la gestación, no hace más que demostrar una clara discriminación por el embarazo, pues las complicaciones que de él se derivan (preeclampsia) no constituyen impedimento alguno para asumir el residentado médico, máxime si el artículo 29 de la Resolución Suprema 002-2006- SA, Reglamento del Sistema Nacional del Residentado Médico, vigente al momento de ocurridos los hechos, dispone “[s]e otorgará licencia por enfermedad y maternidad de acuerdo a la ley y según las obligaciones académicas que se cumplirán en tiempo adicional, de acuerdo a la duración de la licencia. El periodo de recuperación académica a que hubiere lugar no está sujeto a remuneración. En caso de exceder esta licencia los 90 días, se aplicará lo estipulado en el artículo 31 del presente Reglamento”.
24. Conforme se observa, la propia normativa ampara a la residente médico enferma y gestante, proscribiendo a EsSalud actuaciones que atenten contra el normal desarrollo de la segunda especialización. En otras palabras, la enfermedad y maternidad no impiden el inicio, continuación y finalización del residentado médico; por el contrario, la normativa, atendiendo al estado de salud de las personas y de gravedad de las mujeres gestantes opta por otorgarles licencias con la finalidad de superar dichas situaciones.

No puede la entidad emplazada determinar sin más que la recurrente no se encuentra apta para iniciar el residentado por la enfermedad que padece (preeclampsia severa), sin haberle ofrecido previamente la posibilidad (permitiéndole iniciar el residentado) de hacer uso de la licencia correspondiente, lo que hace aún más evidente la discriminación de la que ha sido objeto.

25. El artículo 15 de la Resolución Suprema 002-2006-SA, Reglamento del Sistema Nacional del Residentado Médico, vigente al momento de ocurridos los hechos, prescribe que “[l]os Médicos Residentes son profesionales que están realizando estudios universitarios de Segunda Especialización en Medicina (posgrado), los cuales se realizan bajo la modalidad de docencia en servicio en las instituciones autorizadas y acreditadas por el CONAREME como sede del Residentado Médico”.
26. La decisión de estudiar la segunda especialización (residentado médico) y ejercer la maternidad forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. De allí que el hecho de que el proyecto de vida trazado de manera autónoma y libre se vea truncado por una decisión externa irrazonable vulnera el orden constitucional.
27. El embarazo no es un hecho que pueda limitar o restringir el derecho a la educación de una residente médico. Exigir que, para asumir la plaza ganada de segunda especialización, no se tenga la condición de embarazada, negando la posibilidad de hacer uso de la respectiva licencia, constituye una exclusión de aquellas mujeres que han decidido ser madres. En este sentido, establecer como requisito para postular o asumir el residentado médico no estar en periodo de gestación resulta atentatorio contra el derecho a la educación.
28. El Tribunal Constitucional considera que la decisión de la entidad emplazada de no permitir asumir a la recurrente su segunda especialización médica constituye un acto discriminatorio que estigmatiza a las residentes médicas mujeres por su embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción de pérdida de vacante. Asimismo, dicho accionar constituye un acto discriminatorio que vulnera sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, debido a que es una medida que impide el ejercicio de la maternidad y restringe injustificadamente el medio idóneo para alcanzar su desarrollo integral, advirtiéndose, además, que dicha decisión no solo constituye un acto discriminatorio, sino que no corresponde a una causal de separación del programa; por lo que la demanda de amparo debe ser estimada.
29. Entre las medidas que el Estado peruano ha adoptado para eliminar la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado, cabe destacar la incorporación de la discriminación como delito en el artículo 323 del Código Penal. De allí que este Tribunal, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, remite copias de los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones.

30. Ahora bien, y sin perjuicio de lo expuesto, de la búsqueda en la página web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), se desprende que, con fecha 17 de agosto de 2018, la demandante culminó su Residencia Médico, y actualmente es Especialista en Ginecología y Obstetricia por la Universidad Nacional de Trujillo. No obstante, a pesar de que haya cesado el acto violatorio, atendiendo al agravio producido a la actora, esto es, a la vulneración al derecho a la no discriminación y a la educación, se debe estimar la presente demanda, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Sobre el pago de costos y costas

31. El artículo 56 del Código Procesal Constitucional establece que “si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada (...) En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos”. Entonces, al haberse demandado, en el presente caso, a EsSalud, solo corresponde ordenar a este el pago de costos procesales.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. En consecuencia, se debe **DISPONER** que Red Asistencial de EsSalud de La Libertad no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda y abone los costos procesales correspondientes.
3. **ORDENAR** a la Red Asistencial de EsSalud de La Libertad determine si existe responsabilidad administrativa, de parte de los encargados del residentado médico, por el trato discriminatorio dado a la recurrente.
4. **REMITIR** copia de los actuados al Ministerio Público, en atención a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto, pues, si bien concordamos con la parte resolutive de la sentencia, no suscribimos los siguientes fundamentos.

- **El fundamento 3**, cuando dice “el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6 de la Constitución)”.

En nuestra opinión, tal artículo constitucional consagra el deber del Estado de asegurar programas de educación en paternidad y maternidad responsables, la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

- **El fundamento 11**, cuando menciona que la educación garantiza “el control del crecimiento demográfico”.

Consideramos, más bien, que la educación permite “promover la paternidad y maternidad responsables”, como dice el artículo 6 de la Constitución.

- **El fundamento 15**, cuando indica: “(...) la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 del artículo 1 de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos. (...)”.

No compartimos esta afirmación pues el embarazo no necesariamente es consecuencia de la decisión de la madre, como ocurre en una gestación no prevista, donde el derecho a la vida del concebido debe ser respetado más allá de cualquier decisión de sus progenitores, conforme al artículo 2, inciso 1, de la Constitución.

A nuestro juicio, el fundamento 15 debería decir: “En este contexto, resulta oportuno señalar que el embarazo se encuentra protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o hacer más gravoso el embarazo resultan inconstitucionales”.

- **El fundamento 27**, en la parte que dice: “(...) Exigir que, para asumir la plaza ganada de segunda especialización, no se tenga la condición de embarazada, negando la posibilidad de hacer uso de la respectiva licencia, constituye una exclusión de aquellas mujeres que han decidido ser madres” (énfasis agregado).

Las razones para discrepar con esta afirmación las hemos dado en el punto precedente. En nuestra opinión habría que decir: “(...) Exigir que, para asumir la plaza ganada de segunda especialización, no se tenga la condición de embarazada, negando la posibilidad de hacer uso de la respectiva licencia, constituye una exclusión irrazonable. En este sentido (...)”.

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la libertad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.
2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retrocer, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas¹. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción “derechos sociales” tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales².
3. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.
4. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales³.
 - 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

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

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

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

autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

- Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.
5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.
 6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población⁴.
 7. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos⁵.
 8. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.
 9. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que la diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional⁶ con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

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

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

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

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

EL DERECHO A LA IGUALDAD

11. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
12. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
13. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).
14. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
15. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos⁷.

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

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

16. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
17. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
18. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios⁸:
 - 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 sustancial 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 de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.
19. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados

8 Ídem, pp. 147-148.

en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido⁹.

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN

20. Los derechos fundamentales participan de un presupuesto jurídico cifrado legitimados en la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), el que está orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2º inciso 1 de la Constitución).
21. Es bajo este presupuesto que se comprende toda la virtualidad constitucional del derecho fundamental a la educación. Se trata de un derecho cuya efectiva vigencia no solo garantiza subjetivamente el desarrollo integral de cada ser humano, sino también el progreso objetivo de la sociedad en su conjunto. Es así que el artículo 13º de la Constitución, establece que “[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”, mientras que el artículo 14º, reconoce que a través de ella, en general, se “promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte”.
22. Por su parte, el artículo 26. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sentido similar, establece que “[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”. Asimismo, los artículos 13º 1 y 13º 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), respectivamente, que, en esencia, disponen lo mismo.
23. Sin la debida protección y promoción del derecho fundamental a la educación, el sentido mismo de la dignidad humana y de los derechos en ella directamente fundados, se torna esencialmente debilitado e ineficaz, pues la libertad sin conocimiento, lejos de fortalecer la autonomía moral del ser humano, lo condena a la frustración que genera la ausencia de la realización personal. Tal como ha dejado establecido este Tribunal, es a través del derecho fundamental a la educación “que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social” (expediente 00091-2005-PA, fundamento jurídico 6, párrafos 1 y 2).

9 Ídem, pág. 153.

24. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la Organización de Naciones Unidas, a través de su Observación General N.º 13, sobre el derecho a la educación, ha sostenido que se trata de “un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores económicas y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico”.
25. Como ha tenido ocasión de puntualizar este Colegiado, “la educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la cristalización de un ‘proyecto de vida’ (expediente 04232-2004-AA, fundamento jurídico 10). A lo que cabe agregar que tal proceso “no debe comprenderse solo a partir de una perspectiva individual, puesto que el ideal de la educación correspondiente a una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar lazos de empatía y la noción de igualdad, fomentándose con ello la solidaridad (art. 14º de la Constitución) que es un valor troncal de nuestro sistema constitucional” (expediente 00017-2008-AI, fundamento jurídico 6).
26. En este punto, conviene recordar que la educación es un servicio público y que se encuentra regido por una serie de principios, y tiene como fines constitucionales la promoción del desarrollo integral del ser humano, su preparación para la vida y el trabajo y el desarrollo de la acción solidaria.
 - a) **Principio de coherencia:** Esta pauta basilar plantea como necesidad que las distintas maneras y contenidos derivados del proceso educativo mantengan una relación de armonía, compenetración, compatibilidad y conexión con los valores y fines que inspiran las disposiciones de la Constitución vigente, destacando dentro de estos últimos el artículo 4, que establece que la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente, y el artículo 13, la cual dispone que la educación tiene como fin el desarrollo integral de la persona.
 - b) **Principio de libertad y pluralidad de la oferta educativa:** Este principio plantea la diversidad de opciones para el desarrollo del proceso educativo, así como la presencia concurrente del Estado y los particulares como agentes para llevar a cabo tal acción. Por ende, se acredita la posibilidad de elección entre las diversas opciones educativas y queda proscrita cualquier forma de monopolio estatal sobre la materia. Así se encuentra establecido en el artículo 15, tercer párrafo de la Constitución, que dispone que “Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”.

- c) **Principio de responsabilidad:** Conciene al deber de los padres de familia para que su prole inicie y culmine todo el proceso de educación básica formal (inicial, primaria y secundaria). Ello se deriva, entre otros, del artículo 17° de la Constitución que establece que “La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias”.
 - d) **Principio de participación:** Se refiere a la atribución de los padres de familia de intervenir activamente en el desarrollo del proceso educativo de su prole. Ello equivale a fomentar la cooperación, opinión y cierto grado de injerencia en la relación escuela - educando, entre otras cuestiones. Así lo establece, entre otros, el artículo 13° de la Constitución, según el cual “Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.
 - e) **Principio de obligatoriedad:** Importa que determinados niveles y contenidos educativos se alcancen y plasmen de manera imperativa. Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución establece que “La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa”.
 - f) **Principio de contribución:** Se refiere al deber genérico de colaborar solidariamente en el proceso de formación moral, cívica y cultural de la población. A manera de ejemplo, cabe mencionar el artículo 14°, párrafo quinto, que dispone que “Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”
27. En suma, para este Tribunal Constitucional, “el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18)”. Adicionalmente a lo expuesto, se entiende que dicho “contenido debe realizarse en concordancia con las finalidades constitucionales del derecho a la educación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho” (tercer y cuarto párrafo del fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 00091-2005-PA/TC).
28. De esta manera, de una adecuada lectura de la Constitución, deriva el derecho de toda persona de tener acceso a una educación de calidad, y consecuentemente, el deber del Estado de garantizar, a través de una participación directa y de una eficiente e irrenunciable fiscalización, un adecuado servicio educativo accesible en condiciones de igualdad a todos los peruanos.

29. Finalmente, los derechos sociales en general, y el derecho a la educación, en particular, deben atender a la deliberación tanto de los Tribunales Constitucionales como de los actores involucrados en la controversia. Seguramente no es la primera controversia que llegará a sede constitucional referida a la negación del Ministerio de Educación de registrar a los alumnos que no cumplan con el requisito de la edad para el grado en que pretenden matricularse. A razón de ello es conveniente que en este tipo de demandas se escuchen los argumentos de todos los actores civiles a efectos de mejorar las sentencias del Tribunal Constitucional, que en buena cuenta siempre deben encontrar la unanimidad en sus decisiones. Dicha unanimidad es posible por medio del diálogo, que funciona como un mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales¹⁰.

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

30. Durante el siglo pasado y en las últimas décadas la participación de las mujeres en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, ha registrado cambios muy importantes. El avance en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos de aquella (por ejemplo, el derecho al sufragio y a la participación política, entre otros), ha generado que las mujeres no solo ocupen un rol importante en la sociedad, sino además que su “incorporación trajera aparejadas profundas transformaciones en diferentes aspectos, incluidos cambios en el mercado laboral, logros educativos, la disminución de la tasa de fecundidad femenina, modificaciones en las relaciones familiares y avances en el acceso a la toma de decisiones”¹¹.
31. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.
32. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenemos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.
33. Otro factor a considerar tiene que ver con la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Queda claro que tanto el hombre como la mujer son iguales

10 NINO, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.

11 Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2004), *Caminos hacia la equidad de género en América Latina y el Caribe*, en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y El Caribe, Ciudad de México.

ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.

34. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación, sino también como reconocimiento de grupos desventajados. Ello permite incorporar datos históricos y sociales que den cuenta de fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran amplios sectores de la sociedad, en este caso en particular el de las mujeres¹². En esa línea, se trata de dismantlar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres “desaventajadas”.
35. En esta línea de pensamiento, el derecho a la igualdad definida en estos términos de igualdad formal o material, no es suficiente para dar cuenta de estos problemas estructurales. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos¹³. En consecuencia, para tratar problemas como los aquí anotados surge la necesidad de ampliar la noción de igualdad.
36. Precisamente, asumir la noción de igualdad como reconocimiento y no sometimiento permite abarcar las injusticias conocidas como culturales, aquellas arraigadas en los modelos de la representación, interpretación y comunicación. Ello se extiende, por ejemplo, para los grupos raciales, que están marcados como distintos e inferiores, y a las mujeres, quienes son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respeto de formas diferentes¹⁴.
37. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha

12 SABA, Roberto. “(Des)Igualdad estructural”. En: ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

13 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento”. Ob. Cit., pp. 142-143.

14 FRASER, Nancy. “Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género”. Traducción de Rita María Radl Philipp. En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N.º 8, 1996, pp. 21-22.

- producido¹⁵. Así entendido, el Tribunal Constitucional no puede hacer caso omiso a la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.
38. Este Tribunal considera que en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarree perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales.
39. La transformación de enfoque y percepciones tanto de hombres y mujeres, a efectos de lograr, en primer lugar reconocimiento, para la consecución de paridad de las mujeres en los ámbitos político, educativo y laboral, es una tarea pendiente que le corresponde al Estado a través de acciones positivas y a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, “en el caso de las mujeres, las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC 0001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento jurídico 12: «(...) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos
40. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres. Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica está en el ámbito reproductivo, pues conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural. No se pierde de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre¹⁶.

15 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento”. En: *Ob. Cit.*, pág. 153.

16 Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 (ver en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/doAct>

41. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hofsmann del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, “se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional”.
42. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T-138-15, fundamento jurídico 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, fundamento jurídico 21).
43. El propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la “licencia por maternidad” y el “permiso por lactancia” para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.
44. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no haya conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales.
45. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

ion?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6381771&links=%222387%2F2011%22&optimize=20120524&publicinterface=true) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09 (ver en el siguiente enlace: http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-10-94_es.htm)

46. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).
47. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.
48. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que “la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]” (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).
49. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que “nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole”. De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que “[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]”¹⁷.

17 Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En el

50. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que pueden generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales como el reconocimiento de la licencia por maternidad y el permiso por lactancia materna.

S.

MIRANDA CANALES

42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009. Se visitó el siguiente enlace: www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Elaboro este fundamento de voto debido a que, si bien comparto lo finalmente resuelto por la mayoría de mis colegas, deseo formular algunas consideraciones adicionales a las expuestas en la ponencia.

En primer lugar, deseo precisar que la remisión de los actuados que se ha dispuesto en la parte resolutive de esta sentencia no debe generar en el Ministerio Público alguna clase de adelanto de opinión en relación con la responsabilidad penal de las personas involucradas en este caso. De hecho, estimo que, en virtud de su autonomía funcional, esta institución goza de un considerable margen de actuación para determinar, de ser el caso, que no corresponde formalizar algún pedido a la autoridad judicial, o para valorar, por ejemplo, la presencia de cuestiones como la posible aplicación de la prescripción penal. En efecto, es importante que puedan evitarse, a futuro, esta clase de conductas -bastante recurrentes, por cierto-, pero ello no puede conducir a suprimir las garantías que le corresponden a cualquier persona a la que se le atribuya la realización de algún delito.

Por otro lado, no comparto algunas expresiones que se indican en la ponencia. Por ejemplo, en el fundamento 15 se indica que “la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad [...], que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos”. Esta afirmación, excesivamente genérica, no reconoce matices que, eventualmente, podrían disponer las leyes al momento de analizar esta clase de casos. El derecho comparado tampoco parece tener algún nivel importante de consenso sobre esta materia.

Considero, así, que la ponencia pretende poder fin a una controversia que no ha sido discutida dentro del propio proceso constitucional que ha sido sometido a nuestro conocimiento, y que es la relativa al derecho de la mujer de poner fin a su embarazo. Estimo que esta es una discusión que corresponde ser evaluada, en primer lugar, por los órganos de representación política, y solo en la medida en que ya exista alguna materialización de su accionar -expresada, por ejemplo, en una ley que pueda afectar derechos de la mujer y que, por ello, haya sido impugnada en un caso específico- y que se hayan escuchado los argumentos de la autoridad que expidió la norma impugnada, puedan los tribunales de justicia determinar si es que ello se condice (o no) con el cuadro de derechos, principios y valores que reconoce la norma fundamental.

Estimo que tomarnos la democracia en serio implica que, particularmente, los órganos de representación política tengan algo que decir sobre los derechos fundamentales. De hecho, sus foros de discusión suelen ser propicios para una discusión abierta, sincera y en la que

diversas voces puedan ser oídas. El Tribunal Constitucional, ciertamente, tiene algo que decir sobre ello, pero solo cuando, a propósito de alguna demanda (y no de oficio), se haya puesto en su conocimiento alguna posible vulneración de los derechos de la persona.

S.

RAMOS NÚÑEZ

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

Emito el siguiente voto singular al no concordar con la sentencia de mayoría.

La recurrente Fhon Cevallos solicita se respeten los resultados del proceso de admisión del residentado médico 2013, convocado por la Universidad Nacional de Trujillo; y se la reincorpore como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray, pues no se le permitió continuar con el residentado por su estado de gestación.

Mis colegas magistrados, en el fundamento 30 de dicha sentencia, señalan que el 17 de agosto de 2018 la recurrente culminó su residentado médico y actualmente es especialista en ginecología y obstetricia por la Universidad de Nacional de Trujillo. De este modo, ellos mismos verifican que ha operado la sustracción de la materia justiciable.

Pese a esta situación, la sentencia de mayoría declara fundada la demanda de amparo, y ordena se determinen las responsabilidades administrativas o penales a que hubiera lugar porque la recurrente ha sido objeto de discriminación. Para ello, presumen que existió un agravio a sus derechos constitucionales ya que, dado a su estado de gestación, no se le permitió continuar con el residentado médico.

Tal agravio, en mi opinión, no existe en el expediente de autos, ya que la propia recurrente, con su inacción, hizo inviable en aquél entonces su continuación académica.

Efectivamente, a fojas 60-61 obran el parte diario del servicio de gineco-obstetricia del 1 de julio de 2013 y la Carta No 279-JDMI-HVLE-RALL-ESSALUD-2013 de 7 de agosto de 2013, que acreditan que la recurrente no asistió al residentado médico el día que este iniciaba (1 de julio de 2013). Ciertamente, al inicio del residentado médico la recurrente se encontraba de descanso médico, producto de una preeclampsia, hasta el 5 de julio de 2013; sin embargo, no obra medio probatorio alguno que acredite la comunicación oportuna de su delicado estado de salud a las autoridades del residentado médico, y tampoco la negativa de las autoridades a recepcionar tal comunicación.

Siendo que la recurrente no asumió su plaza al inicio del residentado médico, la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 599/2020

EXP. N.º 02208-2017-PA/TC

LIMA

SINDICATO DE OBREROS P Y A D'ONOFRIO

Representado(a) por VICENTE JAVIER HUARANDA GUZMAN

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 25 de setiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada (con fundamento de voto), ha emitido, por unanimidad, la siguiente sentencia, que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 02208-2017-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron sus votos en fecha posterior, coincidiendo con el sentido de la ponencia.

La Secretaría del Pleno deja constancia que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de setiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia que los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña votarán en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Vicente Javier Huaranda Guzmán contra la resolución de fojas 142, de fecha 5 de abril de 2017, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2014, don Vicente Javier Huaranda Guzmán, en representación del Sindicato de Obreros P y A D'Onofrio SA, interpone demanda de amparo contra Nestlé Perú SA, mediante la cual solicita que se deje sin efecto la pretendida instalación de tuberías para redes de cámaras de video en las áreas de producción, almacenes y cámaras de la fábrica, en las cuales laboran sus afiliados, por parte de la empresa contratada Clave 3, en perjuicio de los trabajadores y, específicamente, de sus agremiados, pues se persigue un control total y permanente durante la jornada de trabajo, lo que resulta violatorio de sus derechos a la dignidad y a la intimidad personal, además de perturbar psicológicamente a los trabajadores, lo cual afectaría su salud.

El apoderado de la empresa emplazada deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda manifestando que la instalación de todas las videocámaras se sustenta en necesidades empresariales, ejercidas dentro del poder de dirección del empleador, y que están vinculadas con la seguridad de los trabajadores, así como de la ejecución de los procesos de producción de la empresa, además de estar instaladas en áreas de “tránsito público”, como las plantas de golosinas, lácteos, hojalatería y almacén técnico, en las que los trabajadores no realizan actividad privada alguna ni mucho menos constituyen un espacio que pudiera ser considerado como “íntimo” respecto del trabajador. Asimismo, precisa que la parte demandante alude a 6 nuevas videocámaras instaladas en el área de la cámara de helados de Lima por parte de la empresa Clave 3, las que son fijas y no rotativas, y se encuentran apuntando directamente al lugar en el

cual se realiza la actividad productiva. Además, solo graba video y no audio, por lo que se garantiza la privacidad de las comunicaciones de los trabajadores. Finalmente, sostiene que el sindicato demandante no precisa de qué manera las videocámaras que cuestiona vulneran los derechos alegados.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 10 de abril de 2015, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 24 de agosto de 2015, declaró infundada la demanda, por considerar que en autos ha quedado acreditado que las videocámaras se encuentran distribuidas en áreas exclusivas de producción y de libre acceso, por lo que su instalación no puede considerarse como atentatoria del derecho a la intimidad personal de los trabajadores afiliados al sindicato demandante, siendo potestad del empleador efectuar labores de supervisión y control a fin de garantizar el correcto y completo cumplimiento de las actividades laborales de los trabajadores; y, además, porque la parte accionante no ha cumplido con exponer de manera exacta en qué forma las videocámaras violan los derechos que alega.

La Sala superior competente confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El sindicato demandante solicita que se deje sin efecto la colocación de tuberías para redes de cámaras de video que se pretenden instalar en las áreas de producción, almacenes y cámaras de la fábrica, en los cuales laboran sus afiliados. Se alega la violación de los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y a la salud.

Procedencia de la demanda

2. Antes de analizar el fondo de la controversia, el Tribunal Constitucional advierte que la parte demandante es un sindicato de trabajadores obreros que ha denunciado la vulneración de los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y a la salud de sus afiliados, motivo por el cual, conforme a la línea jurisprudencial de este Tribunal vinculada con la defensa sindical de derechos colectivos y de derechos constitucionales de sus agremiados, el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger los derechos alegados en la demanda.

Análisis de la controversia

3. De autos se desprende que las videocámaras ya fueron instaladas en las diversas áreas de la fábrica de propiedad de la empresa emplazada, por lo tanto, la controversia radica en determinar si estas vulneran o no los derechos alegados por el sindicato recurrente.

La facultad directiva del empleador

4. El Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, reconoce, en su artículo 9 lo siguiente:

Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

5. De lo citado, se desprende que la mencionada ley le reconoce atribuciones o facultades al empleador como son: a) la facultad directiva, es decir, la potestad de impartir órdenes al trabajador para que realice una adecuada prestación de sus servicios; b) la facultad fiscalizadora que consiste en supervisar el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo; c) la facultad disciplinaria expresada en la posibilidad que tiene el empleador de sancionar las acciones u omisiones que signifiquen el incumplimiento de las labores encomendadas o actos de indisciplina en el trabajo.
6. Como se puede observar, toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar a quien incumple tales obligaciones. No obstante lo señalado, el tercer párrafo del artículo 23 de nuestra Norma Fundamental contempla expresamente:

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

7. De esta manera, al igual que debemos garantizar los instrumentos suficientes para que el trabajador pueda ejercer sus derechos, no podemos negarle al empleador el uso de mecanismos idóneos para que logre desempeñar aquellas facultades que le reconoce la ley para lograr sus objetivos empresariales respetando las garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

Seguridad y salud en el trabajo

8. Los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en nuestra Constitución y en diversos instrumentos internacionales que han sido ratificados por el Perú y se encuentran vigentes a la fecha, los cuales consagran el derecho a trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y disponen la obligación de los Estados miembros de implementar una política de prevención de riesgos laborales y vigilar su cumplimiento.
9. En nuestro país, con el objeto de promover una cultura de prevención de riesgos laborales se promulgó la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en la cual se contempla lo siguiente:

Art. 1.- La presente Ley establece las normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales, pudiendo los empleadores y los trabajadores establecer libremente niveles de protección que mejoren lo previsto en la presente norma.

Art. 3.- El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores (...)

10. Como se colige, es deber de los empleadores identificar, evaluar y prevenir los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores y el de emplear los mecanismos necesarios para asegurar las condiciones de seguridad que permitan a estos últimos desempeñar las labores encargadas. Siendo el empleador el responsable de asumir las consecuencias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones, es menester que el empleador fiscalice la ejecución de las labores encomendadas.
11. El uso adecuado de la tecnología coadyuva al cumplimiento de esas facultades, como lo es, por ejemplo, la implementación de sistemas de control o vigilancia en el área de caja o tesorería de entidades bancarias, supermercados y otros en donde el empleador pueda supervisar y sancionar conductas que atenten contra la normativa jurídica vigente y las directrices empresariales.

Análisis del caso en concreto

12. Tal como se advierte en la demanda, el propio sindicato recurrente reconoce: “En una reunión realizada en el año 2009, la empresa demandada nos comunicó su proyecto de instalar cámaras de video dentro de las instalaciones de la fábrica, a lo cual nuestro Sindicato se opuso por considerar tal medida atentatoria de los derechos fundamentales de los trabajadores (...)” (folio 29), por lo cual se acredita que existió una comunicación previa de la empresa acerca de un conjunto de medidas de seguridad, (tal como obra de fojas 42-61) que se implementarían en la empresa con la finalidad de “Monitorear los procesos de producción de las Plantas de Golosinas, Lácteos, Hojalatería y Almacén Técnico”, siendo la instalación de cámaras de video una de estas medidas.
13. De las fotografías que obran en autos (folios 47-59) presentadas por la demandada se observa que las cámaras de video-vigilancia fueron instaladas en espacios visibles por necesidades operativas y en ambientes estratégicos que le permiten a la empresa activar mecanismos de seguridad e implementar mejoras durante su proceso de producción. Por otro lado, la demanda alude también a cámaras instaladas por la empresa contratada Clave 3, pero como se observa, estas también han sido instaladas en zonas que no constituyen espacios íntimos o reservados para los trabajadores.
14. Se observa, además, que la empresa emplazada estaría cumpliendo con el “Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el trabajo” en el que como empleador debe garantizar la seguridad industrial dentro de las instalaciones de la fábrica. El artículo 3 de dicho

reglamento establece: “Se entiende por Seguridad industrial el conjunto de actividades de orden técnico, legal, humano, económico, etc., que tiene por objeto ayudar a la Empresa y a sus servidores a prevenir los accidentes industriales, controlando los riesgos inherentes a cualquier tipo de ocupación y conservar el local, materiales, maquinarias y equipo”.

15. Asimismo, se puede distinguir que la instalación de cámaras tiene como objetivo el monitorear los procesos de producción y, de ser el caso, poder analizar cualquier incidente de producción o de seguridad; por ejemplo, verificar que las rutas de evacuación se encuentran despejadas, mantener las zonas seguras libres de camiones, asegurar un buen estado y evitar sabotajes en la fuente de energía alterna de la fábrica, poder visualizar el video ante potenciales reclamos vinculados con la presentación de cuerpos extraños en los productos, etc. También se puede advertir que las videocámaras no están instaladas en un ambiente que pudiera ser calificado como “privado”, pues son áreas en las que el personal autorizado transita libremente.
16. Por otro lado, este Tribunal Constitucional considera que la parte accionante no ha señalado con claridad de qué forma las videocámaras que cuestiona lesionan los derechos a la dignidad, intimidad o salud de sus afiliados, limitándose a afirmar que las cámaras tienen como objetivo el control total, riguroso y permanente durante toda la jornada laboral de sus afiliados, impidiendo que trabajen con tranquilidad y sin margen a que se puedan distraer de su labor. En este sentido, se debe tomar en consideración que el empleador, como parte de su poder de dirección, reconocido en el artículo 9 del Decreto Supremo 003-97-TR, puede optar por los mecanismos que estime necesarios para la supervisión de la prestación laboral (poder fiscalizador), siempre que ello no vulnere los derechos de los trabajadores, lo que en el presente caso no se ha acreditado.
17. En consecuencia, al no haberse acreditado la violación de los derechos alegados, corresponde desestimar la demanda.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo. Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con lo resuelto en el presente caso y con su fundamentación. Empero, considero oportuno precisar que, si bien la instalación de redes de cámaras de vigilancia que cuestiona el sindicato demandante se justifica, parcialmente, en la seguridad de las personas –razón por la que la sentencia desarrolla algunos argumentos sobre la seguridad y salud en el trabajo, cuya regulación está desarrollada en la Ley 29783 y está orientada a promover una cultura de prevención de riesgos *laborales*–, el principal motivo de su instalación es otro.

Como afirma la empresa demandada (folio 74), dicha instalación obedeció a necesidades *empresariales* y tuvo como objetivo “monitorear los procesos de producción de las Plantas de Golosinas, Lácteos, Hojalatería y Almacén Técnico” (folio 45). Ello se aprecia con mayor detalle al verificar en el documento denominado Medidas de Seguridad de Nestlé Perú SA, el objetivo de cada cámara instalada, siendo la “pérdida de material” la justificación más frecuente para el monitoreo de la producción (folios 51 a 54 y 59).

Estas actividades de vigilancia –realizadas por motivaciones laborales o empresariales– se encuentran plenamente justificadas en el marco del poder de dirección del empleador (concretamente, en la facultad de fiscalización), el cual debe ejercerse sin vulnerar los derechos de los trabajadores. En el caso concreto, solo se ha alegado la vulneración de algunos derechos fundamentales, pero no se ha argumentado ni acreditado dicha afectación, por lo que corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto con fecha posterior, a fin de precisar el sentido de mi voto y expresar que coincido con el sentido de la ponencia presentada. Considero que corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda.

Lima, 13 de octubre de 2020

S.

RAMOS NÚÑEZ

**VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Me adhiero al sentido de lo resuelto en la ponencia. No obstante, considero necesario señalar lo siguiente:

1. En el presente caso, se ha declarado infundada la demanda de amparo, en tanto la parte demandante no ha precisado de qué manera la instalación de videocámaras vulnera los derechos a la dignidad, intimidad o salud de sus afiliados. Asimismo, se ha establecido que el empleador puede ejercer de forma legítima su poder de dirección, siempre y cuando ello no suponga una restricción irrazonable en los derechos de los trabajadores, lo cual no quedó demostrado en autos.
2. En ese sentido, es necesario partir de reconocer que, en una relación laboral, en la cual está implícito el elemento de la subordinación, el empleador se encuentra premunido de diversas facultades frente a su trabajador. De esta manera, en la STC 7165-2006-PA/TC se ha señalado que el empleador reviste de los poderes de dirección, fiscalización y sancionador. Así, conforme a la precitada sentencia, se encuentra facultado para dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores (poder de dirección), además tiene la facultad de ejercer una supervisión en la realización de las labores (poder de fiscalización); y la de imponer sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario).
3. Ahora bien, en aras de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de tales poderes por parte del empleador, dichas facultades están limitadas por un criterio de razonabilidad, por lo que el poder de dirección del empleador no debe ser entendido como uno de carácter absoluto e ilimitado, sino que, por el contrario, está sujeto al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Asimismo, el límite de la protección de los derechos de los trabajadores abarca a los que ejerce en su condición de empleado individual, como aquellos que tienen que ver con su capacidad de organizarse colectivamente, cuya expresión más tradicional tiene que ver con su condición de afiliado a un sindicato.
4. Al respecto, la Corte IDH ha establecido en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, que la libertad de asociación tiene como correlato una obligación estatal negativa y positiva. Mientras que la obligación negativa consiste en no presionar o entrometerse de forma tal que pueda alterar o desnaturalizar la finalidad de las asociaciones, la obligación positiva exige “prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad”, y esta obligación incluso tiene que adoptarse en las relaciones entre particulares. En específico, en materia laboral, este tribunal internacional señaló que la libertad de asociación “no se agota con el reconocimiento

teórico del derecho a formar [agrupaciones], sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho apropiado para ejercer esa libertad” (párr.156).

5. Por lo tanto, en el presente caso, la instalación de videocámaras como manifestación del poder de dirección del empleador, no debe configurarse, en los hechos, como un mecanismo de seguimiento individualizado a cualquier trabajador, afiliado o no, de tal forma que, al no tener justificación razonable, constituya una vulneración a sus derechos. Esto último desvirtuaría la finalidad de la medida, que busca un control y supervisión adecuada de los procesos de producción de la empresa.

Lima, 29 de setiembre de 2020

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 03601-2014-PA/TC-LIMA

RUTH SOLEDAD MUÑOZ SANTIVÁÑEZ

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 14 de julio de 2020, se votó la sentencia del Expediente 03601-2014-PA/TC, presentada por la magistrada Ledesma Narváez declarando improcedente, la demanda de amparo. Votaron a favor los magistrados Ledesma Narváez, Sardón de Taboada con fundamento de voto, y Espinosa-Saldaña Barrera con fundamento de voto; y en contra los magistrados Ferrero Costa, quien emitió voto singular declarando infundada la demanda, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez, quienes emitieron sus votos singulares que declaran fundada la demanda de amparo.

Estando a la votación efectuada, el Pleno consideró aplicar lo previsto en el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece el voto decisorio del Presidente del Tribunal Constitucional, en las causas que se produzca empate en la votación. Por lo que, el caso de autos se resolvió con el voto decisorio de la magistrada Ledesma Narváez, quien suscribe la sentencia que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

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

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en el Pleno del 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Ruth Soledad Muñoz Santiváñez contra la resolución de fojas 307, de fecha 23 de mayo de 2014, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de diciembre de 2011, Ruth Soledad Muñoz Santiváñez interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Sunasa), solicitando que se deje sin efecto el despido del que fue víctima; que cesen los actos discriminatorios en su condición de embarazada; y que, consecuentemente, se ordene su contratación mediante contrato administrativo de servicios en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas. Refiere que prestó servicios mediante contratos administrativos de servicios desde el 9 de abril de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011. Sostiene que, en noviembre de 2011, comunicó a su jefe, el director de Administración de la Sunasa, que se encontraba embarazada, en virtud del descanso médico de fecha 20 de noviembre de 2011, mediante el cual solicitó licencia de 2 días por encontrarse con amenaza de aborto, fecha desde la cual se presentaron cambios en el trato laboral. Posteriormente, el superintendente manifestó que todos los trabajadores CAS serían renovados para el año 2012 y fueron renovados todos excepto la suscrita, por lo que fue la única a quien le cursaron la carta de no renovación para el año 2012. Alega la vulneración de su derecho al trabajo y a la no discriminación por embarazo.

El procurador público del Ministerio de Salud propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda, expresando que la actora fue contratada bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, por lo que, al haberse cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal “h” del numeral 13.1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 16 de abril de 2013, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 31 de mayo de 2013, infundada la demanda por considerar que en autos se encuentra probado que la parte accionante suscribió un contrato administrativo de servicios, el cual fue renovado hasta el 31 de diciembre de 2011. Por lo tanto, si la actora tenía celebrado un contrato administrativo de servicios con la demandada, por más que haya sido despedida sin razón, sin respetar el plazo de su contrato o éste se haya prolongado sin renovarse, no corresponde su restitución, sino, como máximo, una indemnización según la legislación de la materia. Asimismo, en autos no se acredita fehacientemente que no se le haya renovado por encontrarse embarazada; además, si ello fuese así, tampoco procede su reposición, sino una indemnización de ser el caso.

La sala superior competente confirmó la apelada por argumentos similares, precisando respecto a la inobservancia del artículo 5 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, alegado por la demandante, que la continuidad del referido contrato queda a decisión del empleador en función a sus necesidades y no una obligación como sostiene la demandante, tanto más si ésta no ha cumplido con acreditar la necesidad del empleador de contratar otro personal en el cargo que desempeñaba, si no por el contrario del cuadro para renovaciones CAS, se advierte que para el área donde la actora laboraba (Oficina General de Administración) no se ha contratado ningún abogado.

FUNDAMENTOS

Delimitación de la controversia

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación de la recurrente en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas de la emplazada. Según se alega, la actora perteneció al régimen del Decreto Legislativo 1057 y no fue recontratada porque se encontraba embarazada.

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

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

3. De esta disposición se desprende que uno de los especiales motivos de discriminación, que originan el surgimiento de una tutela reforzada, se suele fundar en el sexo de las personas. Así, toda distinción, exclusión, restricción o preferencias injustificadas basadas en este criterio, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, se encuentra constitucionalmente prohibida. El reconocimiento que ha hecho el constituyente de determinadas categorías, como el sexo, la religión o la opinión política, no es casual. Obedece a contextos históricos de discriminación en contra de dichos colectivos, lo que origina que cualquier distinción que se funde en uno de estos motivos genera una presunción de inconstitucionalidad que corresponde desvirtuar a quien efectuó la práctica cuestionada.
4. Las prácticas discriminatorias basadas en el sexo, y que han tenido como principales destinatarias a las mujeres, no son de reciente data. De hecho, uno de los motivos más persistentes para el otorgamiento de tratos diferenciados ha sido, precisamente, el sexo de la persona. Así, aspectos tales como la restricción para el acceso de empleo, el no reconocimiento del derecho al voto, las “leyes de obediencia femenina” o los conocidos estereotipos que se asignan al sexo femenino han abarcado importantes espacios de nuestra historia. Sin embargo, aun en la actualidad, se pueden advertir distintas prácticas discriminatorias que son avaladas, e incluso aprobadas, por el propio aparato estatal. De este modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW, por las siglas en inglés) ha advertido, por ejemplo, que todavía persisten, en distintos códigos, los denominados “delitos contra el honor”, los cuales tienen como principales destinatarias a todas aquellas mujeres que no hubiesen desarrollado una conducta socialmente aceptable [Comité CEDAW. Observaciones finales respecto del Líbano. CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 26]. Del mismo modo, en distintos códigos penales se reduce o, incluso, extingue la responsabilidad penal cuando, en casos de violación, el perpetrador se casa con la víctima [Comité CEDAW. Recomendación General 31. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, párr. 23]. También se han cuestionado, de manera severa, los denominados “matrimonios forzados”, los cuales, también, tienen como principales destinatarias a niñas, y que se realizan de manera habitual en distintas partes del mundo.
5. Todo este contexto ha ocasionado que, en ciertos sectores de la comunidad internacional, se advierta la necesidad de adoptar instrumentos y/o tratados para la protección especial de la mujer. Evidentemente, ello no quiere decir que la prohibición de discriminación basada en el “sexo” no pueda desplegar sus efectos también para la protección del hombre, cuando sea el caso; tan solo advierte que, en distintas ocasiones, han sido las mujeres las principales afectadas por las conductas discriminatorias, las cuales han sido practicadas y toleradas tanto por el Estado como por los particulares. De este modo, a nivel de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Este instrumento internacional ha precisado, en su artículo 3, que los Estados Partes

tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

6. En el ámbito interamericano, de una manera similar, se han incluido distintas obligaciones direccionadas principalmente al Estado. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”, se precisa que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Este mismo instrumento internacional, a propósito del reconocimiento de los derechos que le corresponden a la mujer, garantiza el derecho a “igualdad de protección ante la ley y de la ley” (artículo 4), lo cual implica la prohibición de cualquier trato o práctica discriminatoria. Ahora bien, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”) ha extendido sus alcances también para el ámbito privado, lo cual es indispensable para lograr que las prácticas discriminatorias cesen de manera definitiva. El pleno goce y ejercicio de los derechos de la mujer demanda no solo un accionar por parte del Estado, sino también un compromiso de respeto por parte de los privados en escenarios como, por ejemplo el laboral (por la discriminación que se presenta en los puestos de trabajo por aspectos concernientes a los embarazos, las distintas remuneraciones que se otorgan a ambos sexos, o por la sub-representación femenina en algunos puestos), el de salud (por la atención y los servicios que puedan dispensarse, por ejemplo, en las clínicas) o el educativo (discriminación contra las niñas y mujeres en centros educativos privados).
7. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante la construcción de su jurisprudencia, ha contribuido en la exigibilidad de los derechos de la mujer y en la visibilización de su situación especial de vulnerabilidad. Así, cabe rescatar sin ánimo de exhaustividad, decisiones emblemáticas como las referidas al caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) v. México, mediante el cual se analizaron las obligaciones reforzadas que poseen los Estados en la prevención de la desaparición y violencia sexual que sufren las mujeres en contextos de violencia estructural basada en el género; el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in Vitro*”) v. Costa Rica, donde abordó la autonomía reproductiva de la mujer, en el ámbito del derecho a la vida privada y destacó el impacto negativo y desproporcional de la prohibición de la fecundación *in vitro* en las mujeres; y el caso I.V. v. Bolivia, mediante el cual abordó el acceso a la justicia en situaciones de violaciones a los derechos sexuales y reproductivos, y estableció que las prácticas de esterilización no consentidas, involuntarias o forzadas no pueden quedar impunes. Es así, que jurisprudencialmente, la Corte IDH ha ido sentando progresivamente estándares de protección reforzada a nivel internacional en resguardo de los derechos de la mujer, incluyendo la esfera sexual y reproductiva.

8. En ese sentido, la Constitución de 1993, además de la cláusula general de no discriminación que se regula en el artículo 2.2, contiene distintas disposiciones direccionadas a tutelar de manera especial determinados derechos de la mujer. Así, el artículo 4 reconoce que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. De ello se desprende que nuestro texto constitucional otorga una tutela reforzada a las mujeres que sean madres o que estén por serlo, como ocurre particularmente en el caso de las mujeres gestantes. Evidentemente, la especial tutela que se brinda a nivel constitucional tiene estrecha conexión con la vulnerabilidad física y psíquica que se presenta a lo largo del embarazo, la cual expone a la mujer a distintos riesgos. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo,

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

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

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

10. En estos supuestos, en los que concurren en una sola persona distintas condiciones de vulnerabilidad, opera lo que se ha denominado como discriminación múltiple. Evidentemente, en estos supuestos el deber de adoptar medidas de protección se torna prioritario, pues la persona afectada se encuentra frente a una latente vulneración de sus derechos fundamentales en caso que las mismas no se implementen. Uno de los escenarios en los que esta forma de discriminación se presenta se da en el caso de las mujeres embarazadas o de aquellas que, de manera reciente, han sido madres, sobre todo en lo que se relaciona con la permanencia en su centro de trabajo. De esta manera, la cláusula de prohibición de discriminación en razón del sexo de la persona se activa, especialmente, en los casos relacionados con mujeres embarazadas, esto es, las personas que potencialmente serán madres, o aquellas que se encuentren en período de lactancia. En estos supuestos la discriminación en función del sexo se presenta porque las medidas restrictivas obedecen a situaciones que se presentan exclusivamente en el

caso de las mujeres. Como ha precisado este Tribunal en un pronunciamiento anterior, al analizar el caso de las cadetes embarazadas y la inconstitucionalidad de los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010- DE/SG, “[estas disposiciones] establecen un trato diferente y perjudicial en función al sexo y a circunstancias que tienen una relación inequívoca con el género femenino, como es el estado de gestación (discriminación *directa*)” [STC Exp. 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.1].

11. Sin embargo, esta tutela reforzada también se fundamenta en la protección del *nasciturus*. Al respecto, el Tribunal nota que, por ejemplo, cuando una madre gestante o en período de lactancia es separada de su centro de labores, ello no solo le impide obtener los recursos económicos propios de una remuneración, sino que, además, se le priva de la posibilidad de utilizar los seguros que brindan los empleadores, así como cualquier otro beneficio que pueda obtenerse en un centro de trabajo, lo cual tiene una incidencia potencial en la salud del concebido o del hijo recién nacido. De esta forma, existe una tutela reforzada, la cual se funda en la especial situación de la madre y la necesidad de tutelar los derechos del menor. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “la importancia que tiene el trabajo remunerado en la vida de la mayoría de los adultos en la sociedad hace que la intersección entre la maternidad y el trabajo sea un elemento central particularmente decisivo en los esfuerzos por conseguir mejoras tanto de salud como de igualdad” [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página V].
12. De hecho, la privación de la remuneración para la madre gestante tiene un efecto bastante perjudicial tanto para ella como para su familia, ya que ella dejaría de percibir una importante cuota de ingresos. Debe tomarse en cuenta, además, que el futuro nacimiento del concebido genera gastos económicos adicionales dentro de su entorno familiar, lo cual puede afectar tanto en la salud como en el desarrollo del menor, por lo que se requiere que, tanto la sociedad como el Estado, presten una particular atención al caso de las trabajadoras gestantes.

La igualdad de oportunidades en materia laboral de las mujeres embarazadas

13. Una especial situación se presenta en el caso de las mujeres embarazadas en los centros de trabajo, ya que es el escenario en el que se advierten los mayores casos de discriminación en contra de estas personas. Esto obedece a que, por lo general, los empleadores no desean que se vea mermada la productividad del centro de labores al mantener un vínculo laboral con una persona que, por su especial situación, requerirá de atenciones médicas periódicas y un tiempo considerable para dedicarlo a su hijo recién nacido.
14. En esta clase de casos, se compromete el derecho de la mujer a contar con las mismas oportunidades en el trato durante el empleo, ya que, por la especial condición que acarrea tanto el embarazo como el cuidado de los niños, se ve expuesta a tratamientos discriminatorios que la colocan en una posición distinta a la del hombre. Al respecto, este Tribunal ha precisado que “el principio constitucional de igualdad de trato en el

ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo [STC Exp. 05652-2007-PA/TC, fundamento 35]”.

15. Ahora bien, esta cláusula genérica de prohibición de discriminación se ve comprometida en distintos escenarios cuando se trata de mujeres embarazadas. En el ámbito de la justicia a nivel comunitario, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido distintos casos en los que puede existir una discriminación en razón del sexo durante el embarazo: i) extinción de relaciones laborales por ausencias debidas a una discapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo [STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown]; ii) prohibición de contratación originada por el estado de gestación [STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker]; iii) la no renovación de contrato relacionada con el embarazo de la reclamante [STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar]; o incluso cuando, por ejemplo, se impedía ejercer determinados trabajos, como empleos nocturnos [STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann].
16. Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado la necesidad de adoptar una política estatal integral para garantizar los derechos laborales de las mujeres durante el embarazo. En tal sentido ha rescatado que es de vital importancia implementar medidas como “[...] la garantía de un mínimo de catorce semanas de licencia de maternidad pagada en los términos comprendidos en el Convenio 183 de la OIT; protecciones contra el despido y otro maltrato laboral durante el embarazo; la adopción de leyes orientadas al periodo de lactancia; y la adopción de licencias de paternidad y parentales”. [CIDH. Informe temático: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, 2011. F. 169].
17. De tal modo, este Tribunal advierte que son múltiples las formas en las que se pueden efectuar distintos tratos discriminatorios en contra de las mujeres embarazadas o aquellas que hubiesen sido recientemente madres en lo que respecta al acceso, al despido o la falta de renovación de contratos temporales. Es importante que este Tribunal haga recordar que los constantes despidos o falta de renovación de los contratos temporales de trabajo a las mujeres gestantes generan distintas consecuencias a nivel personal y social. En el plano personal, pueden conducir a algunas mujeres, en situaciones complejas —que se vinculen con problemas personales, económicos o incluso de salud— a interrumpir su embarazo a fin de permanecer en su puesto de trabajo. A nivel social, incentiva a que las parejas decidan no tener hijos, con todas las consecuencias que ello puede generar a nivel poblacional. Por último, insensibiliza a la comunidad, pues invisibiliza los grandes obstáculos que la mujer puede atravesar durante el embarazo y que deberían ser objeto de medidas especiales de protección por parte del Estado.

18. El Tribunal, además, no puede dejar de advertir otro escenario que suele presentarse como perjudicial para la mujer, y que se relaciona con las dificultades que ella afronta para acceder a un empleo cuando cuenta con hijos de temprana edad. Del mismo modo, un caso que ha empezado a cobrar importancia a nivel internacional tiene que ver con el caso del padre que, frente al fallecimiento de la madre, asume el cuidado del menor, ya que, en algunos países, frente a este supuesto, el padre toma el resto de la “licencia de maternidad” al ser él quien asume la custodia completa del menor [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 74].
19. Estos casos de discriminación, de difícil probanza, también se erigen como uno de los problemas principales respecto del acceso al empleo para las mujeres, y que, consecuentemente, se presentan como un elemento más que acredita las desventajas que ellas deben afrontar en la sociedad, lo cual no hace sino reforzar la idea que la Constitución les ha dispensado una tutela especial en el ordenamiento jurídico por los distintos problemas que atraviesan.

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

20. La tutela reforzada que se brinda a las mujeres gestantes en el ámbito laboral tiene distintas manifestaciones, las cuales han sido objeto de desarrollo en el derecho comparado. En el caso colombiano, por ejemplo, la regulación de las distintas formas de contratación y la permanencia en el empleo de las mujeres gestantes tiene como pilar fundamental salvaguardar “la garantía de la permanencia en el empleo consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política” [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-222/17]. Esto genera que los distintos regímenes de contratación, independientemente de su naturaleza, se vean impedidos de adoptar medidas que supongan la separación injustificada de las mujeres embarazadas de sus centros de trabajo. En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha otorgado una especial protección incluso a las trabajadoras gestantes que fuesen de libre nombramiento por parte de autoridades estatales [Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. SCP 1417/2012 FJ. III.2.], lo cual genera que, en el lapso de un año, no las puedan separar de la entidad en la que se encuentran laborando. Un caso especial se advierte en Chile, país en el que, como ha resaltado su Tribunal Constitucional, las mujeres gestantes gozan, por un año, de lo que se conoce como el “fuero laboral”, esto implica que, durante ese lapso, solo podrán ser separadas de su puesto de trabajo luego de que la decisión del empleador sea avalada por el juez. Este fuero se extiende, incluso, hasta un año después de expirado el descanso de maternidad [Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 24 de diciembre de 2015, considerando cuarto].
21. Del mismo modo, la Unión Europea ha adoptado distintas disposiciones de derecho comunitario dirigidos a una protección reforzada de los derechos laborales de las mujeres gestantes. Así, por ejemplo, en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de Europa de

19 de octubre de 1992, se ha dispuesto, en el artículo 10, que los Estados miembros “tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...] En el mismo artículo se precisa, en el segundo párrafo, que cuando se despidan a una trabajadora que se encuentre en el período detallado, “el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también se ha referido al caso particular de la renovación de los contratos temporales de las mujeres gestantes, y ha precisado que “en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207” [Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-438/99, María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de Los Barrios, fundamento 46]

22. En consecuencia, se advierte que, a nivel del derecho comparado, comunitario e internacional existe un importante nivel de consenso respecto de la necesidad de tutelar de manera especial y reforzada los derechos de la mujer en estado de gestación, particularmente en el contexto de las relaciones de trabajo. Evidentemente, las regulaciones legales que se adopten para esta especial protección diferirán en cada ordenamiento jurídico. Lo que se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente prohibido es la ausencia de garantías en favor de la mujer que se encuentre en esta condición. En el caso peruano, existe distinta normatividad que protege a las mujeres embarazadas dependiendo del régimen laboral en el que se trabaja.
23. Sin embargo, un escenario bastante debatible se presenta a propósito de las trabajadoras sujetas al régimen previsto en el Decreto Legislativo 1057, esto es, de las trabajadoras que laboran bajo el contrato administrativo de servicios (CAS). Al respecto, este Tribunal ha considerado este régimen como de naturaleza laboral y compatible con la Constitución [cfr. STC Exp. 0002-2010-PI/TC; 00035-2009-PI/TC]. Ahora bien, aún así este contrato, por sus características, ha expuesto a las mujeres gestantes y a las que se encuentran en período de lactancia, a múltiples inconvenientes relacionados con la no renovación del contrato de trabajo. Es importante recordar, por lo demás, que la discusión en torno a la renovación, específicamente, de los contratos administrativos de servicios a favor de las mujeres gestantes había sido también analizada por la Defensoría del Pueblo, órgano que interpretó que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, debería brindárseles una tutela particular [cfr. Defensoría del Pueblo. Nota de Prensa N° 090/OCII/DP/2017, de 30 de marzo de 2017].
24. Asimismo, este Tribunal debe mencionar que de manera reciente se ha emitido la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres, en el que, en su artículo 6 ha establecido que “[q]ueda prohibido que la entidad

empleadora despidida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”. No obstante, se advierte que dicha normativa no es suficiente para otorgar una tutela adecuada a las mujeres gestantes o en periodo de lactancia; y, porque en su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018-TR, se precisa que está dirigida al régimen laboral de la actividad privada del sector privado, dejando de lado a las trabajadoras dependientes del Estado.

25. En ese sentido, es importante que este Tribunal precise que, en los casos de no renovación del contrato de trabajo, no se presente alguna situación que comprometa la cláusula de prohibición del despido. Y es que, en estos supuestos, no ha existido propiamente un “despido”, ya que lo que ha operado, en realidad, ha sido el vencimiento del vínculo contractual por el vencimiento del plazo consignado en el contrato de trabajo, lo cual es un supuesto válido para la extinción de la relación laboral en los contratos temporales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no pueden avalar que la decisión de no renovación del contrato pueda obedecer, sin más, a la condición de gestante o de madre de la trabajadora. La prohibición de discriminación en función del sexo, aunado a la necesidad de tutela reforzada que requiere la persona que está por ser madre, obligan a considerar que, en estos supuestos, el empleador no puede adoptar decisiones o políticas de dirección en el centro laboral que sean ajenas a criterios de razonabilidad.
26. Por ello, con el fin de otorgar una especial tutela a la madre gestante o la que ha sido recientemente madre, las autoridades jurisdiccionales deberán valorar los siguientes aspectos: i) el plazo durante el cual se activa la garantía de la prohibición de no renovación del contrato; ii) los supuestos en los cuales es posible que el empleador pueda separar a una mujer en estado de gestación; y, iii) las medidas que deben adoptarse en el supuesto que, pese a la prohibición reconocida en la norma, opere la separación de la trabajadora gestante.
 - i) En relación con el primer punto, las autoridades jurisdiccionales, deben tomar en cuenta el estado de gestación y el período de lactancia de la mujer embarazada, aun en el caso de los contratos temporales de trabajo. En ese sentido, se debe considerar que la especial protección que se dispensa a propósito de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no debería comprender, en estricto, solo a la trabajadora que se encuentra embarazada, sino también a aquella que se encuentre en periodo de lactancia, de conformidad con lo que establecen las disposiciones legales respectivas y los convenios internacionales ratificados por el Estado peruano. En ese sentido, el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano, dispone en su artículo 8 que “[s]e prohíbe al empleador que despidan a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional”.

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

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

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

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

Análisis del caso concreto

27. En el presente caso, el objeto de la demanda es que se reponga a la demandante en el cargo que venía desempeñando de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas de la emplazada. Afirma que su no renovación del contrato administrativo de servicios se debió a su condición de madre gestante.
28. Con los contratos administrativos de servicios obrantes de folios 2 a 17, queda demostrado que la recurrente ha mantenido una relación laboral a plazo determinado en la función de “apoyo legal” en la Oficina de Administración y Finanzas (después, Oficina General de Administración), la cual culminó supuestamente al vencer el plazo del último contrato suscrito con la demandada, esto es, el 31 de diciembre de 2011.
29. La demandante ha alegado que su contrato administrativo de servicios no fue renovado en vista que se encontraba en estado de gestación, por lo que considera que fue discriminada por su condición de mujer. Señala que, mediante certificado médico, recepcionado el 23 de noviembre de 2011 (foja 18), informó que tenía once semanas de gestación y que presentaba amenaza de aborto, de ahí que se le otorgó descanso médico en esa fecha.
30. La entidad alega que nunca tuvo conocimiento que la recurrente estaba gestando y que el certificado médico que cita la actora no tuvo por finalidad comunicar el estado de embarazo, sino únicamente un descanso médico. Sin embargo, este Tribunal aprecia que, independientemente de que la actora haya tenido o no la finalidad de comunicar un descanso médico y no un embarazo, lo cierto es que la actora presentó a la Oficina de Bienestar Social un certificado médico que contenía el diagnóstico de embarazo, el cual fue recepcionado con fecha cierta el 23 de noviembre de 2011 (foja 18); certificado médico el cual consignaba claramente “Que la paciente Ruth Muñoz Santibáñez con gestación de 11 semanas, presentó amenaza de parto por lo cual, siguen descanso médico por 03 días (desde el 20/10/11 al 22/11/11)” (sic) y por el cual se le autorizó un descanso médico de tres días (foja 63); por lo que, resulta inconsistente que la entidad haya otorgado un descanso médico por motivo de “riesgo de aborto” y luego afirme, al mismo tiempo, que no tuvo conocimiento del estado de gestación de la demandante.

31. Por otro lado, la entidad ha alegado que el motivo de la no renovación del contrato administrativo de servicios de la recurrente no estuvo sustentado en ninguna causa discriminatoria, tanto es así que fueron recontractadas “41 mujeres en edad fértil”, incluyendo gestantes y madres en periodo de lactancia. Sobre este asunto, este Tribunal observa que, si ello hubiera sido cierto, entonces la única razón para haber cesado a la actora fue haber cometido una falta grave o que la necesidad institucional que cubría se haya extinguido. Pero, ninguno estos supuestos se han acreditado.
32. Según los autos, mediante la carta de no renovación del contrato administrativo de servicios, Memorándum 00779-2011-SUNASA/OGA (foja 28), cursada el 16 de diciembre de 2011, se comunicó a la demandante que Sunasa no renovaría su contrato por motivos de “restricción presupuestal”. Sin embargo, mediante dos informes internos, informes 01121-2011/OGA y 00325-2011-OGPP (fojas 31 y 32), de fechas 15 y 16 de diciembre de 2011, la Oficina General de Administración y la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de la entidad hacían saber al Secretario General de Sunasa, que existía disponibilidad presupuestaria para suscribir adendas con el personal CAS para el año 2012, lo cual desmiente lo comunicado a la demandante en la carta de no renovación.
33. De igual modo, en cuanto a que la necesidad institucional habría fenecido y que, por eso, no se habría renovado el contrato de la actora, se tiene que dicho argumento tampoco resulta creíble. En el Informe 00045-2012/OGA (foja 60), de fecha 18 de enero de 2012, el director general de la Oficina General de Administración informa, en síntesis, que no se renovó el contrato administrativo de servicios debido a “la desaparición de la necesidad y a la no existencia de la disponibilidad presupuestal”. Pero, en contradicción con ello, la Resolución Suprema 014-2011-SA (foja 75), de fecha 20 de julio de 2011 (cinco meses antes del cese laboral), había aprobado el Cuadro de Asignación de Personal de la Sunasa y donde se aprecia que para la Oficina General de Administración se incorporó el cargo de “Especialista legal”. Es decir, que dicha oficina, donde trabajaba la recurrente, requería de los servicios profesionales de un abogado, por lo que, en ese sentido, no resulta cierto que ya no se necesitaba de los servicios de la demandante.
34. De este modo, en el presente caso la entidad empleadora no ha desvirtuado que el despido de la demandante haya sido por razones discriminatorias. Así, inicialmente justificó la extinción del vínculo laboral recurriendo a una presunta falta de disponibilidad presupuestal, luego sostuvo que no tenía conocimiento del estado de gestación de la demandante, y posteriormente, señaló incluso que no se renovó el contrato debido a la desaparición de la necesidad de su labor; no obstante, ninguno de dichos argumentos se ha logrado acreditar, pues se logró comprobar que la entidad gozaba de disponibilidad presupuestaria, que tomó conocimiento previo del embarazo de la demandante y que requería de asesoría legal. En ese sentido, se concluye que la negativa de recontractación de la demandante estuvo motivada por razones de su condición de mujer y, por ende, se entiende que fue objeto de un despido nulo.

Efectos de la sentencia

35. Sobre el particular, conviene recordar que en las SSTC 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la RTC 00002-2010- PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo) no le resulta aplicable al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización).
36. En consecuencia, dado que la recurrente fue despedida en forma discriminatoria y en vista que ha sido una trabajadora del régimen especial del contrato administrativo de servicios, cuyo régimen de protección es la indemnización; corresponde que los autos sean reconducidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite la pretensión de pago de indemnización del artículo 10 *in fine* del Decreto Legislativo 1057. En tal sentido, el *a-quo* debe remitir, de inmediato, los autos al juez competente para que prosiga con su trámite y la actora adecúe su demanda si lo considera conveniente.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Ordenar la reconducción del proceso a la vía del proceso laboral y ordenar al juez de origen que remita, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que prosiga su trámite y la actora adecúe su demanda si así lo considera conveniente.

Publíquese y notifíquese

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito señalar lo siguiente:

1. En primer término, y sin duda alguna, una preocupación central de quien imparte justicia en general, y de este Tribunal Constitucional en particular, es la de asegurar el cumplimiento de sus decisiones. En ese sentido, en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta en contra del Decreto Legislativo 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de servicios (CAS).
2. Esto ha llevado a que el Tribunal Constitucional haya desestimado, en numerosas ocasiones, demandas donde trabajadores que laboraban al amparo de este régimen especial habían solicitado su reposición en el cargo que venían desempeñando en condición de trabajador permanente, alegando la desnaturalización de su contrato. Esta práctica constante, como queda claro, resulta coherente con lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC.
3. Ahora bien, y más allá de lo señalado a nivel jurisprudencial, resulta pertinente recordar que el Régimen Especial de Contratación por Servicios No Personales (SNP), ampliamente extendida a inicios de la década pasada. Sin embargo, resulta claro que, luego de varios años de utilización, no parece que este sistema de contratación responda actualmente al objetivo de forjar una administración pública eficiente, basada en la meritocracia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos.
4. En efecto, ello no podía ser de otro modo dada la temporalidad o, mejor dicho, la transitoriedad que debía tener este régimen especial y que quedó plasmado en la Ley 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales en cuyo artículo 1 se dispuso como objetivo “establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057. (...) La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley”
5. Sin embargo, y contra lo que pudiera pensarse, lo cierto es que, después de varios años, el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio (CAS) no solo continúa existiendo, sino que también ha venido creciendo de manera sostenida a una tasa promedio anual de 8% en el periodo 2009-2016, de tal forma que actualmente representan al 22% del empleo público sujeto a un régimen laboral, como bien se desprende del Informe “Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”, emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

6. En mérito a lo expuesto, este Tribunal estima que la cobertura constitucional y legal de este régimen especial no puede ni debe entenderse como una constante, y sin variación alguna en el tiempo, máxime si cada vez son más el número de causas que plantean problemáticas complejas que giran en torno a la permanencia de este régimen. Citamos, a modo de ejemplo, los casos de trabajadoras embarazadas a las que no se les renueva el contrato, trabajadores sindicalizados o que buscan formar un sindicato, trabajadores que son contratados inicialmente bajo diversas modalidades para luego, con el fin de no otorgar la reposición en un eventual proceso judicial, se les hace firmar contratos CAS, entre otros supuestos.
7. Siendo así, cabe preguntarse por cuánto tiempo más el mantenimiento de este régimen especial contará con una cobertura constitucional y legal suficiente, muy independientemente de las loables intenciones que podrían guiar a quienes han permitido su permanencia. En ese sentido, considero que éste representa un punto sobre cuyos alcances conviene conversar.
8. Por último, conviene pronunciarse si en mérito a la propia estructura del Tribunal Constitucional peruano, los procesos que allí se atienden y lo que implica materializar las sentencias ya emitidas, este Alto Tribunal cuenta con la debida capacidad operativa e institucional para afrontar los problemas existentes en el escenario aquí descrito.
9. Adelantando algo de esa discusión, convendría señalar que, si bien es cierto que el ejercicio de las competencias explícitas e implícitas de un Tribunal Constitucional puede reivindicar ciertas funciones y potestades para sí, aunque no se encuentran expresamente reconocidas para él, siempre y cuando se encuentren dentro de lo “constitucionalmente posible”. Señalo esto en mérito a que considero que, en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, el Tribunal Constitucional peruano debe entender que en rigor a quien corresponde solucionar la problemática en torno a la aún permanencia del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) es al legislador.
10. Lo recientemente señalado, por cierto, no debe llevar al inmovilismo de un Tribunal Constitucional cuya labor es precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos labor que, por cierto, implica resolver conforme a Derecho, inclusive muy a despecho de los vacíos o insuficiencias que pueda presentar el ordenamiento jurídico vigente del país donde le toca actuar.
11. Estamos pues ante materias sobre las cuales se hace necesario conversar, y evaluar lo decidido en su momento, máxime cuando se aprecia que no se están produciendo los cambios legislativos que este Tribunal Constitucional había tomado como presupuesto para decidir en determinado sentido en las controversias que resuelve en relación a este régimen especial.
12. Como síntesis entonces a este primer tema, en tanto y en cuanto el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio (CAS) se encuentra plenamente vigente y

su constitucionalidad ha sido confirmada, todavía seguirán existiendo pronunciamientos que guarden coherencia con dicha posición, sin embargo, resulta indispensable analizar si lo ahora previsto permite una participación del Tribunal Constitucional peruano que, sin romper los parámetros constitucional o legalmente necesarias y su real capacidad operativa, pueda afrontar los problemas derivados de la supervivencia de este régimen especial, más allá de lo inicialmente proyectado.

13. Ahora bien, también existe un segundo tema que anotar; y es que la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, debe, precisamente, superar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, debe dejarse de lado cualquier interpretación formalista de una norma o concepto. Además, debe corregirse en sede de la interpretación constitucional cualquier lectura formalista y en puridad técnicamente incorrecta de la normatividad vigente, máxime si se trata de tutelar los derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones.

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la actora en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido arbitrario. Pues alega que su contrato administrativo de servicios no fue renovado en vista de que se encontraba en estado de gestación, por lo que considera que fue discriminada por su condición de mujer.
2. Por su parte, la entidad demandada manifiesta que la recurrente no fue despedida arbitrariamente y menos aún que el cese se haya debido a su estado de gestación, sino que cuando venció el plazo de su último contrato administrativo de servicios se extinguió su respectiva relación contractual.
3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que en las sentencias recaídas en los Expedientes 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC, el Tribunal ha establecido que el régimen de protección sustantivo-reparador contra el despido arbitrario previsto en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios guarda conformidad con el artículo 27 de la Constitución.
4. Respecto a las afirmaciones de la demandante en el sentido de que fue despedida por causa relativa a su estado de gestación y a los medios probatorios que presenta, cabe señalar que ha sido una trabajadora cuyo régimen de protección es la indemnización en las formas y condiciones reguladas en el Decreto Legislativo 1057 y que en ningún caso contempla la reposición laboral. De autos no se concluye que su cese laboral se debió a una decisión arbitraria que pudiera considerarse violatoria de sus derechos constitucionales o menos aún, que haya tenido como motivo su estado de gravidez y no el vencimiento del contrato administrativo de servicios.
5. Por ello, disentimos del fundamento 36 de la sentencia en mayoría, y de su parte resolutive cuando afirma: “dado que la recurrente fue despedida en forma discriminatoria y en vista que ha sido una trabajadora del régimen especial del contrato administrativo de servicios, cuyo régimen de protección es la indemnización; corresponde que los autos sean reconducidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite la pretensión de pago de indemnización del artículo 10 *in fine* del Decreto Legislativo 1057”.
6. Al respecto, la citada norma prescribe lo siguiente:

“Artículo 10.- Extinción del contrato

El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:

(...)

h) Vencimiento del plazo del contrato.

La resolución arbitraria o injustificada del Contrato Administrativo de Servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (3). (...)

Debemos señalar que dicho artículo prevé aquella situación donde, al existir un contrato vigente entre las partes, se ha producido una resolución que impide el cumplimiento del plazo pactado y que, al haberse probado que esta resolución ha sido arbitraria o injustificada, se genera el derecho al pago de una indemnización a favor del trabajador, equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, situación que no se cumple en el caso de autos.

7. En efecto, con los contratos administrativos de servicios obrantes de folios 2 a 17, queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado, que culminó al vencer el plazo del último contrato suscrito con la demandada. Por ello, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal “h” del numeral 13.1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.
8. Por lo tanto, el vínculo laboral de la demandante se extinguió como consecuencia del vencimiento del plazo establecido en el contrato administrativo de servicios suscrito con la emplazada y no por una resolución arbitraria, injustificada o unilateral que impidiera el cumplimiento del plazo contractual que alude el citado artículo.
9. Asimismo, no compartimos lo afirmado en el fundamento 31 de la sentencia cuando dice: “la única razón para haber cesado a la actora fue haber cometido una falta grave o que la necesidad institucional que cubría se haya extinguido. Pero, ninguno de estos supuestos se ha acreditado”. Como hemos dicho, y se aprecia de autos, la actora no fue objeto de un despido, sino que, como alega la propia demandante, al vencerse el plazo establecido en su último contrato suscrito con la entidad, este no fue renovado. Por lo tanto, la entidad no debía acreditar la existencia de una falta grave o la desaparición de la necesidad institucional, pues el contrato se hallaba extinto en virtud de la ley, y porque ello significaría una restricción a su potestad para dejar de renovar los contratos administrativos de servicios.

Por estas consideraciones, votamos por declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES Y RAMOS NUÑEZ

Con el debido respeto por nuestros colegas magistrados, nos apartamos de lo resuelto en la ponencia en mayoría por las siguientes consideraciones:

Delimitación del petitorio

1. La actora solicita que se ordene su reincorporación en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas de la emplazada bajo el régimen de la contratación administrativa de servicios. Alega que prestó servicios bajo el régimen del Decreto Legislativo 1057 hasta noviembre del 2011, mes en el que comunicó su estado de embarazo a través de un certificado de descanso médico mediante el cual solicitaba licencia por encontrarse con amenaza de aborto; hasta que se decidió no renovar su contrato, por lo que considera ha sido víctima de tratos discriminatorios por su estado de embarazo.

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, y con calidad de precedente, este Tribunal en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional señaló lo siguiente:
 12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada “igualmente satisfactoria”: una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); situación también predicable cuanto existe un proceso ordinario considerado como

“vía igualmente satisfactoria” desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

[...]

16. Esta evaluación debe ser realizada por el Juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resuelta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).

3. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la *relevancia del derecho*. En efecto, conforme se ha señalado, la demandante alega que fue discriminada en el ámbito laboral, por su condición de madre gestante. Por tanto, toda vez que el artículo 23 de la Constitución establece una especial protección por parte del Estado de la madre trabajadora, el proceso de amparo es el idóneo para resolver la controversia de autos.
4. Asimismo, cabe recordar que las mujeres madres en el ámbito laboral, constituyen un grupo de especial vulnerabilidad que requiere protección especial por parte del Estado. Como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 4):

(...) el deber del Estado, en general (y de las cortes o tribunales constitucionales, en particular), es mayor con respecto a las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad o desventaja. En lo que concierne al caso de autos, la Constitución prevé expresamente que el Estado protege a la familia, y considera a los niños y las madres como sujetos merecedores de una especial protección (artículo 4). Inclusive, señala expresamente que el Estado “protege especialmente a la madre (...) que trabaja” (artículo 23).

La participación de las mujeres en el sector público

5. De acuerdo a SERVIR, en el año 2017 el sector público contaba con alrededor de 1 millón 422 mil servidores, de los cuales 47% eran mujeres.¹ La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó de 43% a 47% durante el periodo 2004-2017. Hoy, en el sector público, prácticamente 5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada 10 en el sector privado formal.²
6. Como dato adicional, la participación de las mujeres en el empleo público según régimen laboral se divide en el siguiente esquema: i) un 30% de las servidoras públicas están empleadas en los regímenes de carreras especiales (diplomáticos, docentes, profesores, médicos, etc); ii) un 21% se encuentra empleada bajo el régimen establecido por el Decreto Legislativo 276; iii) mientras que el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) rige al 20% de servidoras públicas; entre otros.³
7. Frente a esta realidad del empleo público donde existe un porcentaje considerable de servidoras públicas, tanto el legislador como los operadores jurídicos no pueden desconocer la particular situación que presentan las mujeres en el ámbito laboral. En particular, el presente caso advierte una situación recurrente en la Administración pública, referida a la situación que presentan las servidoras públicas gestantes y que son madres, frente a actitudes y conductas discriminatorias por parte de algunos empleadores. Y es que, como lo ha señalado la Oficina Internacional del Trabajo, la situación de embarazo de mujeres en edad reproductiva constituye una de las manifestaciones más frecuentes de la discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral.⁴
8. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se vieron reflejadas en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del XIX y comienzos del siglo XX fue la de prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones, no solo por razones de maternidad o la presunta menor fuerza física de la mujer sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos “preparada” que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.

1 SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de enero de 2019).

2 SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: <https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf> (consultado el 21 de enero de 2019).

3 SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 10. Disponible en: <https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf> (consultado el 21 de enero de 2019).

4 OIT. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios. No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad. p. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220030.pdf

9. En esa medida, la legislación laboral enfatizó el rol de la mujer en el hogar como esposa y madre desincentivando, a su vez, la contratación de mujeres fuera del hogar. Ello se vio reflejado inclusive en los primeros instrumentos internacionales adoptados sobre la materia. Sin embargo, en el marco del Estado Constitucional presidido por el principio de igualdad y no discriminación, se debe garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, también en el ámbito laboral. Ello exige tomar en consideración situaciones objetivas especiales como la maternidad, que evidentemente ameritan una protección distinta (reforzada).
10. Específicamente, sobre la situación de la maternidad, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que dicha situación exige la adopción de medidas especiales para garantizar el desarrollo de la mujer en el ámbito laboral:

(...) la protección de la maternidad, plasmada en la prohibición del despido y la concesión de un descanso antes y después de la fecha del parto, es un imperativo permanente. En la práctica, no obstante, la maternidad sigue siendo un factor de discriminación cuando se la tiene en cuenta directa o indirectamente a la hora de la contratación o para poner término a la relación de trabajo. La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginadas del mercado de trabajo.
11. Es bajo este nuevo enfoque que la normativa internacional y nacional vigente brinda una protección especial a la maternidad en el ámbito laboral a través de diversos instrumentos internacionales, como se analizará a continuación.

La protección de la maternidad en el trabajo en la Constitución Política de 1993

12. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.
13. En ese sentido, el artículo 2 inciso 2 establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. De ello se desprende que “(...) *Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*”. Igualmente, el artículo 26 inciso 1 de la Constitución establece que en la relación laboral se respeta el principio de “*Igualdad de oportunidades sin discriminación*”.
14. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC desarrolló el contenido del principio de igualdad en el ámbito laboral:

35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC 008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo

relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

36. La discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.

15. En ese entendido, queda claro que el despido de las trabajadoras atendiendo a su condición de madres o por situaciones vinculadas con el ejercicio de la maternidad (como es el caso de la lactancia) configuran una vulneración al principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.
16. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución señala lo siguiente: *“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, **el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)**”*.
17. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC ha señalado lo siguiente:

15. (...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

18. Asimismo, se puede observar también que el propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la “licencia por maternidad” y el “permiso por lactancia” para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.
19. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y salud de las mujeres y el derecho a la salud del niño o niña; sino que, además, no exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales, es decir una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.
20. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado para las mujeres, sino que además han sido sujetas a discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).
21. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).
22. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.
23. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que “la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la

orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).

24. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que “nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole”. De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que “[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]” (Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).
25. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.
26. De lo señalado en los fundamentos *supra*, este Tribunal es consciente que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados.
27. En este sentido, a este Tribunal no le queda duda que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución que consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren.

Despido nulo por razones de discriminación por el sexo en el caso del régimen CAS

28. El artículo 6 inciso g del Decreto Legislativo 1057 establece el derecho de los trabajadores del régimen CAS de poder solicitar licencias con goce de haber por maternidad,

paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales. Asimismo, el inciso k del mismo artículo señala lo siguiente:

“Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico **o licencia pre y post natal**, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSA-LUD y la remuneración mensual del trabajador” [énfasis agregado].

29. De manera complementaria, el artículo 8-A, inciso 1, del Reglamento del Decreto Legislativo 1057 (aprobado por DS 075-2008-PCM) señala lo siguiente:

8.A.1. La madre trabajadora sujeta al régimen del Decreto Legislativo N° 1057, al término del período post natal, **tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo cumpla un año de edad**, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 27240 - Ley que otorga permiso por lactancia materna [énfasis agregado].

30. En ese sentido, el régimen CAS ya reconoce beneficios a las trabajadoras que se encuentran en situación de maternidad. Por ende, si bien se trata de un régimen laboral transitorio y de carácter temporal, ello no impide que las trabajadoras sujetas al mismo gocen de los derechos fundamentales inherentes a su condición de madres, los que, como hemos visto, tienen protección constitucional.

31. Al respecto, cabe señalar que en la sentencia del Expediente 00976-2001-PA/TC (fundamento 15.a), el Tribunal Constitucional señaló que el despido nulo sucede –entre otros supuestos– cuando:

- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su **sexo**, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide a la trabajadora por su **estado de embarazo** (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).

32. Ahora bien, en el régimen del CAS, en principio no podría producirse un despido nulo, porque se ha entendido que este está restringido al régimen de la actividad laboral privada pues así ha sido regulado en el D.L. 728; a diferencia del D.L. 1057 en el que los trabajadores están sujetos a una contratación temporal.

33. Sin embargo, la posibilidad de que pueda producirse un despido nulo en el régimen CAS debe ser reinterpretada de forma tal que se ajuste a la obligación que deriva de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 23, en lo referido a la especial protección de la mujer trabajadora en situación de maternidad.

34. En consecuencia, y con la finalidad de brindar una protección reforzada a la madre en el ámbito laboral, el despido de una trabajadora del régimen CAS deberá ser considerado

como un **despido nulo** con las consecuencias que el Tribunal le ha reconocido en su jurisprudencia, cuando este tenga como causa el estado o ejercicio de su maternidad o de razones vinculadas a ella.

35. Consideramos que, en estos casos, debido a la dificultad que implica poder demostrar que un despido ha tenido como causa el estado de maternidad o las consecuencias de este, deberá operar la presunción de que el despido ha tenido como razón dicho estado si es que la trabajadora, previamente, puso en conocimiento a la entidad empleadora y acreditó que se encontraba en dicho estado.
36. Así pues, tras haber tomado conocimiento de la situación de embarazo, las trabajadoras del régimen CAS tendrán protección contra el despido en los términos señalados, en conformidad con el mandato contenido en el artículo 23 de la Constitución.
37. Ahora bien, no se puede obviar que el despido no es la única forma de terminar una relación laboral en el régimen del D.L. 1057, pues esta situación también se puede materializar con la no renovación del contrato. Por lo que, esta protección reforzada para la madre trabajadora, deberá extenderse también a los casos en los que se presente la renovación del contrato administrativo de servicios. De lo contrario esta protección perdería eficacia.
38. Asimismo, conforme a lo señalado en los fundamentos 28 a 31 del presente voto, esta protección debe también cubrir el periodo de lactancia, el que, como se analizó precedentemente, por mandato legal es hasta que el hijo/a haya cumplido un año.
39. De no ser así, existiría una lectura contradictoria de las disposiciones del régimen CAS con la Constitución: por un lado, se garantizaría que las trabajadoras puedan ejercer derechos vinculados con su condición biológica de madres, pero, por otro lado, se dejaría a merced del empleador poder prescindir de los servicios de las trabajadoras, en puridad, por los costos que pudieran generar el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad.
40. Si bien es cierto que, el Decreto Legislativo 1057 no restringe la potestad del empleador para dejar de renovar los contratos administrativos de servicios, también es cierto que, en el caso de las madres trabajadoras, esta situación puede ser gravemente negativa y colisiona con disposiciones constitucionales (artículos 2.2, 23 y 26 inciso 1) cuando la falta de renovación esté vinculada únicamente al estado de maternidad de la trabajadora.
41. Ahora bien, esto no implica en absoluto que los empleadores no puedan terminar una relación laboral en el régimen CAS a una mujer en estado de maternidad, sino que tendrán la carga de demostrar que la falta de renovación del contrato o el despido ha tenido una causa justa.
42. Por otro lado, si bien este Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del régimen CAS de manera abstracta y general (Exp. 0002-2010-PI/TC), ello no quiere

decir que la aplicación de dicha norma al caso concreto no pueda ser inconstitucional. Como ya se señaló anteriormente (STC. Exp. 0014-2014-PI y otros, fundamento 144):

(...) Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional ***procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que a posteriori se presente la posibilidad de que tal inconstitucionalidad pueda producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos*** [énfasis agregado]

43. De tal manera que, entre resguardar la potestad del empleador de no renovar el contrato administrativo de servicios vencido por plazo contractual a pesar de la necesidad del servicio; y asegurar la defensa del derecho de las madres trabajadoras; esto es, entre la garantía de la libre contratación y el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho al trabajo, este supremo órgano, en este contexto de protección especial, debe satisfacer en mayor medida el segundo.
44. Cabe precisar además que este Tribunal Constitucional ya ha reconocido la posibilidad de sancionar despidos nulos en el régimen CAS en la sentencia recaída en el Expediente 07792-2013-PA/TC (en aquella ocasión el Tribunal entendió que el despido por no renovación de un trabajador por razones antisindicales era nulo, a pesar de haber trabajado bajo el régimen CAS).

Análisis de la controversia

45. La recurrente alega que fue contratada por la SUNASA bajo el régimen CAS desde el 09 de abril del 2009 para laborar en la Oficina de Asuntos Jurídicos hasta el 31 de diciembre del 2010 como abogada especialista en temas de Derecho de Contrataciones del Estado, legislación CAS, normas presupuestales y otras normas del sector salud. Asimismo, sostiene que posteriormente fue contratada por SUNASA desde el 03 de enero del 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 como abogada de la Oficina de Administración y Finanzas, para asesorar en temas de Contrataciones del Estado, en temas laborales, asesorando a las áreas de Logística, Contabilidad, Tesorería y Personal que comprende la Oficina General de Administración.
46. Al respecto, conforme a lo afirmado por la propia demandante en la demanda y los contratos que obran a folios 2 a 17 queda demostrado que la actora laboró a plazo determinado, bajo el régimen de Decreto Legislativo 1057 en SUNASA (Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud), en los siguientes periodos:
 - a) Desde el 01 de marzo de 2009 al 30 de setiembre de 2009. (C.A.S. N° 012-2009-SEPS/OAF)
 - b) Desde el 01 de octubre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009. (Primera adenda de prórroga al C.A.S. N° 012-2009-SEPS/OAF)

- c) Desde el 01 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010. (Adenda de renovación al C.A.S. N° 012-2009-SEPS/OAF)
 - d) Desde el 03 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011. (C.A.S. N° 046-2010-SUNASA/OAF)
47. La demandante sostiene que no le renovaron el contrato debido a su estado de embarazo, por lo que considera que ha sido víctima de un despido discriminatorio. Al respecto, la entidad demandada ha señalado que esto no es cierto pues, por un lado, nunca tuvo conocimiento del estado de embarazo, sino solo de un descanso médico. Por otro lado, señala que la no renovación del contrato no tuvo como causa su estado de embarazo pues esta obedeció a motivos de “restricción presupuestal”.
48. Sobre lo primero, en autos obra un certificado médico que fue recepcionado con fecha cierta el 23 de noviembre de 2011 (foja 18); que consignaba “Que la paciente Ruth Muñoz Santibáñez con gestación de 11 semanas, presentó amenaza de parto por lo cual, siguen descanso médico por 03 días (desde el 20/10/11 al 22/11/11)” (sic). En este sentido, el primer argumento de la demandada queda desvirtuado en tanto, en virtud de este certificado le concedió descanso; por lo que no puede alegar que no tuvo conocimiento del estado de embarazo de la demandante.
49. Sobre lo segundo, obran los informes 1121-2011/OGA y 0325-2011-OGPP (ffs. 31 y 32) mediante los cuales, órganos internos de SUNASA ponían en conocimiento del Secretario General que existía disponibilidad presupuestaria para suscribir adendas para el personal CAS en el año 2012; esto desvirtúa lo alegado por la demandada.
50. De este modo, se puede observar que la entidad demandada no ha podido demostrar que la no renovación del contrato de la demandante, que estaba embarazada cuando sucedieron los hechos, haya obedecido a causa diferente de su estado de embarazo; en este sentido, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.
51. Por lo expuesto en los fundamentos previos, somos de la opinión que se debería declarar **FUNDADA** la demanda en tanto la demandante fue víctima de un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo; y, por consiguiente, de acuerdo a la desarrollado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre la gravedad del despido nulo y las consecuencias que este acarrea, debe ordenarse la reposición de la demandante en el cargo en que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos o en uno de igual o similar nivel.

Del estado actual de la protección de las mujeres en estado de maternidad

52. A pesar de haber emitido nuestro voto respecto de la resolución del caso, consideramos pertinente hacer un repaso del estado actual en el que se encuentra la protección de las madres en el ámbito laboral en el Perú.

53. Además de lo ya señalado *supra* referido a la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, a la fecha existen diversos instrumentos a nivel internacional, así como en la legislación nacional en materia de derechos laborales de las madres.
54. El artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁵ aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, señala expresamente que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.
55. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

56. Además, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen que:

Artículo 1

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)

Artículo 24

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

57. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ en su artículo 10 inciso 2, reconoce esta especial protección ya en el ámbito laboral:

(...) Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, ***a las madres que***

5 Suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.

6 Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley N° 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, se depositó el 28 de abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978.

trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social [énfasis agregado].

58. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷ parte en su artículo 1 de definir la expresión “*discriminación contra la mujer*” como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.
59. Mientras que en su artículo 11 inciso 2, dicho tratado establece disposiciones específicas dirigidas a proteger la situación de maternidad de las mujeres en el ámbito laboral, entre los que se encuentra la prohibición de despido por razones de embarazo:
- (...) A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
- a) ***Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad*** y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
 - b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales
 - c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
 - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [énfasis agregado].
60. De otro lado, desde 1919 la OIT ha adoptado tres convenios relativos a la protección de la maternidad (el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad de 1956 y el Convenio núm. 183 sobre la protección a la maternidad del 2000). Al respecto, cabe señalar que la discriminación de la mujer a causa de su maternidad existe en relación tanto con la terminación del empleo como con el acceso al mismo. Por tanto, las medidas destinadas

⁷ Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa N° 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982, se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.

a salvaguardar el empleo de las trabajadoras embarazadas y a combatir la discriminación basada en la maternidad forman parte integrante de la protección de la maternidad. Los convenios OIT se han hecho cada vez más exhaustivos en cuanto a la amplitud de la protección que debe ofrecerse.⁸ En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

(...) La protección de la maternidad, cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919, cuando los Estados Miembros adoptaron el Convenio núm. 3, es crucial para promover los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias, en todas partes. El alcance de la protección de la maternidad, y los derechos anejos, han ido ampliándose con el tiempo, en el Convenio núm. 103, adoptado en 1952, y en el Convenio núm. 183, adoptado en 2000. Junto con las Recomendaciones correspondientes, núm. 95, en 1952, y núm. 191 en 2000, los instrumentos tienen por objeto preservar la salud de la madre y del recién nacido, y proporcionar seguridad en el empleo, en especial, protección contra el despido y la discriminación, y preservar el salario y las prestaciones durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al trabajo después del parto. Así pues, se trata de que la mujer pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo, y de prevenir la desigualdad de trato en el empleo a causa de la capacidad de alumbramiento de la mujer.

61. Ello evidencia la importancia que tiene el tema para dicho organismo supranacional. Ahora bien, dado que el Convenio 183 establece los criterios actualizados referidos a la protección de la maternidad en el ámbito laboral (en tanto revisa las disposiciones del Convenio 103), en aras de concretizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, este Tribunal Constitucional procederá a analizar el mismo en detalle.

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

62. El mencionado Convenio de la OIT fue aprobado por esta organización el 30 de mayo del 2000 y ratificado por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 012-2016-ER, publicado en el diario oficial “*El Peruano*” el 24 de febrero de 2016. Al respecto, cabe señalar que es la primera vez que un convenio de la OIT exhorta a los Estados miembros a que adopten las medidas apropiadas para impedir la discriminación en el empleo, en concreto por razones de maternidad, incluido el acceso al empleo.
63. El Convenio 183 OIT tiene por objetivo garantizar la igualdad de oportunidades para todas las madres trabajadoras. En esa medida, parte de señalar en su artículo 2 que sus disposiciones se aplican a “(...) *todas las mujeres empleadas, inclusive las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente*”. Aunque existe la posibilidad de que, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores

8 OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. p. 67.

interesadas, se pueda excluir a determinadas categorías de trabajadoras de los efectos de la citada convención, con la condición de que esta excepción sea transitoria, además de aplicar de manera progresiva y paulatina los beneficios contemplados en la misma a todas las madres trabajadoras.

64. Asimismo, los derechos que este tratado internacional confiere a las madres trabajadoras son los siguientes:

- a) *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: destinado a proteger no solo a las mujeres embarazadas sino también a las que están en proceso de lactancia frente a trabajos considerados peligrosos.
- b) *Licencia de maternidad (artículo 4)*: con una duración mínima de 14 semanas, de las cuales al menos 6 semanas se otorgarán con posterioridad al parto.
- c) *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: a partir de un certificado médico se deberá otorgar una licencia, antes o después del de maternidad, en caso de enfermedad, complicaciones o riesgo de las mismas como consecuencia del embarazo o parto.
- d) *Prestaciones pecuniarias y médicas (artículo 6)*: la primera se refiere al tiempo de duración de la licencia de la maternidad, a fin de garantizar a la madre y al hijo un nivel de vida y salud adecuados; mientras que la segunda se refiere a la asistencia prenatal, durante el parto y postnatal, incluida la hospitalización.
- e) *Protección del empleo y no discriminación (artículos 8 y 9)*: se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, con licencia por maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo hasta por un plazo que determine cada Estado, además de imponer al empleador la carga de la prueba de que el despido realizado en estas condiciones no está relacionado con el embarazo y sus consecuencias. Adicionalmente, se exige a los Estados a que garanticen que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, incluyendo el acceso al empleo.
- f) *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho de interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de esta, a efectos de alimentar a su hijo.

65. Es particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 8, donde se establece lo siguiente:

1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.
66. El artículo en mención establece la prohibición al empleador de despedir a una mujer trabajadora en tres supuestos claramente delimitados, relacionados con el ejercicio de la maternidad:
 - a) Cuando esté embarazada.
 - b) Durante el goce de su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones, o
 - c) Después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional.
67. Ello no quiere decir, claro está, que la mujer trabajadora que esté en las situaciones señaladas precedentemente no pueda ser finalmente despedida. Y es que el artículo en mención es claro al señalar que es posible que se produzca el despido siempre y cuando éste ocurra por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Al respecto, y de acuerdo a la legislación comparada, los casos en los que se puede invocar de manera legítima el despido, aun dentro del periodo de protección que establece el Convenio 183 son, a modo de ejemplo, los siguientes: a) falta grave, negligencia grave o infracción de la disciplina laboral; b) ingreso en prisión; c) trabajo para otra empresa durante el periodo de licencia; etc.⁹
68. Adicionalmente, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad (artículo 8.2 del Convenio 183 OIT).
69. Cabe señalar que el Convenio 183 de la OIT ha sido ratificado por el Perú con la Resolución Legislativa N° 30312 con fecha 21 de marzo de 2015 por lo que sus disposiciones surten todos sus efectos de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la Constitución que establece que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”* y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*, no queda sino convenir en que los contenidos anteriormente señalados resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

9 OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Segunda Edición. 2010, p. 75.

70. En este sentido, a partir de esta fecha las reglas que se señalan en este tratado, referidos al despido de mujeres embarazadas, y que están en armonía con el artículo 23 de la Constitución deben ser tomadas en cuenta por todos los operadores tanto en el ámbito público como privado.
71. Por otro lado, en el ámbito nacional, cabe resaltar que el legislador se ha dado cuenta de la especial protección que merece la madre en el ámbito laboral, conforme al artículo 23 de la Constitución, como consecuencia ha aprobado diversas normas de rango infraconstitucional efectivizando este mandato de protección.
72. El artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS. 003-97-TR), modificado por el artículo 1 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre 2015 señala que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuestos:

(...) e.- El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

73. Por su parte, la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 27 de diciembre de 2017, señala en su artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia

Queda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en **período de lactancia** en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad [énfasis agregado].

74. Como se advierte, esta última ley complementa lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 138 OIT, en el sentido de que la protección reforzada para las madres trabajadoras se extiende hasta el periodo de lactancia el cual, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 27240, es hasta que su hijo o hija cumpla 1 año.¹⁰ Este Tribunal considera que

10 Artículo 1.- Del objeto de la Ley

1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser

el periodo de lactancia constituye una manifestación del ejercicio de la maternidad, lo que explica que tanto la Constitución como la ley brinden medidas afirmativas especiales a las trabajadoras que presenten dicha situación.

75. Cabe recordar, como lo señaló este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 70), que el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.
76. De forma resumida, desde la entrada en vigencia del Convenio 183 en el Perú y asimismo, con la publicación de la Ley 30709, estas serán las reglas que deberán regir cuando se alegue la vulneración de los derechos de una madre en el trabajo, independientemente del régimen en el que se encuentren:
- a) El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre.
 - b) Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia.
 - c) Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad.

SS.
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ

fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.

1.2 La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente.

1.3 El derecho que por la presente Ley se otorga no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
OPINANDO POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA,
POR VULNERARSE EL DERECHO AL TRABAJO DE LA RECURRENTE**

Discrepo, respetuosamente, de la sentencia que ha optado por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, por cuanto considero que la demanda es **FUNDADA**, en virtud de los argumentos que a continuación paso a exponer:

1. La demanda de amparo de autos tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido nulo, dado que dicho acontecimiento se habría producido por su condición de gestante.
2. La recurrente alega que laboró para la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Sunasa), desde el 9 de abril de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011 de manera ininterrumpida, como personal sujeto a contrato administrativo de servicios (CAS).
3. Refiere que comunicó a la emplazada su estado de gravedad, mediante un certificado médico en el cual se detallaba su diagnóstico de embarazo, el mismo que fue recepcionado por la Sunasa en fecha cierta, el 23 de noviembre de 2011, lo cual motivó que la emplazada mediante el documento de no renovación del contrato administrativo de servicios (Memorándum 00779-2011-SLINASA/OGA, del 16 de diciembre de 2011) le comunicó que no se le renovarían su contrato por motivos de “restricción presupuestal”.
4. Al respecto, este Tribunal en reiterada jurisprudencia, interpretando lo establecido en los artículos 2, inciso 2, y 4 la Constitución, ha dejado sentado que nuestro ordenamiento constitucional contempla una tutela reforzada en favor de las mujeres gestantes en el ámbito laboral, la cual, entre otros aspectos, exige brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y lactancia; garantía que se extiende a toda trabajadora del sector público o del sector privado que se encuentre en tal situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca, pues la Constitución, en tanto norma suprema del Estado, irradia sus efectos normativos a todos los espacios de interacción laboral, sin excepción alguna.
5. Esta tutela ha sido recogida por la Ley 30709, publicada el 27 de diciembre de 2017, en el diario oficial “El Peruano”, la misma que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6 establece lo siguiente:

Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el periodo de lactancia

Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.

6. En dicho sentido, si bien la citada normativa ha sido expedida con posterioridad a los hechos ocurridos, considero que la prohibición de despido y no renovación de contrato, por motivos vinculados con la condición del embarazo se encuentra cimentada en lo establecido por nuestra Constitución en su artículo 2, inciso 2, que prohíbe la discriminación por razón de sexo.
7. Ahora bien, conforme se advierte de autos y lo señala la propia sentencia de mayoría, en el presente caso la entidad emplazada no ha cumplido con acreditar que la no renovación del contrato laboral de la recurrente se debió a alguna falta grave cometida por esta o el que se debió fenecimiento de la necesidad institucional respecto de los servicios que prestaba.
8. De otro lado, durante el proceso se ha demostrado que la justificación que alegó la emplazada para no renovar el contrato de la demandante –falta de presupuesto–, carece de sustento alguno, pues, conforme lo señalaron la Oficina General de Administración y la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de la entidad, en los informes internos 01121-2011/OGA y 00325-2011-OGPP, de fechas 15 y 16 de diciembre de 2011 (f. 31 y 32), respectivamente, existía disponibilidad presupuestaria para suscribir adendas en los contratos con el personal CAS para el año 2012; evidenciando ello, que la demandada no renovó el contrato de la actora únicamente por razones vinculadas a su estado de gravidez, circunstancia que conlleva a concluir que se produjo un despido nulo.
9. Por ello, considero que en el presente caso se debe tutelar los derechos al trabajo y a la igualdad, así como el derecho a no ser discriminado, por lo que correspondería disponer la reposición laboral de la recurrente en protección de su derecho de continuar percibiendo sus remuneraciones durante el periodo de gestación y el año de lactancia, pero como este ha vencido con notable exceso, tal reposición laboral ya no cabe, por lo que el daño se ha tornado en irreparable.
10. Dada la situación descrita, en armonía con lo establecido en el último párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, al haberse acreditado que el despido del que fue víctima la recurrente resultó nulo, considero que debe declararse fundada su demanda, para que situaciones semejantes no se repitan exhortándose a la emplazada a no incurrir nuevamente en este tipo de conductas arbitrarias y lesivas de los derechos fundamentales de sus trabajadores.
11. Finalmente, y en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional corresponde condenar al pago de costos procesales a la parte emplazada y dejar a salvo el derecho de la recurrente de acudir a la vía correspondiente, a fin de solicitar

el pago de la indemnización por los beneficios laborales que dejó de percibir y por los daños sufridos como consecuencia del despido nulo producido en su contra.

Sentido de mi voto

Mi voto es por declarar **FUNDADA** en parte la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo, correspondiendo, además, condenar a la emplazada al pago de costos; e **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la reposición de la demandante, **EXHORTANDO** a la emplazada a que, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en conductas similares a las que motivaron el presente proceso.

S.

BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 676/2020
EXP. N.º 01739-2018-PA/TC
LIMA

ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 3 de noviembre de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que da origen al Expediente 01739-2018-PA/TC.

La votación arrojó el siguiente resultado:

- Los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
- Los magistrados Ledesma, Ramos (ponente) y Espinosa-Saldaña votaron, en minoría, por declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

Estando a la votación mencionada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece, entre otros aspectos, que el Tribunal Constitucional, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza los votos antes referidos, y que los señores magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA¹

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular.

Ante todo, quiero dejar claro que no tengo conflicto alguno con las personas homosexuales. He conocido a muchas de ellas y tengo amigos que lo son y frecuento –siguiendo las costumbres que nos inculcó mi padre en casa–, algunos de los cuales prestaron importantes servicios al país.

Desde esta perspectiva, soy el primero en defender que los homosexuales sean tratados con el respeto que merecemos todos los seres humanos, que no sean juzgados por su orientación sexual y estén exentos de todo tipo de discriminación.

Dicho lo anterior, paso a emitir mi opinión sobre la ponencia.

Las razones de ésta para ordenar la inscripción del matrimonio del demandante se encuentran en su fundamento 131 y son dos:

- 1) El RENIEC ha realizado un trato discriminatorio al denegar la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero.
- 2) La Corte Interamericana de Derechos Humanos «ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos».

Pasaré a demostrar que ambas conclusiones no son correctas. Empezaré por el análisis de qué es el matrimonio en el Derecho.

Como todo en el campo jurídico, la realidad antecede al Derecho. Así, hay un fenómeno social y humano que consiste en la unión estable entre un hombre y una mujer, y que recibe el nombre de matrimonio.

¹ Este voto singular fue elaborado en base a la ponencia del magistrado Ramos Núñez, que me remitió el 26 de octubre del presente año. Cuando mi voto singular ya se encontraba en poder del Secretario Relator del Tribunal Constitucional, he recibido un voto que lleva por título: «Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez», de forma que la ponencia del magistrado Ramos, sobre la que redacté mi voto, ha pasado a ser un voto singular conjunto con la magistrada Ledesma. En razón de ello, cuando en el presente voto singular haga mención a la «ponencia» o al «ponente», me estaré refiriendo al «Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez», debido a que los votos singulares se formulan y se entienden en relación a una ponencia, no a otros votos singulares.

El término matrimonio es la palabra que designa este tipo de unión heterosexual. Lo primero es, pues, «la existencia de uniones estables y comprometidas entre los hombres y las mujeres, y esas uniones son las que reciben el nombre de matrimonio, y las que el Derecho se encarga de regular. No es primero el término, la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho dan el contenido que parece conveniente, sino que primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer), y después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes»².

Entonces, matrimonio es la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino un fenómeno humano y social diferente –respetable, por cierto–, por la misma razón que una compraventa sin precio ya no es compraventa sino donación. Y decir que una donación no es una compraventa no es nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades substancialmente distintas, acreedoras de un tratamiento jurídico diferenciado³.

Plantear que una unión homosexual es matrimonio es como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos. Y afirmar que son realidades distintas no es decir nada malo de las uniones entre personas del mismo sexo, sino simplemente diferenciarlas de otro tipo de uniones (la de las personas de diferente sexo) que son, efectivamente, distintas y las que producen el crecimiento de la población mundial, y el mantenimiento de ella.

La realidad consistente en la unión estable y comprometida entre hombre y mujer, a la que el Derecho llama matrimonio, no responde, pues, a un concepto religioso que una mayoría confesional quisiera imponer a los demás (como refiere la ponencia en sus fundamentos 102 a 106).

La heterosexualidad del matrimonio es una constante a lo largo de toda la historia sociojurídica, como se evidencia desde el Derecho romano precristiano. Conocida es, al respecto, la definición que ofrece Modestino, contenida en el *Digesto* (23.2.1):

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae (...) (el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de vida...⁴).

Por ello, con acierto, el juez John Roberts, actual Presidente de la Corte Suprema norteamericana, en su voto disidente en la sentencia del caso Obergefell del 2015, dijo que la «definición universal del matrimonio como la unión de un hombre y mujer no es una coincidencia histórica. El matrimonio no surgió como resultado de un movimiento político, descubrimiento, enfermedad, guerra, doctrina religiosa o cualquier otra fuerza motriz

2 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid 2007, p. 39.

3 Cfr. *Ibidem*, p. 41.

4 Traducción de D'ORS, Álvaro *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. II, Pamplona 1972.

en la historia universal, y ciertamente no como resultado de una decisión prehistórica de excluir a los homosexuales»⁵.

Toca ahora preguntarnos, **¿por qué son diferentes la realidad del matrimonio heterosexual y la de la unión homosexual?** La más elemental diferencia es que, en el caso de las uniones heterosexuales, la complementariedad de los sexos permite que las relaciones sexuales entre hombre y mujer desemboquen en el nacimiento de nuevas personas (la descendencia conyugal), lo que dota a estas uniones de un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones que estructuralmente (no coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas. La relevancia social de estas últimas es, por ello, mucho más limitada.

En otras palabras, los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales. La transcendencia social de uno y otro fenómeno es, como resulta evidente, muy distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente.

Todo esto explica que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16.1, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, reconozcan al matrimonio como la unión de **un hombre y una mujer**, lo cual es soslayado por la ponencia.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice (artículo 16.1):

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia (...).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe (artículo 23.2):

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, señala:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...).

Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Chapin y Charpentier* contra Francia, de 2016. En consideración a un texto similar al que venimos de citar, contenido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶,

5 “This universal definition of marriage as the union of a man and a woman is no historical coincidence. Marriage did not come about as a result of a political movement, discovery, disease, war, religious doctrine, or any other moving force of world history-and certainly not as a result of a prehistoric decision to exclude gays and lesbians” (*Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S._[2015]. La traducción es nuestra).

6 *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 12: “**Derecho a contraer matrimonio.**- A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

ha dicho que el matrimonio es «la unión de un hombre y una mujer» y que ampliarlo a personas del mismo sexo no es una obligación que impone a los Estados el citado Convenio Europeo⁷.

A ello hay que añadir que la Constitución, según su Cuarta Disposición Final y Transitoria, debe ser interpretada de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, que establecen que el matrimonio es heterosexual, según hemos visto.

De lo señalado anteriormente podemos concluir que la Constitución, en su artículo 4, consagra el matrimonio heterosexual, en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

Siendo esto así, debe tenerse en cuenta la Convención de Derecho Internacional Privado (conocida como *Código Bustamante*), de la cual el Perú es parte. Ésta, en su artículo 4, estipula lo siguiente:

Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Por tanto, ha resuelto acertadamente el RENIEC cuando ha denegado la inscripción del matrimonio del demandante por considerar que, conforme a los artículos 2049 y 2050 del Código Civil, dicho matrimonio entre personas del mismo sexo es incompatible con el orden público internacional. En efecto, el Código Bustamante señala que «los preceptos constitucionales son de orden público internacional» y para nuestra Constitución el matrimonio es heterosexual, según hemos explicado.

El demandante acusa al RENIEC de discriminación. Como sabemos, la jurisprudencia de este Tribunal señala que «es presupuesto inexorable para ingresar a evaluar una eventual afectación del principio-derecho de igualdad, previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, que se proponga un término de comparación (*tertium comparationis*) válido»⁸, conforme al cual las dos situaciones que se comparan deben «compartir una esencial identidad»⁹.

Pues bien, el demandante no aporta un término de comparación válido, ya que compara dos situaciones distintas: su matrimonio (entre personas del mismo sexo) con los matrimonios heterosexuales, como son todos los inscritos en el registro civil del Perú.

Otra situación se daría si ya existiera inscrito en el registro civil peruano un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo y, pese a ello, se negara la inscripción del matrimonio del demandante. Aquí sí podría presentarse una discriminación, pero no es el caso.

7 *Affaire Chapin et Charpentier c. France*, 9 de septiembre de 2016, párr. 37.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0014-2007-PI/TC, fundamento 12.

9 Ídem.

Por cierto, esta sería la consecuencia de accederse al pedido del demandante: en adelante, tendría que ser inscrito en el RENIEC todo matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pues lo contrario sería discriminatorio. De esta forma, en la práctica, la ponencia estaría implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución.

Por lo demás, el RENIEC ha apoyado su decisión en una justificación razonable, como es que el matrimonio del demandante no es compatible con la Constitución y el orden público internacional conforme al Código Civil, por las razones que ya hemos expuesto.

Antes de cerrar este punto, quisiera decir que he visto con asombro que el ponente, pretendiendo hacer las veces de “legislador” y yendo en contra de la heterosexualidad del matrimonio consagrada en la Constitución, da una nueva definición de matrimonio. En efecto, la ponencia, desconociendo el artículo 234 del Código Civil¹⁰, que es una norma imperativa y de orden público, quita el requisito de la heterosexualidad y dice que el matrimonio es «la unión fundada en el amor de pareja (...)» (fundamento 100). Cabe precisar que el artículo 234 del Código Civil consagra los elementos estructurales esenciales del matrimonio como acto jurídico que son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

Toca ahora ocuparme de la segunda razón que da la ponencia para declarar fundada la demanda: la exhortación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a que los Estados incorporen uniones como las del demandante en sus respectivos ordenamientos.

Para la ponencia –como puede apreciarse en su fundamento 93– dicha exhortación estaría contenida en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.

Sin embargo, la propia ponencia reconoce, en su fundamento 117, que dicha Opinión no tiene carácter vinculante, más aún si no fue solicitada por el Perú. Pero dice también la ponencia que, en todo caso, es un pronunciamiento «de necesaria revisión» (fundamento 119).

El hecho que la ponencia señale que esa Opinión Consultiva carece de efectos vinculantes, me releva de mayores comentarios, pues, en efecto, es así.

Pero la ponencia afirma también que dicha Opinión es al menos un pronunciamiento «de necesaria revisión». Esto me lleva a revisarla para concluir que va frontalmente contra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ésta de modo expreso señala, en su artículo 17.2, que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y una mujer.

10 *Código Civil*, artículo 234: «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común».

Por lo expuesto, en aplicación de los artículos 5 (inciso 1) y 38 del Código Procesal Constitucional, la demanda es improcedente pues no está referida al contenido constitucionalmente protegido un derecho constitucional. Como hemos sustentado, la Constitución (artículo 4) consagra el matrimonio entre personas de diferente sexo, en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

Sin perjuicio de todo lo anterior, pienso que el Congreso de la República podría debatir una ley para personas que por diversas circunstancias vivan juntas, en asuntos legales propios de esa convivencia, como los bienes adquiridos dentro de ésta, contratos de seguros u otros similares, que no puedan ser cubiertos por la legislación ya existente.

Dicha ley debería ser lo más inclusiva posible y no restringida a personas del mismo sexo ni prohibida para parientes (por ejemplo, dos hermanas o dos hermanos que viven juntos y se apoyan mutuamente). Cualquier interesado debería tener acceso a los beneficios de esa ley.

Pero aquella es tarea que, según las reglas democráticas y del Estado de derecho a las que nos debemos, compete al Parlamento, donde están representados todos los ciudadanos y las tendencias políticas presentes en la sociedad.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

FERRERO COSTA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
MIRANDA CANALES**

Con el mayor respeto por mis colegas, emito el presente voto para expresar las razones que sustentan mi posición en el presente caso:

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENEC, de fecha 7 de marzo de 2012, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, a saber, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENEC, de fecha 18 de junio de 2012, y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENEC, de fecha 15 de agosto de 2012, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con un ciudadano mexicano.
2. Al respecto, el artículo 5,2 del Código Procesal Constitucional establece que “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 5. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, ...”. No obstante, la ponencia no realiza un análisis del cumplimiento de este requisito de procedibilidad.
3. Este Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas. En este sentido, al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma deberá ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, mi voto es por

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

MIRANDA CANALES

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI**

Mi voto en el presente caso es por declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo promovida por Oscar Ugarteche Galarza contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil (Reniec), sobre inscripción registral de matrimonio celebrado en la ciudad de México con don Fidel Aroche Reyes, por las siguientes consideraciones:

1. No existe un derecho constitucional en juego, porque la Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, al no existir dicho presupuesto, la demanda resulta improcedente en aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.
2. Ello es así porque la Constitución en una interpretación armónica o concordada de sus artículos 4 y 5, con su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que dispone que la Constitución se interpreta de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos; convención que en su artículo 17, al regular la protección a la familia, reconoce en su inciso 2) el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia. En tal sentido, hay un bloque convencional de interpretación que lleva a dicha conclusión.

3. La Constitución Política señala lo siguiente en sus artículos 4 y 5:

Artículo 4. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5. La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

4. A su turno, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución dispone:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

5. Por su parte, el artículo 17 de la Convención Americana señala lo siguiente:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. **La familia** es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
 2. **Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio** y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (el resaltado es mío).
6. Como es de verse, no hay referencia alguna en la Constitución ni en la CADH al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo ni habilitación alguna al respecto.
7. El artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos va en la misma línea, al reconocer el derecho a contraer matrimonio, en los siguientes términos:

Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

8. A esto se suma el Código Civil en su artículo 234 que establece que

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

9. Por lo demás, la Opinión Consultiva OC- 24/17, no es vinculante, como lo dice el juez Eduardo Vio Grossi en su voto individual emitido en la mencionada opinión consultiva, opinión emitida a petición de Costa Rica. Entonces, como opinión no obliga a los Estados, sino sería una decisión mandatoria y coercitiva, la cual se debería haberse traducido en una resolución.
10. No se trata pues, de un tratamiento peyorativo ni de discriminación frente a las personas del mismo sexo que se aman y deciden compartir un proyecto de vida merecen, las cuales merecen máximo respeto y consideración. Empero, ocurre que en el Perú no está consagrado el derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, para que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas, sin que la misma se denomine matrimonio, pudiendo llamarse, por ejemplo, unión civil o utilizarse otra denominación.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Lo que se discute en este proceso es si el Tribunal Constitucional debe ordenar a Reniec inscribir el matrimonio de Óscar Ugarteche con Fidel Aroche celebrado en Ciudad de México. En mi opinión, no debe hacerlo porque implicaría desconocer normas no solo del Código Civil sino también de la Constitución Política del Perú. Por lo pronto, El artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil, establece lo siguiente:

Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, *en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres* [énfasis añadido].

Por tanto, no todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú. El Código Civil fija un límite: solo deben serlo aquellos que son compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres. Ahora bien, según el artículo 4º del Código de Derecho Internacional Privado –conocido como Código Bustamante–, de 1928, suscrito por el Perú,

Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Aunque el matrimonio de Ugarteche con Aroche fue celebrado válidamente en Ciudad de México, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil sino también en la Constitución Política del Perú. Al ser esta noción un precepto constitucional, conforma el orden público internacional. Así, la pretensión de la demanda cae fuera del ámbito de reconocimiento del Derecho peruano.

El artículo 234 del Código Civil define al matrimonio en los términos siguientes:

El matrimonio es la *unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer* legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común [énfasis añadido].

Según esta definición, los elementos esenciales del matrimonio en el Perú son dos:

1. Ser una *unión voluntaria* –por tanto, en el Perú no puede reconocerse un matrimonio concertado entre los padres de los novios, como ocurre, por ejemplo, en la India; y,
2. Ser celebrado por *un varón* y una mujer –por tanto, en el Perú no puede reconocerse la poligamia, como en los países musulmanes, ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, como en Ciudad de México.

Esta noción de matrimonio está contenida también en la Constitución. El artículo 5 de la Constitución se refiere al concubinato en los términos siguientes:

La *unión* estable de *un varón* y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la *sociedad de gananciales* en cuanto sea aplicable [énfasis añadido].

No cabe duda de que la Constitución se refiere aquí al matrimonio de hecho, ya que la norma contiene todos sus elementos esenciales. Para empezar, utiliza el término *unión*, que es el mismo que emplea el Código Civil para definir al matrimonio. Añade luego que se trata de la que se da entre *un varón* y una mujer, tal como el Código Civil. Finalmente, señala que esta unión da lugar a la *sociedad de gananciales*, que es el régimen de propiedad de los bienes en el matrimonio, según el mismo Código Civil. Entonces, de acuerdo a la Constitución, *no* da lugar a la sociedad de gananciales la unión de un varón y otro varón, ni la de una mujer y otra mujer; tampoco, la unión de un varón y cuatro mujeres, como bajo la *sharia*, o al revés. Para que la unión de una pluralidad de personas de lugar a la sociedad de gananciales, estas han de ser solo dos y de sexo opuesto; han de ser *un varón y una mujer*. Por ello, Enrique Chirinos Soto –uno de los principales autores de la Constitución– comenta este artículo diciendo:

El concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre.

Es absurdo pensar, pues, que la Constitución reconoce y protege al concubinato y no al matrimonio. Por supuesto que lo hace, y muy enérgicamente. De hecho, el artículo 4 de la Constitución dice que:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia *y promueven el matrimonio*. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

En mi opinión, una lectura no sesgada de la Constitución hace evidente que ella contiene y protege la misma noción de matrimonio que el Código Civil. Sin embargo, si persistiera la inquietud respecto a la noción constitucional de matrimonio, cabe recordar que la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por el Perú, dice:

Se reconoce el derecho *del hombre y la mujer* a contraer matrimonio [énfasis añadido].

La Convención Americana no dice, pues, que contraer matrimonio es derecho de las personas; dice que es derecho *del hombre y la mujer*, es decir, de *dos* personas de *sexo opuesto*.

La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es indudable, entonces, que la Constitución –leída a la luz del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana– contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. Al tener rango constitucional, la noción de matrimonio –según el Código Bustamante– es parte integrante del orden público internacional. Por tanto, no puede reconocerse en el Perú un derecho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción.

La demanda alega que no reconocer el “matrimonio igualitario” vulnera el derecho a la igualdad del demandante. Sin embargo, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, debe ser leído conjuntamente con el artículo 5, que contiene la noción de matrimonio antes señalada. Definir una institución –o un concepto– implica, inevitablemente, delimitar su contenido. Pretender que la definición del matrimonio –o, para el caso, la de cualquier otra institución o concepto– no delimite su contenido implica vaciarla de este. El contenido de todo término, en efecto, está dado tanto por lo que queda dentro como por lo que queda fuera de su definición. Definir es delimitar.

Por otra parte, la demanda sustenta su pretensión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al absolver una consulta formulada por Costa Rica, el 2017, ordenó establecer el “matrimonio igualitario” en todos los países americanos. Soslaya que tal opinión fue solicitada por Costa Rica para resolver un caso puntual, referido al cambio de nombre de una persona, que involucraba su identidad de género. Costa Rica no le pidió a la Corte Interamericana que legislara sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica ni menos en todos los países del hemisferio —incluso en los que no han suscrito el Pacto de San José. Así lo hizo notar el voto singular del juez Eduardo Vio Grossi, que acompaña dicha opinión consultiva. Este dice que:

la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Parte de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta. (...) La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer.

Esta opinión consultiva de la Corte Interamericana, lanzada *urbi et orbi*, constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Tres años después de emitida, podemos constatar que ninguno de los treinticuatro países miembros de la Organización de Estados Americanos –a los que estaba dirigido su supuesto mandato– le ha hecho caso, salvo Ecuador, que es la excepción que confirma la regla. Ciertamente, algunos otros países americanos han reconocido el “matrimonio igualitario”, pero lo han hecho por decisión de sus órganos de gobierno, no en acatamiento del supuesto mandato de la Corte Interamericana. El Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó.

En realidad, esta opinión consultiva solo confirmó que el sistema interamericano de derechos humanos adolece de graves defectos estructurales. Los jueces de la Corte Interamericana

son elegidos por representantes de todos los países que han ratificado el Pacto de San José, así no se sometan a su competencia contenciosa; asimismo, los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son elegidos por todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos, así no hayan ratificado el Pacto de San José. Cuatro países no se someten a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, pero participan en la elección de sus jueces; asimismo, doce países no han ratificado el Pacto de San José, pero participan en la elección de los miembros de la Comisión Interamericana, encargada de acusar a los países ante la Corte Interamericana. A diferencia de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está integrado por cuarentisiete jueces, es decir, uno por cada país miembro del Consejo de Europa.

Al soslayar la relación de los jueces y de los miembros de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana con sus países de origen y enfatizar que son elegidos en base a su “alta autoridad moral”, la Convención Americana abona el terreno para la ideologización del sistema interamericano de derechos humanos. Por definición, la moral es problemática y los dilemas que trata de resolver no admiten soluciones únicas o finales. Siempre caben nuevas perspectivas para analizar los dilemas morales. En una perspectiva pluralista y tolerante, no existen *expertos morales*.

El Diccionario de la Real Academia Española dice que ideología es el:

Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.

Sin embargo, la ideología puede ser entendida también como mistificación de la realidad. Mistificar es:

tr. Engañar, embaucar.

tr. Falsear, falsificar, deformar.

El carácter ideológico de la opinión de la Corte Interamericana es el mismo que se trasluce en una declaración reciente del demandante al diario *La República*. Paladinamente, este dijo hace unos días:

A mí no me importa en qué dirección fallen [los magistrados del Tribunal Constitucional]¹¹.

Y añadió:

Quiero que se hagan personas de bien.

Para el demandante, decirle –como Reniec– que aquí no puede inscribirse su matrimonio con otro hombre, celebrado en la Ciudad México, porque no lo permiten las normas

11 “Oscar Ugarteche: ‘Doscientos años después de la independencia, el país se está desintegrando’”, *La República*, Lima, 18 de octubre de 2020: <https://larepublica.pe/domingo/2020/10/18/oscar-ugarteche-doscientos-anos-despues-de-la-independencia-el-pais-se-esta-desintegrando/>

legales y constitucionales peruanas, implica ser malvado. Este argumento no puede ser aceptado en un proceso de control constitucional. Nuestra Constitución propugna una sociedad abierta y democrática. Ningún Dueño de la Verdad ni Monopolista de la Virtud puede obligarnos a pensar de una manera o de otra. La sociedad peruana es una comunidad autónoma de hombres y mujeres libres, que estructuran su interacción por las normas que ellos mismos acuerdan a través de sus *representantes*. Tales normas pueden ser acertadas o desacertadas, conducentes o inconducentes, apropiadas o inapropiadas; sin embargo, en cualquier caso, deben ser respetadas por quienes vivimos aquí. Todo peruano tiene derecho a criticar las normas existentes y sugerir su reforma, pero debe hacerlo por los canales adecuados y de la forma pertinente, sin descalificar moralmente a quienes piensen distinto.

Años atrás, el Congreso debatió un proyecto de ley para introducir la unión civil entre personas del mismo sexo, pero fue archivado el 2015 por decisión de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora. Si ahora se quiere ir aún más lejos e incorporar el “matrimonio igualitario” al Derecho peruano, debe hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución. Esta propuesta debe ser votada en el Congreso de la República, integrado por 130 representantes directamente elegidos por el pueblo. Si la propuesta tiene más de 65 votos, debe hacerse luego un referéndum; si llega a tener 87 votos en el Congreso, puede obviarse el referéndum y someterse a una nueva votación en la legislatura siguiente. Si en esta segunda votación vuelva a obtener 87 votos o más –o si es aprobada en el referéndum–, el “matrimonio igualitario” debe ser reconocido y respetado por todos los peruanos.

Introducirlo por la ventana, a través de una resolución del Tribunal Constitucional, implicaría que los magistrados constitucionales usufructuemos y abusemos indebidamente del puesto que temporalmente ocupamos. Nosotros no estamos aquí para establecer lo que nos parece bueno o conveniente –menos todavía, a la hora undécima, cuando nuestros mandatos están ya vencidos desde hace un año y medio. Nosotros estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino solo para hacer cumplir la Constitución Política del Perú.

Por lo antes señalado, pienso que la demanda es **IMPROCEDENTE**, al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ Y DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ**

En sí, la homosexualidad está tan limitada como la heterosexualidad: lo ideal sería ser capaz de amar a una mujer o a un hombre, a cualquier ser humano, sin sentir miedo, inhibición u obligación.

Simone de Beauvoir

Elaboramos el presente voto porque no compartimos ni las razones ni la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas. De este modo, y a fin de sustentar que la presente demanda debió ser declarada como **FUNDADA**, estructuraremos nuestro pronunciamiento abordando los siguientes tópicos: i) consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda y, en general, acerca de la aplicación del artículo 5 del Código Procesal Constitucional en este caso; ii) desarrollo de los argumentos expuestos por el Reniec para denegar la solicitud del demandante; iii) la discriminación por orientación sexual y su prohibición en el ordenamiento peruano; iv) la actual noción de la excepción de “orden público internacional”; y v) la aplicación de estos criterios a la solicitud presentada por Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

§. Cuestión previa: consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda y de la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional

1. Advertimos que, en este caso, existen dos cuestiones que es preciso abordar antes de ingresar al fondo de la controversia. En primer lugar, es necesario examinar si es que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el Código Procesal Constitucional, ya que esta ha sido la razón para desestimar la demanda por las autoridades jurisdiccionales que conocieron de la presente demanda en la segunda instancia. En segundo lugar, y a propósito de la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas, corresponde indagar sobre la eventual aplicación del artículo 5.1 para resolver una demanda relativa a la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

a) Consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda

2. La resolución de segunda instancia ha declarado fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción, ya que ha considerado que la demanda ha sido interpuesta de forma extemporánea. En ese sentido, consideramos que es necesario dilucidar, antes de ingresar al fondo de la controversia, si es que ha sido correcta la aplicación de esta causal de improcedencia.

3. De conformidad con el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, “el plazo para interponer una demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda [...]”. El inciso 6 de la referida disposición precisa que “[e]l plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda”. Para el conteo del plazo, como resulta evidente, no pueden ser considerados los días en que la judicatura no se ha encontrado en ejercicio efectivo de sus funciones.
 4. En el presente caso, conforme a la cédula de notificación 0009-2012-UFJ/JR10LIM/GOR/RENIEC, la resolución que dio por agotada la vía administrativa en la que tuvieron lugar los actos que el demandante considera violatorios de su derecho a la igualdad y no discriminación, le fue notificada el 21 de agosto de 2012, mientras que la demanda fue interpuesta el 12 de diciembre del mismo año.
 5. Entre las fechas antes indicadas, han mediado: a) los días feriados nacionales 30 de agosto, 8 de octubre y 1 de noviembre de 2012; b) los días no laborables para el sector público a nivel nacional declarados mediante Decreto Supremo 099-2011-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2011, es decir, el 31 de agosto y el 2 de noviembre de 2012; y c) la paralización de labores del Poder Judicial los días 24 y 30 de octubre, 6, 7 y 13 de noviembre de 2012, y la huelga nacional realizada a partir del 15 de noviembre hasta el 5 de diciembre de 2012, conforme ha sido reconocido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 255-2012-CE-PJ, de fecha 12 de diciembre de 2012, que aprueba la Directiva 006-2012-CE-PJ y establece el procedimiento para la recuperación de horas.
 6. En consecuencia, descontando los días correspondientes, entre la fecha de notificación de la resolución que dio por agotada la vía administrativa y la fecha de interposición de la demanda, han transcurrido 56 días. *Ergo*, la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo previsto en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.
 7. Dilucidada esta cuestión, corresponde examinar si es que, como lo han propuesto la mayoría de nuestros colegas, es pertinente la aplicación del artículo 5.1 para la resolución de esta controversia.
- b) Acerca de la naturaleza del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional y su aplicación en la presente controversia**
8. Por otro lado, la mayoría de nuestros colegas, en una discutible aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, han decidido declarar improcedente la demanda, ya que, según consideran, no existe, en nuestro ordenamiento, un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que el Reniec habría procedido de forma correcta al desestimar la solicitud de inscripción de la unión entre Oscar Ugar-teche y Fidel Aroche.

9. Estimamos que la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional requiere un previo proceso de configuración, ya que se trata de una causal de improcedencia que, al rechazar la demanda sin opción de analizar el fondo de la controversia, debe ser interpretada de forma restrictiva. En efecto, en virtud de esta disposición no es posible excluir, *ab initio*, importantes discusiones sobre si ciertas materias ingresan o no dentro del ámbito de algún derecho que se encuentre reconocido por nuestra norma fundamental.
10. Por lo general, en los casos en los que se ha aplicado esta causal de improcedencia ya existía un importante consenso sobre el hecho que lo reclamado no aludía a algún asunto *constitucionalmente relevante*. Sin embargo, por lo general esas conclusiones eran obtenidas luego de explorar un conjunto importante de casos, por lo que la jurisprudencia constitucional permitía ser una importante fuente de referencia para conocer si es que el acto reclamado estaba vinculado con el contenido constitucional de algún derecho.
11. Esto suele obedecer a que, en la justicia constitucional, se suele interactuar con cláusulas que, por su misma naturaleza, suelen ser indeterminadas, lo que puede apreciarse a través de la vaguedad y ambigüedad de sus respectivas regulaciones. La primera condición alude a una situación en la que “existen objetos en relación con los cuales es dudoso si la palabra en cuestión es aplicable o no” [Ferrerres, Víctor (2012). Justicia constitucional y democracia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 24]. La ambigüedad, a su vez, “puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica), o del contexto en que usan los enunciados (ambigüedad pragmática)” [Guastini, Riccardo (1997). Problemas de interpretación. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 7, p. 123].
12. De hecho, a esta clásica indeterminación de las cláusulas constitucionales debemos añadir la cada vez más notoria conexión entre el derecho de origen nacional y el que proviene de fuentes de derecho internacional, lo cual nos presenta nuevos dilemas relacionados con la influencia de esta clase de normas en la actividad judicial peruana. Entendemos que la interpretación que, del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, ha formulado la mayoría de nuestros colegas simplemente ha decidido ignorar esta interacción que, por lo demás, debe realizarse en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Cuestiones como la prohibición de discriminación por orientación sexual se han debatido en órganos como la Corte Interamericana de Derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como por diversos comités de vigilancia del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, y todos ellos han coincidido en señalar que los Estados deben adoptar todas las medidas para erradicarla.
13. En lo relativo a la situación específica del matrimonio entre personas del mismo sexo, como se detallará más adelante, los dos principales tribunales regionales de derechos humanos (esto es, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo) han coincidido en

señalar que es necesario brindar a estas uniones alguna fórmula de protección legal. De este modo, el hecho que nuestros colegas hayan decidido aplicar esta causal de improcedencia para el reclamo formulado en este caso supone simplemente dejar de lado una apertura al derecho internacional que se ha enfatizado desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y, en el caso peruano, particularmente desde la Constitución de 1979.

14. En este orden de ideas, estimamos que la causal del artículo 5.1 del Código no debe ser aplicación cuando existen desarrollos que provienen de fuentes del derecho internacional, lo cual es posible desprender tanto del artículo 55 como de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Al ser aquella una causal de improcedencia, debe estar reservada para casos en los que, de manera evidente, no exista algún reclamo con respaldo constitucional.
15. Por todo lo expuesto, consideramos que es impertinente la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional en este caso, por lo que corresponde analizar el fondo de la controversia. En ese sentido, procederemos a delimitar el asunto litigioso.

§. Delimitación del asunto litigioso.

16. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, a saber, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012, y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con un ciudadano mexicano.

Sostiene que la concreta razón de la referida denegación reside en que se trata de un matrimonio contraído entre personas del mismo sexo, y que, en consecuencia, las referidas resoluciones administrativas han violado su derecho fundamental a no ser discriminado.

En consecuencia, corresponde que determinemos si es que dicha denegatoria supone una vulneración de los derechos alegados. En ese sentido, debemos evaluar las razones por las que el Reniec no aceptó la inscripción del acta de matrimonio, a fin de analizar si ellas son compatibles con el cuadro de principios y derechos que emanan de la ley fundamental.

§. Las razones esgrimidas por el Reniec para denegar la inscripción del acta de matrimonio, y las normas del Código Civil aplicables a la solicitud.

17. A través de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, se declaró improcedente la solicitud de inscripción del acta de matrimonio civil celebrado entre el recurrente y su pareja del mismo sexo en Ciudad de México. Los argumentos esenciales para denegar la solicitud refieren que “la Constitución Política

del Perú de 1993, en su artículo 4°, [p]romueve el [m]atrimonio, y lo reconoce [...] como instituto natural y fundamental de la sociedad, cuya forma, causas de separación y disolución, **SON REGULADAS POR LEY**” (el énfasis es del original), y que, en esa medida, debe tenerse presente que “[c]on el Código Civil de 1984, los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234°, son entre otros: la diversidad de sexo de los contrayentes”.

18. Por su parte, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la recién citada resolución, razonó que

la Constitución Política del Perú de 1993 postula, en el segundo párrafo del artículo 4, el [p]rincipio de [p]romoción del [m]atrimonio. Este [p]rincipio guarda relación con el de la forma del matrimonio, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil”; “[s]iendo así, el artículo 234 del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer; por tanto, no existe en nuestra legislación respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo [...]”.

A ello, agregó que

“[r]esulta necesario considerar lo prescrito en el artículo 2049° del Código Civil que dispone que ‘*Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano*’” [cursivas son del original]; [debiendo tenerse también presente que la] noción de orden público implica el conjunto de normas imperativas y prohibitivas de obligatoria observancia por la sociedad y los poderes públicos”, y que “[e]l ordenamiento contenido en el Código Civil se integra de manera clara y terminante con el orden público”; motivo por el cual “no resulta amparable inscribir en el Registro de Estado Civil el matrimonio [entre personas del mismo sexo] celebrado en el [p]aís de México [...], pues debe entenderse que nuestra Constitución Política y legislación civil no lo permite” (cursivas y énfasis del original).

19. Sin perjuicio de lo expuesto, es la Resolución Gerencial 055-2012-GRC/RENIEC –es decir, la que dio por agotada la vía administrativa, tras resolver el recurso de revisión interpuesto contra la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC– la que profundiza las razones para denegar la inscripción en registros públicos del acta de matrimonio civil del demandante. En ella se lee lo siguiente:

Que, el artículo 234 de nuestro Código Civil, conceptualiza [al matrimonio] como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella, resultando en consecuencia un acto jurídico civil, solemne y público mediante el cual dos personas de distinto sexo establecen una unión regulada por la ley; [ello], aunado a la circunstancia que nuestra Constitución Política considera

al matrimonio como instituto natural y fundamental de la [s]ociedad, [lleva] a concluir que el referido [a]rtículo 234° del Código Civil [p]eruano [es] **una norma de orden público internacional**, de ineludible cumplimiento y observancia no sólo por los matrimonios sujetos a la ley peruana, sino también por aquellos matrimonios que, de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado, se encuentr[an] sujetos a una ley extranjera [...].

Que, constituyendo el matrimonio del [recurrente] un matrimonio internacional, la eficacia del mismo en el territorio peruano, materializada a través de su inscripción en los Registros de Estado Civil nacionales, debe ser examinada considerando lo dispuesto en el [a]rtículo 2050° del Código Civil [p]eruano, norma que establece que los derechos regularmente adquiridos al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tendrán la misma eficacia en el Perú, en la medida que sean compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres.

Que, si bien –en el presente caso– es posible establecer que el matrimonio civil del recurrente [...] habría sido celebrado de forma válida ante la autoridad competente mexicana, por admitir las leyes de dicho país el matrimonio civil homosexual, estos actos jurídicos no resultan compatibles con el orden público internacional peruano, pues no cumplen con el requisito de diversidad de sexos de los contrayentes, establecida en el [a]rtículo 234° del Código Civil, norma que conforme lo indicado en párrafos anteriores, **es de carácter de orden público internacional**.

Que, consecuentemente no es posible admitir, ante los Registros de Estado Civil peruanos, la inscripción de matrimonio de personas del mismo sexo, celebrado en el extranjero, por cuanto este tipo de uniones no resultan eficaces en el Perú, al no ser compatibles con norma de orden público internacional, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2050° del Código Civil” (el énfasis es del original).

20. En virtud de lo expuesto por el Reniec, podemos advertir que la solicitud de inscripción fue examinada en virtud de lo reconocido por las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado, las cuales se encuentran contenidas en el Libro X del Código Civil.
21. Al respecto, el artículo 2076 del Código Civil, establece que “[l]a forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración”. Por su parte, el artículo 2049 dispone que “[l]as disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano”. Mientras que el artículo 2050, reconoce que “[t]odo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”.

22. De esta forma, es posible concluir que, para el Reniec, la razón principal para que en este caso no se reconozca el acto jurídico celebrado en el extranjero radica en que la realización de un matrimonio entre personas del mismo sexo supone una vulneración del orden público internacional al no encontrarse permitida, según refiere, esta clase de vínculos por la Constitución de 1993. Se advierte, pues, que esta entidad recurrió a las excepciones previstas en el artículo 2049 del Código Civil a fin de no reconocer la inscripción que aquí solicita el demandante.
23. Sobre ello, es pertinente agregar que, conforme a una interpretación sistemática de las referidas normas del Código Civil peruano, la forma del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por la ley del lugar de su celebración, y todo derecho regularmente adquirido al amparo de dicho acto jurídico, tiene la misma eficacia en el Perú, a menos que la referida ley extranjera sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres, en cuyo caso rigen las normas del sistema jurídico peruano.
24. En este sentido, nos corresponde determinar si es que la concepción del Reniec, según la cual el matrimonio es exclusivamente entre personas de diferente sexo, se encuentra (o no) reconocida por la Constitución. Ello permitirá, a su vez, indagar si era pertinente la aplicación de la excepción del reconocimiento de actos jurídicos celebrados en el extranjero relacionada con el orden público internacional conforme las disposiciones del Código Civil.
25. El demandante sostiene que la denegatoria de la inscripción de su matrimonio con Fidel Aroche es un acto basado en una errada lectura de la Constitución, y que, de hecho, supone un manifiesto ejemplo de discriminación en función de la orientación sexual de los contrayentes.
26. Ahora bien, antes de examinar dichos alegatos, es necesario efectuar algunas consideraciones en relación con dos conceptos que resultan centrales para la resolución de la presente controversia: la discriminación por orientación sexual y el orden público internacional en los términos del Código Civil.

§. Categorías sospechosas de discriminación, realidad y orientación sexual.

27. El artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho “[a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.
28. Este Tribunal ha tenido ocasión de precisar las razones en virtud de las cuales el recién citado precepto constitucional incluye una serie de categorías expresas generadoras de discriminación (“origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica”). Se trata –ha dicho este Colegiado– de razones históricas o sociales que permiten predicar la existencia de las así denominadas “categorías sospechosas”, es decir, categorías “que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del

ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una *presunción de inconstitucionalidad*, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable” [cfr. STC 2317-2010-PA, Fundamento 32; la cursiva es del original].

De ahí que la Constitución, al incluir la lista expresa de móviles proscritos de discriminación, “no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como ‘potencialmente discriminatorios’ cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares” [cfr. STC 2317-2010-PA, Fundamento 33]. Que las razones hayan sido de carácter histórico explica y justifica que la disposición constitucional aluda, además, a móviles discriminatorios “de cualquiera otra índole”. En efecto, no solo resulta, como es evidente, que la historia no es estática, pudiendo surgir grupos humanos que no habiendo sido discriminados en el pasado, lo comienzan a ser de modo sobrevenido, sino que también es posible que grupos que han sido discriminados desde hace mucho, en razón, justamente, del fenómeno socialmente discriminatorio, recién sean jurídicamente visibilizados de modo progresivo.

Por ello resulta conveniente la existencia de cláusulas constitucionales abiertas, que permiten, a través de una interpretación evolutiva y/o de la razonable analogía, reconocer, a la luz de la historia y el análisis sociológico, nuevas categorías sospechosas de discriminación que, por serlo, merecen una máxima protección constitucional. De ello, podemos notar que la fórmula que adoptó el constituyente tenía el claro propósito de examinar nuevos supuestos en los que sea necesaria la existencia de alguna tutela reforzada. De este modo, en la resolución de estas controversias, y parafraseando a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en la emblemática sentencia *Brown vs. Board of Education*, no podemos simplemente retroceder el reloj e indagar lo que, en la década de los 90, pensaron los constituyentes sobre esta materia, sino que debemos examinar si es que, en virtud de las circunstancias actuales, existe un deber especial de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual.

29. Al respecto, existen otras características propias de las referidas categorías que llevan a dispensarles una tutela constitucional reforzada contra la discriminación. Por un lado, se tratan de componentes consubstanciales al ser humano, es decir, de rasgos de los que este no puede prescindir sin perder su identidad. De otra parte, se tratan de criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales [cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 240].
30. Así, por ejemplo, atendiendo a razones como las antedichas, y considerando los desarrollos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha podido concluir que, a pesar de no encontrarse en la lista constitucional expresa de motivaciones discriminatorias, “la edad se entenderá como tutelada

por la expresión ‘cualquier otra índole’, contenida en el artículo 2.2 de la Constitución. Ello implicará que cualquier distinción tomando en cuenta este factor requerirá de una fuerte argumenta[ción] de parte del órgano que efectuó el trato diferenciado a fin de justificar la constitucionalidad de la medida adoptada, la cual será sometida a un escrutinio estricto” [*cf.* STC 5157-2014-PA, Fundamento 31].

31. Pues bien, a esta altura de los acontecimientos es posible sostener, sin atisbo de duda, que las personas de orientación sexual no heterosexual son un grupo humano históricamente discriminado. Los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, también conocidos como “Principios de Yogyakarta”, presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2007, señalan en su preámbulo que “históricamente las personas han sufrido violaciones de sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo”. De ahí que el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, exigiendo, entre otras cosas, la igualdad de goce de derechos por parte de todos los seres humanos con independencia de su orientación sexual.
32. En este mismo sentido, una estimable cantidad de organismos internacionales han documentado violaciones a los derechos humanos cometidas contra personas en razón de su orientación sexual no heterosexual en diversas partes del mundo [*cf.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Washington D.C., 2012]. En ese marco, recientemente, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha reiterado su “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, (...) [cometidos] contra personas por su orientación sexual” [*cf.* Resolución respecto a la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Resolución 32/2 de 30 de junio de 2016, A/71/53].
33. Dado que la realidad peruana no escapa a este diagnóstico, el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Supremo 002-2018-JUS, ha aprobado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, cuyo Lineamiento Estratégico 3 incluye a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), como un grupo de especial protección. En el documento se enfatiza que las personas pertenecientes a este grupo humano “enfrentan una marcada situación de violencia y discriminación en la sociedad, agravada por su normalización e invisibilización”. Es particularmente sintomático que de acuerdo a la “Encuesta para medir la percepción de la población peruana en relación con los derechos humanos”, realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Universidad ESAN en 2013, el 93% de los encuestados consideraron que las referidas personas se encuentran más expuestas a la discriminación. La Defensoría del Pueblo ha sistematizado también diversa data que evidencia la discriminación estructural a la que

se encuentra sometido el colectivo LGBTI [cfr. Los derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú, Informe N° 175, Lima, 2016].

34. A lo expuesto se agrega que la orientación sexual –es decir, la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente y/o de un mismo sexo–, con prescindencia de su contenido o de si se decide o no llevar a cabo conductas en consecuencia con ella, es un componente esencial de la identidad de todo ser humano [cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18]. Toda persona, a partir de cierto momento de su existencia en sociedad, se siente definida también por ese componente y, en la gran mayoría de casos, desarrolla pasajes singularmente importantes de su personalidad y de su vida en función a dicha orientación. Por lo tanto, ella encuentra también fundamento y es una dimensión de la dignidad humana.
35. Asimismo, resulta inequívoco que la orientación sexual no heterosexual, no constituye una enfermedad o patología. Así lo tiene determinado la Organización Mundial de la Salud (OMS), desde 1990, en su “Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades” [cfr. CIE-11]. De la misma opinión es la Asociación Psiquiátrica Americana (APA), desde 1973. De hecho, esta entidad, en su oportunidad, en el “Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales” (DSM), enfatizó que “la homosexualidad *per se* no conlleva impedimento en juicio, estabilidad, confiabilidad o capacidades sociales y vocacionales” [cfr. American Psychiatric Association. Position Statement on Homosexuality and Civil Rights. Am J Psychiat, 1973, p. 497]. De ahí que la asociación que determinadas personas asumen entre una orientación sexual no heterosexual y la existencia de algún trastorno del cuerpo o de la mente, debe ser revertida a través de una adecuada política de formación en derechos humanos (artículo 14 de la Constitución), y de un adecuado ejercicio por parte de los padres de familia del deber de educar a sus hijos (artículo 13 de la Constitución).
36. De lo expuesto, ha quedado determinado que la orientación sexual: a) ha sido históricamente una razón de discriminación y, a la luz de los datos recogidos por entidades especializadas tanto a nivel internacional como a nivel interno, continúa siéndolo; b) es un elemento de la identidad y de la autodefinición de todo ser humano; y c) es un criterio que, como resulta evidente, carece de relevancia para la distribución en equidad de derechos y obligaciones; en ese sentido, corresponde concluir que en ningún caso puede ser considerada como una razón en sí misma suficiente para limitar o restringir los derechos de una persona, so pena de considerar dicho trato diferenciado como un trato discriminatorio.
37. En ese sentido, aún cuando el Tribunal Constitucional se ha ocupado antes parcialmente del asunto de modo incidental [cfr. SSTC 0023-2003-PI, Fundamento 85 y ss.; 2868-2004-PA; 1575-2007-PHC], nos corresponde señalar de modo preciso que

la orientación sexual debe interpretarse como uno de los motivos “de cualquiera otra índole” por los que “[n]adie debe ser discriminado”, según reza el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Un razonamiento contrario es violatorio de la dignidad humana –fundamento de todos los derechos fundamentales– y, por ende, inconstitucional.

a) Constitución, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y orientación sexual

38. A la misma conclusión recién expuesta se puede arribar si el razonamiento toma como punto de partida, estrictamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recuérdese que los jueces y el Tribunal Constitucional tienen la obligación de interpretar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, en particular, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Cuarta Disposición Final de la Constitución) en los supuestos en los que brinden mayores niveles de protección que el derecho de origen nacional. En ese contexto, existe, a su vez, la obligación de atender la interpretación que sobre tales fuentes realizan los tribunales internacionales, en particular, la que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo V del Título Preliminar del CPCo.). En función de un enfoque preventivo en la protección de los derechos fundamentales, se tiene establecido que esta obligación se proyecta a toda fundamentación o *ratio decidendi* contenida en las sentencias de la referida Corte [cfr. STC 2730-2006-PA, Fundamentos 12 – 13].

39. Pues bien, de manera análoga a lo establecido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone lo siguiente: “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

40. Considerando ello, y siguiendo una argumentación similar a la aquí planteada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene establecido que la expresión “cualquier otra condición social” del aludido artículo 1.1 debe ser interpretada de la manera más favorable a la optimización de la dignidad de la persona humana, motivo por el cual debe asumirse que la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Americana. Siendo ello así, la Corte enfatiza lo siguiente:

[...] está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” [cfr. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 91. El criterio ha sido reiterado en

el Caso Duque *vs.* Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 104; en el Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 118; y en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, párr. 68].

41. En el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, *mutatis mutandis*, el Comité de Derechos Humanos [cfr. Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico del Perú, 2013, CCPR/C/PER/C0/5, párr. 8]; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [cfr. Observaciones finales Perú, E/C.12/PER/CO/2-4, párr. 5]; el Comité de los Derechos del Niño [cfr. Observación general N.º 20, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34]; el Comité contra la Tortura [cfr. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, 2013, CAT/C/PER/CO/5-6, párr. 22] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [cfr. Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/27, párr. 13], al interpretar las cláusulas contra la discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2); de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2.1); de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (artículo 1.1); y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 1), respectivamente, han llegado a la misma conclusión, a saber, que la orientación sexual es una categoría especialmente protegida contra la discriminación.
42. Por consiguiente, dado que, según la Cuarta Disposición Final de la Constitución, es preciso interpretar el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atendiendo a la interpretación formulada por la Corte IDH, debe concluirse, una vez más, que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, y no es móvil constitucionalmente válido para limitar los derechos de un ser humano.

b) Constitución, ley y orientación sexual.

43. En este mismo sentido, el Congreso ha desarrollado el contenido protegido del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, estableciendo, expresamente, en el artículo 37, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, que el amparo procede para la protección del derecho a no ser discriminado “por razón de [...] orientación sexual”.
44. Hace varios años, Konrad Hesse recordaba que así como existe un principio de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, cumplidas ciertas condiciones, también cabe predicar la existencia de un principio de interpretación de la Constitución de conformidad con la ley (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*) [cfr. Hesse, K., Escritos de Derecho Constitucional, traducción de P. Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 57]. Este último principio,

desde luego, no conlleva la subversión del principio de jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución), puesto que ningún contenido legal puede ser considerado jurídicamente válido si no resulta conforme con el contenido de la Norma Fundamental. Empero, si esta condición se cumple, y, además, el contenido legal permite clarificar el ámbito de protección de un derecho fundamental en tanto manifestación directa del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), entonces, tal como ya antes ha enfatizado este Tribunal [*cfr.* STC 4235-2010-PHC, Fundamento 30], existe, en ciertos escenarios, la obligación de interpretar el contenido del derecho fundamental concernido en sistemática con la ley.

45. Y es que un ejercicio hermenéutico de tal naturaleza permite generar una conexión directa entre la defensa de la dignidad –representada por el derecho fundamental– y la democracia –representada por la concreción legal formulada por el Parlamento (artículos 43, 90 y 93 de la Constitución)–, dando lugar al surgimiento de un argumento de singular fuerza jurídica en el marco del Estado Constitucional.
46. Es justamente ello lo que tiene lugar cuando se interpreta el principio-derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, en sistemática con el artículo 37, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, permitiendo arribar, otra vez, a la conclusión de que la orientación sexual no heterosexual no puede, en ningún caso, ser motivo de discriminación a través de alguna norma o acto, sea que provenga de un poder público, sea que provenga de particulares.

c) Derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y orientación sexual

47. Ahora bien, sería poco más que simbólico referir que se encuentra constitucionalmente prohibido discriminar a una persona por tener una orientación sexual no heterosexual, pero que tal prohibición se circunscribe a la condición de homosexual o de lesbiana en sí misma, y no se extiende a las expresiones, manifestaciones o conductas que son consecuencias necesarias para desarrollar una vida acorde con dicha condición.
48. El Tribunal Constitucional tiene establecido que dado que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución), y que, en consecuencia, no cabe en ninguna circunstancia tratar a un ser humano como simple medio, sino, por el contrario, como fin en sí mismo, puede afirmarse que el fundamento material del constitucionalismo moderno “está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado” [*cfr.* STC 0032-2010-PI, Fundamento 17].
49. Esa libertad general se concretiza en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución. Tal como ha sostenido el supremo intérprete de la norma fundamental,

[e] derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra [SSTC 2868-2004-PA, Fundamento 14; 0032-2010-PI, Fundamento 22].

50. Así las cosas, en el caso de las personas que se encuentran en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, como regla general, solo puede ser limitado con la finalidad de proteger derechos fundamentales de terceros, y siempre a través de medios que superen el *test* de proporcionalidad.
51. Ello no quiere decir, sin embargo, que, de modo excepcional, no resulte constitucionalmente viable establecer ciertas restricciones al referido derecho de la persona, con el objetivo de generarle un beneficio solo a ella. No obstante, en estos casos el beneficio no puede ser otro que la protección de la propia autonomía de la persona (medidas paternalistas) y siempre a través de medidas proporcionales.
52. Resulta, eso sí, absolutamente prohibido en el Estado Constitucional que, a pesar de no estar de por medio la afectación de derechos de terceros, se imponga una medida a un ser humano, en ánimo de que se adapte a un plan de vida solo porque un sector de la sociedad lo considera virtuoso, o de impedírselo solo porque un sector de la sociedad lo considera inmoral (medidas perfeccionistas). Tal y como ha sostenido el Tribunal, “dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita” [*cf.* STC 0032-2010-PI, Fundamento 50].
53. Como refiere Carlos Santiago Nino, “el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” [*cf.* Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, 2ª edición ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414].
54. En este orden de consideraciones, puede sostenerse que, dado que la orientación sexual es un factor consubstancial a la condición de persona humana, formando parte de quien es, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad el permitir a la persona desplegar un proyecto de vida que resulte acorde con dicha orientación, en particular, en lo que atañe a sus relaciones interpersonales emocionales, afectivas y sexuales.

55. Tratándose de personas en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, no cabe alegar en estos casos la llana protección o supuesto beneficio de la propia persona para pretender justificar una limitación al desarrollo de su plan vital, pues siendo la orientación sexual parte de la identidad del ser humano y estando proscrita toda forma de discriminación en razón de ella, tal limitación no podría ser interpretada como una medida paternalista, sino como una medida perfeccionista, y, en tanto tal, cosificadora de la persona humana y vulneradora de su dignidad.
56. Del mismo parecer ha sido la Corte IDH, al sostener que “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”, puesto que “la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” [*cf.* Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, doc. cit., párrs. 133 y 136, respectivamente; Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, doc. cit., párrs. 119 y 103, respectivamente].
57. Una vez examinados los alcances y el contenido del principio de igualdad y no discriminación en función de la orientación sexual, corresponde que determinemos qué debe comprenderse por “orden público internacional” en el marco de las disposiciones del Código Civil de 1984, pues ello será fundamental para examinar si es que el Reniec estaba facultado a no inscribir la unión de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

§. Orden público internacional y reconocimiento de actos realizados en el extranjero

58. Como se ha expuesto, el Reniec ha dado preeminencia a las excepciones reguladas en los artículos 2049 y 2050 del Código Civil peruano. En efecto, a su juicio, el artículo 146 del Código Civil de Ciudad de México, en tanto permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es incompatible con el orden público internacional; por ende, carece de eficacia en territorio peruano. Siendo ello así, afirma el Reniec, un matrimonio civil entre personas del mismo sexo celebrado a su amparo, carece de eficacia en territorio peruano, y, consiguientemente, el acta de su celebración no puede ser inscrita en los registros públicos peruanos.
59. Establecer si es de aplicación la excepción relacionada con el quebrantamiento del orden público internacional supone determinar, como paso previo, qué es lo que debe entenderse por dicha construcción de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.
60. Al respecto, en distintas oportunidades la noción de orden público internacional ha sido invocada con el propósito de avalar o prohibir comportamientos realizados en el extranjero que sean incompatibles con la soberanía estatal, usualmente materializada en el ordenamiento jurídico. Se configura, así, como una suerte de mecanismo de

defensa que puede emplear el juez nacional, y que le permite custodiar la esencia de su ordenamiento jurídico, el cual, en principio, no se encuentra obligado a reconocer en los mismos términos y condiciones las instituciones reguladas en el derecho extranjero. Desde luego, esto no impide que puedan considerarse, a fin de fortalecer las decisiones o interpretaciones relacionadas con los derechos de la persona, lo dispuesto en el derecho comparado. Un caso paradigmático es el de la actual Constitución de Sudáfrica, la cual permite, en su artículo 39, que los tribunales tomen en cuenta el derecho extranjero para la delimitación y concreción de las libertades fundamentales. Esto obedeció al contexto y la historia particular de este país, en el que la vigencia del *apartheid* generó la necesidad de crear instituciones y herramientas que demostraran una clara tendencia de apertura hacia la comunidad internacional [cfr. Lollini, Andrea (2012). The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns based on Foreign Law. Utrecht Law Review, vol. 8, núm. 2, p. 60].

61. Ahora bien, es preciso recordar que el adjetivo “internacional”, empleado en el concepto clásico de “orden público internacional”, puede resultar engañoso, pues no hace referencia a un orden público proveniente del Derecho Internacional, sino a determinados principios esenciales de un orden interno que, en resguardo de una suerte de valores mínimos de una comunidad, resultan inmunes frente a la normativa extranjera. En ese sentido, esta clase de excepción solo debe ser empleada como una salida de *ultima ratio*, ya que desconoce un acto celebrado en el extranjero, aspecto que incide en el derecho a la seguridad jurídica de las personas que participaron en él. Su aplicación supone, en buena cuenta, que se garantice un justo equilibrio entre el respeto a las cuestiones esenciales que integran el ordenamiento jurídico del Estado en que se intenta validar el acto respectivo con cuestiones propias de justicia, materializadas en el respeto de actos válidamente realizados y cuyo aseguramiento debería ser, en línea de principio, la labor del juez local.
62. Evidentemente, como ejemplo de esta clase de prácticas podemos reconocer a todas aquellas que suponen la comisión de un ilícito de carácter penal según las normas internas. Así, si el acto celebrado en el extranjero es considerado en el Perú como objeto de alguna sanción en el Código Penal, el juez no podrá avalarlo, como bien podría ocurrir en el caso que desee reconocerse, por ejemplo, un supuesto de bigamia. Del mismo modo, se encuentran todas aquellas cuestiones que, según las disposiciones más importantes del ordenamiento jurídico respectivo (en particular, las disposiciones de rango constitucional), se encuentran directamente prohibidas por atentar contra derechos o bienes esenciales de una comunidad.
63. Esta noción de “orden público” que dará luego paso a la de “orden público internacional” tiene como importante referente al Código Civil de Napoleón de 1804, documento que desarrolló una importante influencia en distintos países de América Latina. En dicho texto, se entendió que las convenciones o acuerdos privados no podían transgredir las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres. Esto supuso, pues, un límite al principio de autonomía de la voluntad de las personas. La evolución y la

consiguiente extensión del adjetivo “internacional” se desenvuelven, así, en el marco del desarrollo de las relaciones exteriores propias de la Paz de Westfalia (1648), la cual supuso el reconocimiento de igualdad soberana entre los Estados, y que, naturalmente, ellos eran los únicos que podían producir obligaciones desde el derecho internacional. Era la época en que el derecho internacional era producido y elaborado, de forma exclusiva, por las autoridades estatales, las cuales se constituían como los amos y señores de los tratados.

64. En ese sentido, el principio de “soberanía externa”, propio de la época, implicaba que los Estados no se encontraban sometidos, al menos formalmente, a lo que sus pares dispusieran en sus respectivos ordenamientos, y esto de basaba en que estos eran completamente dueños -desde un punto de vista tanto político como jurídico- de todo aquello que ocurriera dentro de su jurisdicción. De este modo, el concepto de “orden público internacional” permitiría materializar dicha soberanía, pues facultaba a que los Estados opongan sus disposiciones internas frente a los actos que, siendo celebrados en el extranjero, sean contrarios a ellas e intenten ser reconocidos en el ordenamiento del Estado involucrado. Es así que el concepto de orden público internacional del Derecho Internacional Privado clásico se forjó progresivamente en un tiempo en el que la soberanía estatal era aún apreciada como un principio que merecía protección absoluta, y en el que, en el espacio de las relaciones internacionales, los Estados eran los únicos sujetos y productores de Derecho.
65. Ahora bien, advertimos que no es este el escenario en el que se desenvuelve el derecho internacional contemporáneo, ya que las distintas relaciones que ha forjado el Estado peruano lo han insertado en un mundo en que el derecho internacional y supranacional (marcado principalmente por distintos espacios de integración) goza de una posición cada vez más especial. No sorprende, en ese sentido, que existan diversos estudios vinculados con la idea que el Estado y la soberanía ya no sean conceptos interdependientes, y que esto debe generar que se vuelvan a pensar las bases de los estudios jurídicos, los cuales centraban su atención, en demasía, en los ordenamientos nacionales [*cf.* MacCormick, Neil. *Beyond the Sovereign State*. *The Modern Law Review*, 56, 1 (1993), p. 18].
66. La presencia de este fuerte componente internacionalista en los ordenamientos estatales se ha dejado advertir, particularmente, desde la Constitución de 1979, la cual incorporó diversas disposiciones orientadas a garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano. Evidentemente, la inserción de esta clase de cláusulas en nuestro constitucionalismo solo grafica que el derecho internacional es también parte de nuestro ordenamiento. Esto ya ha sido destacado, hace bastantes décadas atrás, por Víctor Andrés Belaúnde, quien precisó nuestra historia se ha caracterizado por incorporar los principios más avanzados de lo que en aquella época se denominó como el Derecho de Gentes, así como por el respeto a los tratados internacionales [Belaúnde, Víctor Andrés (1965). *Peruanidad*, Ediciones Librería Studium, Lima, 1965, p. 407].

67. En este mismo orden de ideas, no sorprende que un sector de la doctrina, refiriéndose a otras experiencias en las que la presencia de normas extraestatales es aún más notoria, haya hecho referencia a ordenamientos “multinivel” o a una suerte de “pluralismo constitucional” para graficar esta convivencia de normas jurídicas, en la que, como es evidente, los Estados ya no son los únicos que producen obligaciones jurídicas. Se ha sostenido, por ejemplo, que la constante interacción con el derecho internacional o con la jurisprudencia de los órganos de este mismo carácter ha generado un escenario gobernado por *soberanos descentralizados*, ya que es posible advertir cómo en diversos ordenamientos existen dos o más fuentes de derechos exigibles judicialmente y que, por lo general, se superponen, lo cual tiene como principal virtud la de elevar los estándares nacionales de protección de estas libertades al permitir que las autoridades judiciales puedan aplicar la que otorgue condiciones más favorables para su ejercicio [cfr. Stone, Alec. A cosmopolitan legal order: Constitutional Pluralism and rights adjudication in Europe. *Global Constitutionalism* 1-1 (2012), p. 61].
68. En el caso peruano, es posible advertir una convivencia de fuentes similar, ya que instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forman parte del derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución. También podemos decir lo mismo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de los comités de vigilancia de las Naciones Unidas por lo indicado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Todo ella refleja que el constituyente peruano, de manera similar a lo que ocurría desde la Constitución de 1979, también ha deseado resaltar la necesidad de considerar las obligaciones internacionales cuando se analiza alguna controversia en particular. Al respecto, como ha sostenido el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -y que es un criterio que este Tribunal comparte-,
- [d]estaca ante todo que el concepto de orden público internacional atiende a una realidad consustancialmente cambiante y dinámica, y, en esa medida, su aplicación general requiere tomar en cuenta las exigencias y el desarrollo que el propio marco normativo internacional (de proyección universal) viene planteando a los contextos generados en cada sociedad y su orden jurídico” [*Amicus curiae* presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Escrito de fecha 5 de agosto de 2019, p. 6].
69. En efecto, esta distinta forma de entender el Derecho Internacional ha generado que los Estados ya no sean los únicos legitimados para la tutela de estas libertades, por lo que su adecuado resguardo ya no es un patrimonio exclusivo de ellos. Naturalmente, esto implica que se empiecen a articular importantes mecanismos de diálogo y cooperación con entidades internacionales o supranacionales. Un claro ejemplo de ello lo constituye, sin duda, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual reconoce que la interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que el Estado

peruano es parte; a lo que puede agregarse lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual inserta como parámetro de interpretación, como se indicó *supra*, los criterios que emanan de organismos internacionales.

70. Estas disposiciones nacionales reflejan que las autoridades jurisdiccionales estatales deban ser el principal y primer fuerte de tutela de los derechos, ya que están directamente habilitadas para aplicar las normas internacionales y evitar, de este modo, la posibilidad de una eventual denuncia por responsabilidad del Estado. A diferencia de lo que ocurría en los siglos XVIII o XIX, en los que el derecho internacional era una problemática esencialmente a ser abordada por los Estados, en la actualidad es claramente evidente que los tribunales suelen conocer de casos en los que deben aplicarse directamente tratados, convenios, u otras fuentes del derecho internacional. Así, en la actualidad es posible notar que, en una considerable cantidad de Estados, los tribunales de justicia se han convertido en instituciones considerablemente relevantes para la protección y promoción del derecho internacional, ya que suelen desenvolverse en “zonas mixtas” en las que, por ejemplo, los tratados interactúan con el ordenamiento estatal [*cf.* Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford University Press (2011), p. 1]. De hecho, ello es aún más palmario en el caso de los instrumentos de protección de derechos humanos, ya que esta ha sido una de las primeras materias en las que se ha permitido que las personas puedan presentar demandas en contra de los Estados de los cuales son nacionales.
71. Por otra parte, también el derecho -sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial- ha sufrido importantes transformaciones, las cuales se relacionan no solo con lo efectivamente dispuesto en diversas fuentes del derecho internacional -como lo son los tratados-, sino también a propósito de las interpretaciones que, de estas obligaciones, han realizado distintos organismos internacionales. Estas lecturas han permitido, en algunos casos, optimizar los niveles de tutela de las libertades. La magistrada y el magistrado que suscriben este voto consideramos que estos desarrollos no deberían ser desconocidos por los operadores de justicia, ya que son importantes guías para entender los compromisos que los Estados han asumido ante la comunidad internacional.
72. En este orden de ideas, es posible afirmar que el derecho actual se encuentra involucrado en distintos procesos de globalización, por lo que los tratados y otras fuentes internacionales también pueden constituirse como parámetros para delimitar el contenido de los derechos y deberes que se reconocen en el ordenamiento jurídico peruano.
73. En consecuencia, podemos concluir que no es posible, en las condiciones actuales, seguir interpretando las instituciones del derecho civil como fueron concebidas en el marco del derecho europeo continental del siglo XIX, ya que el importante viraje del derecho internacional ha generado que los Estados convivan con distintos actores en el escenario internacional, con los cuales debe articular distintas formas de diálogo para el aprendizaje recíproco. En ese sentido, las fuentes que puede aplicar o invocar la

autoridad judicial no se restringen únicamente a aquellas que tienen origen local, sino también a las que reconocen los deberes internacionales del Estado peruano.

74. Esto es importante para entender, en su verdadera dimensión, la excepción de orden público internacional. No puede ser ignorado el hecho que, a diferencia de lo que ocurría hace algunas décadas, el Estado peruano se encuentra cada vez más involucrado en la comunidad internacional. Esto implica no solo que se adopten todas aquellas medidas destinadas a garantizar, en el orden interno, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el respectivo país; sino que también supone que no se bloqueen las providencias que, para este mismo fin, implementan terceros Estados.
75. En ese mismo sentido, notamos que, desde que el Código Civil de 1984 fue aprobado, el Estado peruano ha ido desarrollando una postura cada vez más consciente de las relaciones entre el derecho interno y el internacional. Como se ha tenido la oportunidad de precisar, “[a] diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano” [STC 00047-2004-AI/TC, fundamento 19]. Se aprecia, así, que la autoridad judicial que desee evaluar la aplicación de la excepción de orden público internacional debe también tomar en consideración lo contenido en los tratados, ya que estos también forman parte del derecho interno por mandato constitucional.
76. Precisado lo anterior, corresponde determinar si es que la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo en el exterior -y cuyo reconocimiento en el Perú se solicita en la presente demanda de amparo- supone o no un quebrantamiento del orden público internacional, tal y como este concepto ha sido delimitado *supra*.

§. Aplicación de los criterios expuestos al presente caso

77. En el presente caso, tal y como se advirtió *supra*, la Resolución 497-2012/GOR/JR-10LIM/RENIEC resaltó que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 2049 del Código Civil, no resultaba amparable el pedido para inscribir en el Registro de Estado Civil el matrimonio celebrado en el país de México. En un sentido similar, la Resolución Gerencial 055-2012-GRC/RENIEC -que, por cierto, dio por agotada la vía administrativa-, disponía que el artículo 234 del Código Civil conceptualiza el matrimonio como la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, lo cual supone el reconocimiento de un instituto natural que integra el orden público internacional.
78. Por su parte, el reclamo que en la presente *litis* formula el demandante es que se reconozca el matrimonio que ha celebrado en México, por lo que solicita que se inscriba en los registros públicos nacionales el Acta de Matrimonio Civil 8748472. Para determinar la viabilidad de dicho reclamo corresponde evaluar si es que el Reniec ha cumplido

con su deber de motivar adecuadamente las resoluciones que se cuestionan en la presente demanda de amparo, y ello supone establecer si es que las premisas aplicadas en las resoluciones cuestionadas resultaban o no compatibles con el cuadro de principios y derechos que dimanaban de la Constitución y otras fuentes del derecho internacional.

79. En ese sentido, estimamos conveniente desarrollar los argumentos en el siguiente orden: a) competencias del Reniec y su conexión con los derechos fundamentales; b) consideraciones acerca de la fórmula matrimonial contenida en las resoluciones impugnadas; c) consideraciones acerca de la causal de orden público internacional en las resoluciones impugnadas y la existencia de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes.

a) Atribuciones del Reniec y su conexión con los derechos fundamentales

80. Al respecto, es pertinente recordar que el RENIEC es un órgano constitucional autónomo cuyas funciones y competencias están expresamente reguladas en la Constitución y su ley orgánica, como parte integrante del Sistema Electoral Peruano. Es un organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público interno y goza de atribuciones en materia registral, técnica, administrativa, económica y financiera. Conforme a lo dispuesto por el artículo 183° de la Constitución, dicha entidad “tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil” [STC 04729-2011-PHD, fundamento 8]. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, esta entidad es la “encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Con tal fin desarrollará técnicas y procedimientos automatizados que permitan un manejo integrado y eficaz de la información”.
81. Es importante resaltar que los órganos constitucionales autónomos, en tanto órganos configurados con la calidad de poder constituido, se someten al cuadro de principios, derechos y valores que se reconocen en la Constitución. De este modo, las decisiones que estas entidades adopten no pueden, desde ningún punto de vista, desconocer los atributos que se desprenden de nuestra norma suprema, o incluso aquellos que no se encuentran explícitamente proscritos por ella. Ahora bien, esta no es una tarea privativa del Tribunal Constitucional o de los jueces. La Administración Pública, en orden a consideraciones funcionales, de accesibilidad, de tiempo, de inmediatez, de logística, y otras, es la primera llamada a servir a la persona humana, y en el marco del Estado Constitucional ello significa asumir las normas y los procedimientos administrativos, ante todo, como cauces que permiten hacer de los derechos fundamentales libertades especialmente efectivas, y, en ese sentido, no puede obrar insertando mecanismos que obstaculizan su concreción.
82. Evidentemente, el Reniec no se encuentra al margen de esta obligación constitucional. Dada la naturaleza de sus funciones establecidas en el artículo 183 de la Constitución,

la más importante legalmente reconocida es “[v]elar por el irrestricto respeto del derecho a la [...] identidad de la persona y los demás derechos inherentes a ella derivados de su inscripción en el registro” (artículo 7, literal j, de la Ley 26497, Ley Orgánica del Reniec).

83. En este orden de ideas, uno de los principales deberes de las entidades públicas, y entre ellas, claro está, el Reniec, es el de motivar adecuadamente sus resoluciones, sobre todo cuando de ellas se desprenda alguna clase de perjuicio para el administrado, pues ello le permitirá conocer de manera certera las razones para el rechazo de su solicitud. Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido, en el caso concreto de las resoluciones administrativas, que “[e]l tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional [STC 04123-2011-PA/TC, fundamento 4].
84. Este razonamiento no ha sido ajeno para el caso del Reniec, ya que en múltiples oportunidades el Tribunal ha controlado la constitucionalidad de las resoluciones que expide este organismo en el ejercicio de sus competencias. En ese sentido, se han amparado demandas relativas a la rectificación del estado civil [STC 04729-2011PHD/TC], el derecho a contar con un documento nacional de identidad [STC 04444-2005-HC/TC], que se expida un nuevo documento nacional de identidad a favor del recurrente [STC 02432-2007-HC/TC] e incluso se ha ordenado que se instauren procedimientos especiales para la atención a las solicitudes de los adultos mayores [STC 02834-2013-HC]. Esto no hace sino reafirmar la idea que, en el desempeño de sus funciones, el Reniec debe cumplir de manera adecuada con las funciones que tanto la Constitución como su Ley Orgánica le confieren, por lo que cualquier irregularidad que se advierta en ellas, como puede ocurrir en el caso que no se motive adecuadamente una decisión, es pasible de ser controlada por parte de los jueces constitucionales.
85. En consecuencia, sobre la base del marco constitucional desarrollado, corresponde analizar la validez o invalidez de las razones planteadas por el Reniec para denegar la inscripción en registros públicos del acta de matrimonio civil de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, el cual fue celebrado en el extranjero. Así, corresponderá a este Tribunal analizar si es que la resolución que absuelve la solicitud del ahora recurrente se encuentra debidamente motivada o no.

b) Consideraciones acerca de la fórmula matrimonial contenida en las resoluciones impugnadas

86. En este sentido, debe analizarse si, como lo sostiene el Reniec, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula prohibida o que no pueda desprenderse de la Constitución de 1993, por lo que es posible aplicar la excepción de orden público internacional. El demandante ha sostenido que la interpretación que ha realizado la entidad demandada ha supuesto un manifiesto ejemplo de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes.

87. Ahora bien, dilucidar este tópico demanda, en esencia, analizar dos cuestiones que la magistrada y el magistrado que suscribimos este voto consideramos como relevantes. En primer lugar, se requiere examinar cuál es el estado de la cuestión del matrimonio igualitario en el derecho comparado. Esto es importante de indagar porque, en un mundo cada vez más globalizado, los Estados deberían generar soluciones que respeten las interpretaciones que, de los derechos, han realizado otros países, más aún cuando ellas son conformes con el derecho internacional. Por otro lado, debemos identificar si es que, en virtud de las cláusulas constitucionales peruanas, es posible extraer que el único matrimonio válido es el celebrado entre personas de diferente sexo, ya que es esta la interpretación que fue realizada por el Reniec.
88. Respecto del primer punto, es posible notar que alrededor de treinta países integrantes de la Organización de las Naciones Unidas han reconocido la viabilidad y la necesidad de reconocer esta unión, la cual se ha incorporado a través de legislación o, en ausencia de ella, mediante lo dispuesto por alguna alta corte nacional a propósito de la resolución del algún caso en que esta clase de discusiones se hayan judicializado.
89. En relación con el primer grupo de países, existen experiencias como la de Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Noruega, Suecia, Islandia, Argentina, Dinamarca, Uruguay, Francia, Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, en las que sus respectivos órganos legislativos ampliaron los tradicionales alcances del matrimonio para habilitarlo para las parejas del mismo sexo.
90. Por otro lado, en lo que respecta a los pronunciamientos de las altas cortes de justicia que reconocieron la necesidad de su incorporación, se pueden citar casos como los de Costa Rica (Resolución N° 12782-2018, expedida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, y que recientemente ha entrado en vigor al vencerse el plazo que se había otorgado al Parlamento para su regulación, sin que esto se hubiera hecho), Ecuador (Sentencia N° 11-18-CN/19, expedida por la Corte Constitucional), Taiwán (*Judicial Yuan Interpretation* N° 748 on May 24, 2017, expedida por la Corte Constitucional), Austria (AUT-2017-3-003, expedida por la Corte Constitucional), Colombia (C-577 de 2011, ratificada en SU 214/16, ambos pronunciamientos de la Corte Constitucional), Estados Unidos (576 U.S. 644 de 2015), Brasil (*Ações Direta de Inconstitucionalidade -ADI- 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF- 132*, del Consejo Nacional de Justicia del Supremo Tribunal Federal) o Sudáfrica (*Case CCT 60/04*, expedido por la Corte Constitucional). Una experiencia peculiar en el derecho comparado es la de Irlanda, ya que el matrimonio entre parejas del mismo sexo se ha reconocido a través de referéndum.
91. Se puede apreciar que, en el derecho comparado, es clara la tendencia de los últimos años de reconocer el matrimonio igualitario dentro del derecho interno. Incluso en algunos países, aunque no se reconoce propiamente esta fórmula, se ha acudido a instituciones similares para evitar la desprotección de las parejas del mismo sexo. El Estado peruano, simplemente, *ha decidido no decidir* sobre el derecho al matrimonio entre

personas del mismo sexo, y esto ha sido convalidado por la interpretación efectuada por la mayoría de nuestros colegas con un pronunciamiento que no ingresa al fondo de la controversia.

92. Ciertamente, se podría replicar, en una suerte de argumento *a contrario*, que esto supone que en el resto de la comunidad internacional no se reconocen esta clase de uniones. Ello, en efecto, es cierto. Sin embargo, lo que aquí se discute es la viabilidad de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo que ha sido celebrado en el extranjero. De esta forma, lo que es objeto de análisis en este proceso constitucional es si el vínculo que han contraído los demandantes debe ser entendido como lesivo del orden público, esto es, si es que la celebración de dicho acto subvierte normas y principios esenciales del ordenamiento peruano. Para nosotros, el panorama que ha sido expuesto, y que refleja una clara tendencia en los últimos años en diversos países de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo -posición que, además, ha sido también asumida por un organismo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos- genera que nos encontremos frente a la celebración de uniones que, en el Perú, no deberían ser bloqueadas por cláusulas de excepción, tal y como ocurre con el caso de las disposiciones de derecho internacional privado relacionadas con la necesidad de preservar el orden público.
93. El caso de los países americanos es particular, ya que el intérprete final de la Convención Americana (esto es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), ha sostenido que los Estados tienen el deber de incorporar esta clase de uniones en sus respectivos ordenamientos. De manera concreta, este órgano ha señalado que “[d]e acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales” [Corte IDH. OC 24/17 sobre Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a las parejas del mismo sexo. Documento de fecha 24 de noviembre de 2017, punto resolutivo 8].
94. Hemos sostenido *supra* que la interpretación que el tribunal interamericano efectúe es relevante en nuestro derecho interno por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, así como por lo indicado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Hemos también destacado en este voto que las fuentes del derecho internacional no deberían excluirse de valoración al momento de calificar alguna conducta como contraria al orden público internacional. Finalmente, también hemos mencionado que, en un mundo cada vez más globalizado, las controversias en las que se involucren cuestiones de derecho extranjera no deberían ser examinadas con el prisma de los siglos XVIII y XIX.
95. De este modo, la regulación adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos, al ser coherente con lo dispuesto por la Corte IDH -y demostrar, además, que asume

una posición que, particularmente en los últimos años, se ha incrementado en diversos Estados-, no puede ser calificada como contraria al orden público internacional. En efecto, no es posible asumir que los parámetros que han sido aceptados por el órgano de cierre de la justicia a nivel interamericano puedan ser calificados como prohibidos en el derecho peruano.

96. Ahora bien, no existe duda alguna que las interpretaciones que efectúa este organismo se relacionan solo con contenidos *mínimos*, y no impiden que los Estados, en su legislación nacional o a través de la interpretación de las libertades que puedan realizar sus cortes de justicia, puedan dotar a un derecho fundamental de mayores niveles de protección. Ello implica que, para lo que interesa al caso peruano, un pronunciamiento de la Corte IDH no puede ser asumido como una opción constitucionalmente prohibida, como lo pretende hacer ver la parte demandada en este caso. Por ello, no existen razones para que este Tribunal no valide los efectos que se desprenden del matrimonio celebrado entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.
97. Ahora bien, e independientemente del hecho que Reniec no pueda invocar la excepción de orden público internacional cuando un órgano como la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya confirmado la validez de alguna regulación estatal, lo cierto es que las resoluciones que se han cuestionado en este caso también han tenido una importante incidencia en los derechos a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, la identidad y el libre desarrollo de la personalidad del recurrente y su pareja, ya que no se estaría brindando reconocimiento, en territorio peruano, al estado civil que adquirió, válidamente, fuera del mismo, y ello con la sola razón de su orientación sexual.
98. En efecto, la negativa de las autoridades nacionales de proceder con la inscripción no solo supondría que se desconozca el estado civil que, en la actualidad, tiene tanto la parte recurrente como su pareja, sino que también invisibiliza esta unión, con todas las consecuencias que ello genera para el ejercicio de distintos derechos en territorio peruano. Entendemos que la única razón que impide su reconocimiento es la orientación sexual de los contrayentes, cuestión prohibida por la Constitución.
99. Lo contrario de lo hasta aquí expuesto supondría que el recurrente solo pueda encontrarse con el estado civil de casado en algunos Estados y no en otros, y ello, sin ninguna duda, incide de manera particularmente grave en su derecho a la identidad. Reducir los alcances del matrimonio a una sola fórmula genera la percepción que las demás uniones se encuentran prohibidas, y esto genera un serio estigma y rechazo hacia las personas que pretenden fortalecer sus vínculos con las parejas que sean de su mismo sexo. Así, genera en algunas sociedades una falsa percepción de que esta clase de vínculos resultarían contrarios a las buenas costumbres. Esta conclusión no puede ser avalada por el supremo intérprete de la Constitución. En este sentido, y como ha precisado la Defensoría del Pueblo,

[e]l matrimonio igualitario no vulnera las buenas costumbres, pues ello equivaldría a juzgar aspectos de la vida privada de los ciudadanos e, indirectamente, establecer

cuál de estos es susceptible de reconocimiento por el Estado. Situación que atenta contra la dignidad de las personas de distinta orientación sexual, pues de este principio se deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio)” [Defensoría del Pueblo. Informe de Adjuntía 001-2019-DP/ACC-ADHPD. Protección constitucional y convencional del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo en el extranjero, p. 15].

100. La magistrada y el magistrado que suscribimos este voto entendemos que el matrimonio al que hace alusión el artículo 4 de la Constitución no puede ser otro que el matrimonio civil. Este puede ser concebido como la unión fundada en el amor de pareja, el respeto y la solidaridad, con vocación de permanencia, que se institucionaliza a través del cumplimiento de ciertas formas y solemnidades reguladas por la ley, y que es generadora de una serie de derechos y obligaciones entre los contrayentes.
101. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha reconocido al matrimonio como un “instituto jurídico constitucionalmente garantizado” que el legislador no puede suprimir y que, por el contrario, de acuerdo al artículo 4 de la Constitución, tiene la obligación de promover [*cf.* STC 2868-2004-PA, fundamento 13]. Asimismo, tiene dicho que el derecho a contraer libremente matrimonio forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual “toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio” [*cf.* 2868-2004-PA, fundamento 14]. Y es que si el matrimonio civil instituye una relación de afecto profundo mutuamente concertada, entre personas capaces jurídicamente y libres de impedimento razonable, no solo es evidente que su reconocimiento y protección no implica la afectación de derechos o intereses de terceros, sino que constituye un elemento fundamental para el desarrollo del plan de vida de estas personas.
102. Tal como se ha referido, el artículo 4 de la Constitución reconoce al matrimonio civil además como instituto natural y fundamental de la sociedad. Desde luego, el hecho de que la Constitución se refiera al matrimonio como un instituto “natural” no puede ser interpretado en el sentido de que esté constitucionalmente establecido que exista alguna forma matrimonial *determinada por la naturaleza*, con prescindencia de si ello es así asumido por una mayoría social o no. Y es que tal interpretación resultaría incompatible con las exigencias del respeto por la dignidad humana, valor supremo del Estado Constitucional, y del respeto por la autonomía moral de todas las personas, en igualdad.
103. En efecto, si bien una persona en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de religión (artículo 2, inciso 3, de la Constitución), puede considerar que dicho determinismo existe, no puede pretender imponer coactivamente dicha perspectiva naturalista a terceras personas. Si lo hiciera estaría tratando a tales personas no como sujetos de Derecho, sino como objetos de creencias ajenas, violándose

- uno de los sentidos esenciales de la dignidad humana que consiste, justamente, en tratar a todo ser humano como fin en sí mismo y nunca como un simple medio.
104. Por esta misma razón, no puede interpretarse que el Derecho del Estado Constitucional acoja alguna perspectiva dogmática sobre el matrimonio en base a algún fundamento religioso o metafísico. Y es que ello supondría, además, una contravención del artículo 50 de la Constitución en el que, como se mencionó, se encuentra reconocido “el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su ‘independencia y autonomía’ respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular” [cfr. STC 6111-2009-PA, fundamento 24].
105. Por imperativo constitucional, en consecuencia, toda dogmática confesional, con prescindencia de si es o no compartida por una mayoría social, debe permanecer en el ámbito de la ética privada, y es ajena a la coactividad del Derecho, la cual queda reservada para la protección de una ética pública representada por el contenido del principio-derecho de dignidad humana y los derechos fundados en ella.
106. Cuando un servidor público o un juez no comprende la extraordinaria importancia de esta diferencia, y, por consiguiente, al momento de ejercer sus funciones públicas no es capaz de separar el contenido de su ética privada (válidamente forjada al amparo, por ejemplo, de su libertad religiosa) del contenido de la ética pública presidida por la defensa de la dignidad humana, surge el riesgo de que so pretexto de aplicar el Derecho del Estado Constitucional, en realidad, utilice la coactividad del sistema jurídico no para ponerla al servicio de la igual dignidad de todos los seres humanos, sin discriminación de ninguna clase, sino al servicio de sus propias creencias, cosificando a los seres humanos.
107. Así, como sostuvo en su momento el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [cfr. Informe N.º 05-2014-JUS/DGDH, p. 19] la asignación del atributo “natural” a la institución matrimonial solo puede interpretarse en el sentido de que el *hecho social* que permite establecer jurídicamente su institucionalización precede a la formación del Estado y a su reconocimiento constitucional. Asimismo, *mutatis mutandis*, tal como tuvo ocasión de sostener este Tribunal Constitucional a propósito de la familia, desde una perspectiva constitucional, que el matrimonio sea un instituto natural significa que “se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales” (cfr. STC 9332-2006-PA, Fundamento 7), y, en esa medida, puede ser objeto también de una interpretación evolutiva.
108. En consecuencia, por todo lo expuesto, no puede interpretarse que, desde la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, viene proyectada una sola modalidad matrimonial posible y que ella forma parte del orden público internacional. Desde una perspectiva constitucional, el matrimonio es un instituto constitucionalmente garantizado que permite que en ejercicio de su derecho

fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas institucionalicen su afecto de pareja, dando lugar a una serie de derechos y obligaciones recíprocas. La Constitución o el orden público internacional no imponen que tales personas deban ser de distinto sexo. Por ende, ni la Constitución ni el orden público internacional prohíben el matrimonio homosexual.

109. Esta conclusión se refuerza si, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, se toma en consideración que la Corte IDH ha sostenido que “una interpretación restrictiva [...] que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, sin distinción alguna” [*cf.* Opinión Consultiva OC-24/17, doc. cit., párr. 189].
 110. Así, no existe mérito constitucional para sostener que la inscripción de un acta de matrimonio civil entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en el extranjero resulte incompatible con el orden público internacional. Por el contrario, (i) si tal como se ha enfatizado *supra*, la Constitución prohíbe discriminar por orientación sexual; (ii) si esta proscripción alcanza no solo a la condición de homosexual o lesbiana en sí misma, sino a las expresiones, manifestaciones o conductas que son consecuencias necesarias para construir un plan de vida en armonía con dicha condición; y (iii) si el derecho a contraer libremente matrimonio civil es expresión de ese plan de vida, y como tal, del derecho al libre desarrollo de la personalidad; entonces, interpretar que resulta incompatible con principios fundamentales del orden público peruano la inscripción en los registros públicos nacionales de un acta de matrimonio civil entre personas del mismo sexo lícitamente celebrado en el extranjero, constituye una flagrante violación del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y, *a fortiori*, del principio-derecho de dignidad humana.
 111. Por estas consideraciones, este Tribunal estima que las resoluciones del Reniec, al entender que la Constitución peruana únicamente habilita el matrimonio entre personas de diferente sexo, han sido indebidamente motivadas, y que ello ha generado la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y la identidad personal.
- c) Consideraciones acerca de la causal de orden público internacional en las resoluciones impugnadas y la existencia de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes**
112. Finalmente, advertimos que, en este caso, se ha denegado la solicitud del demandante por considerar el Reniec que el matrimonio entre personas del mismo sexo resulta contraria al orden público internacional, lo que supone, en los hechos, considerar como factor determinante la orientación sexual de los contrayentes. Al respecto, como se ha enfatizado *supra*, estimamos que el uso de dicha excepción por parte de la

administración, al suponer la inaplicación de una ley extranjera e implicar, con ello, que no se validen los actos celebrados de conformidad con ella, debe ser empleada como una técnica de *ultima ratio*, y siempre y cuando se considere que no exista, de conformidad con el derecho aplicable en el Perú, alguna forma de reconocerlo. Evidentemente, dentro del derecho interno que pueda ser oponible también debe analizarse la posible incompatibilidad con los tratados. Entendemos que las disposiciones nacionales deben ser, en lo posible, armonizadas con las obligaciones del derecho internacional que ha asumido el Estado.

113. Del mismo modo, como se precisó con anterioridad, en el desarrollo de dicha labor los operadores deben tomar en consideración que las disposiciones que integran nuestro ordenamiento ya no tienen un origen exclusivamente estatal, sino que la evolución del manejo de relaciones internacionales y la incorporación de distintas fuentes en el derecho peruano hacen notar que el actual constitucionalismo mantiene una importante conexión con los criterios desarrollados por los organismos internacionales, habida cuenta que, en nuestro ordenamiento, también se encuentran vigentes distintas disposiciones que emanan del derecho internacional, y que también fungen de parámetro normativo para los operadores.
114. En ese sentido, el Tribunal nota que la fórmula adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos -consistente en admitir la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo- ha sido validada por los principales tribunales regionales de derechos humanos. En el caso europeo, por ejemplo, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el “TEDH”) no ha indicado que el Convenio sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, “CEDH”) ordene a los Estados la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cierto es que tampoco lo prohíbe, por lo que los Estados se encuentran habilitados para reconocerlo, y ello no sería incompatible con el referido instrumento internacional.
115. De hecho, el referido tribunal precisó que el aspecto relacionado con el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser abordado como una suerte de derecho en evolución, sin un consenso establecido, y sobre el cual, como no podía ser de otra firma, los Estados deben gozar de un importante margen de apreciación para la introducción de cambios legislativos [TEDH. *Case of Schalk and Kopf v. Italy*. Judgment of 24 June 2010, p. 105]. Se desprende, pues, que estima que su incorporación en el derecho interno es una opción permitida de conformidad con el CEDH.
116. Lo que, en esta misma línea, ha resaltado dicho tribunal de justicia, es que los Estados deberían contener instituciones o mecanismos que permitan reconocer los vínculos formados entre personas del mismo sexo. En ese sentido, el TEDH ha reconocido, además, que estas parejas son capaces, como las de distinto sexo, de iniciar relaciones estables y comprometidas, por lo que, al ser personas que han decidido compartir sus vidas en términos de mutuo apoyo y asistencia, deben contar un con mecanismo de

reconocimiento a dicho estatus legal en su ordenamiento interno [TEDH. *Case of Vallianatos and others v. Greece*. Judgment of 7 November 2013].

117. En el caso americano, como ya se precisó, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la OC 24/17, ha dispuesto que los Estados incorporen todas las medidas pertinentes para reconocer los matrimonios entre parejas homosexuales en los mismos términos de las uniones heterosexuales. Ahora bien, cierto es que no han faltado posiciones que estiman que esta clase de pronunciamientos no serían vinculantes, ya que, de conformidad con una interpretación literal del artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte IDH solo en los casos en los que hayan sido partes. De hecho, la mayoría de magistrados que rechazaron la demanda han entendido que esta opinión consultiva solo sería aplicable al Estado de Costa Rica y no al Perú.
118. Sin embargo, es preciso tomar en consideración que las opiniones consultivas son un parámetro fundamental para entender los verdaderos alcances y contenidos de la Convención Americana, por lo que es un criterio excesivamente formalista reducir su relevancia solo en relación con el Estado que efectuó la solicitud. De hecho, tampoco debería confundirse la condición de Estado “solicitante” con la de Estado “obligado” a incorporar los criterios desarrollados por el tribunal interamericano. Esto es fundamental, ya que es evidente que la Corte, al interpretar la consulta que se le sometió, no se refería únicamente al caso de Costa Rica. De hecho, si el Estado peruano fuera denunciado por lo resuelto en este caso ante dicho órgano, estamos convencidos que lo único que podremos obtener es una sentencia que disponga la responsabilidad del Estado peruano por la vulneración de la Convención Americana.
119. En esa medida, las opiniones consultivas constituyen pronunciamientos de necesaria revisión por los operadores de justicia, ya que permiten a los distintos actores nacionales la adopción de todas aquellas medidas que estimen pertinentes para evitar un posible caso en el que se genere la responsabilidad internacional del Estado. Por otro lado, como se expuso *supra*, en la medida en que las autoridades nacionales deben adoptar todas aquellas medidas orientadas a garantizar, en lo posible, el adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, es indispensable que los criterios expuestos en las opiniones consultivas no sean simples aspiraciones programáticas, sino que sean parámetros que sean *tomados en serio* por parte de los operadores jurisdiccionales.
120. Sobre ello, es importante anotar que los tribunales nacionales no solo conocen de reclamos a propósito de la aplicación de disposiciones de origen estrictamente nacional, sino que, además, suelen recibir demandas en las que se solicita que se tutele un derecho cuyo origen proviene de una fuente del ordenamiento internacional [*cf.* Sloss, David (Editor). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*. Cambridge University Press (2009), p. 1], tal y como ocurre en el caso de los reclamos basados en lo dispuesto en tratados que hayan sido suscritos por el Estado peruano. En este

orden de ideas, es natural que lo dispuesto en las opiniones consultivas de la Corte IDH, en la medida en que desarrollan el contenido de los derechos establecidos en la Convención Americana, deban ser consideradas por las autoridades jurisdiccionales en la resolución de controversias.

121. Del mismo modo, es importante destacar que esta clase de resoluciones permiten contar con herramientas suficientes para la interpretación de los derechos reconocidos en la propia Constitución, cuestión que es relevante por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Sobre ello, es importante apuntar que, en las últimas décadas, ha existido una importante interacción entre las altas cortes de los diversos países que integran el sistema interamericano con la propia Corte IDH, y ello obedece a que todos estos tribunales, en su conjunto, se encargan de la interpretación y aplicación de los derechos de la persona.
122. Se aprecia, pues, que en esta conversación constante (*ongoing conversation*), la finalidad última a la que deben aspirar las autoridades jurisdiccionales es la relativa a la identificación del mejor estándar de protección de las libertades, sea que la fuente del derecho que se analice derive del derecho interno o del internacional. Se trata, así, de fomentar un espacio de comunicación transjudicial, el cual deviene en elemental para evitar distintos conflictos o choques entre jurisdiccionales locales e internacionales, y el cual promoverá, además, que los esfuerzos se concentren en el logro o cumplimiento de objetivos sustantivos comunes [*cfr.* Slaughter, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994), p. 120].
123. Por otro lado, otro argumento que podría señalarse es que el criterio de la Corte Interamericana desarrollado en la OC 24/17 no fue de conocimiento por parte del Reniec al momento de expedir las resoluciones administrativas que fueron impugnadas en este caso. Sin embargo, en este voto, hemos opinado que la discriminación en función de la orientación sexual es un hecho que ha sido severamente reprochado en diversos tratados internacionales. La jurisprudencia del tribunal interamericano solo confirmó esta tendencia. Entendemos que el Reniec contaba con todas las herramientas suficientes, al momento en que decidió denegar la solicitud de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, para solucionar este caso.
124. En efecto, y como ya lo hemos precisado en este voto, una de las consecuencias lógicas y naturales de la globalización ha sido la de la dilución de las fronteras nacionales, y ello, como no podía ser de otro modo, también ha tenido una importante repercusión en el terreno de los derechos. Ciertamente, las cortes nacionales -y particularmente aquellas que hacen las veces de órganos de cierre del sistema- siguen rigiéndose en función de la normatividad nacional, y particularmente considerando la constitución local. Sin embargo, de ello no se desprende que deban ser indiferentes frente a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de otros países, sobre todo cuando en ellos se regulen mandatos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

125. Del mismo modo, debemos asumir que, en la actualidad, existe una clara tendencia al diálogo entre las altas cortes de justicia que operan tanto a nivel nacional como internacional. Esta era, que autores como Ran Hirschl han catalogado como la del *renacimiento del derecho constitucional comparado* [cfr. Hirschl, Ran. Asuntos Comparativos. El renacimiento del Derecho Constitucional Comparado. Bogotá, Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2019], implica que, de manera contraria a lo que ocurría en los siglos XVII y XVIII, los Estados sean más receptivos de las posiciones que puedan existir en cuanto a los derechos fundamentales en otros ordenamientos, y más aun si ellas son compartidas por órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
126. Ciertamente, los tribunales estatales tienen también mucho que decir en relación con la interpretación de la Convención Americana. Como se ha indicado *supra*, este mismo instrumento permite que, de existir en la legislación o derecho local una mejor tutela de los derechos, este estándar sea el que debe ser aplicado en el caso particular. Se articula, de esta manera, un nutrido y constante debate en el que el propósito de las cortes (nacionales e internacionales) sea el de optimizar la protección de las libertades de la persona. En ese sentido, los Estados, como el peruano, deben respetar las regulaciones adoptadas por terceros países, sobre todo cuando ellas amplían el contenido de los derechos que se puedan reconocer en sus respectivos ordenamientos.
127. Ahora bien, también debe destacarse que, en el caso de pedido de reconocimiento de actos jurídicos celebrados y validados en el extranjero, la excepción de orden público internacional ostenta un matiz atenuado, y debe ser aplicada solo como *ultima ratio*. En efecto, los operadores, al momento de examinar esta clase de solicitudes -en las que lo que se busca es solo que se prolongue el reconocimiento de un acto correctamente celebrado en el extranjero-, deberían considerar que en estos casos la alteración del orden público se reduce, pues el reconocimiento que eventualmente realizaría para validar dicho acto no supone que se esté obligando a dicho Estado a aplicar esa institución a todos sus nacionales o a las personas que se sometan a su jurisdicción, sino que lo único que se solicita a una autoridad local es la validación de un acto jurídico celebrado en el extranjero. Que el Estado peruano no cuente con una regulación similar, por el momento, no es óbice para garantizar el reconocimiento de un acto que es válido de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento ratificado por el Estado peruano.
128. Tampoco debe entenderse que nuestra interpretación implique que se estén validando distintas formas de matrimonios entre personas que no encuentren alguna clase de respaldo desde el derecho local o internacional, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de las uniones poligámicas, ya que ellas no se desprenden de las fórmulas permitidas en el seno del derecho internacional, el cual, como ya se precisó, no puede ser asumido de manera ajena al derecho interno. En efecto, como ya se ha precisado, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula que ha sido validada tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, por lo que, según comprendemos, no corresponde cuestionar la decisión adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos consistente en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

129. Por lo expuesto, no es posible argüir la excepción de “orden público internacional” para facultar a las autoridades nacionales a no reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en otros países. En ese sentido, estimamos que las resoluciones que aquí se han cuestionado resultan incompatibles con la Constitución, ya que no se encuentran debidamente motivadas al emplearse, como regla general, la excepción de alusión al orden público internacional.
130. De este modo, advertimos que ha existido un déficit considerable de motivación en las resoluciones expedidas por la autoridad demandada, ya que no ha considerado que el orden público internacional, en los términos del Código Civil de 1984 y de la Constitución de 1993, no puede ser indiferente a los desarrollos en torno a los derechos que han sido elaborados de conformidad con los tratados internacionales de los cuales el Estado peruano es parte, y que, en ese sentido, son inmediatamente aplicable de conformidad con el artículo 55 de la norma fundamental.
131. Por todo lo expuesto, consideramos que la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al orden público internacional por dos razones principales: i) porque la Corte IDH ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos, como de hecho lo hicieron, en su momento, al interior de los Estados Unidos Mexicanos; y, ii) porque la Constitución peruana no avala la introducción de un trato discriminatorio en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil en función de su orientación sexual.
132. Reniec, al no valorar estos dos elementos, ha vulnerado los derechos a la igualdad y no discriminación, identidad, libre desarrollo de la personalidad y debida motivación de las resoluciones administrativas en perjuicio de la parte demandante. Por consiguiente, corresponde estimar la demanda.
133. Finalmente, deseamos enfatizar que, como ha ocurrido en muchas otras oportunidades de nuestra historia, es altamente probable que nuestro voto no sea del agrado de la mayoría de peruanos y peruanas que profesan la religión católica. Sobre ello, tenemos que resaltar que, independientemente de las creencias que tanto la magistrada como el magistrado que suscribimos este voto podamos tener, nuestro mandato se ejerce en virtud de lo reconocido en la Constitución. Nuestras preferencias o posiciones personales deben dejarse a un lado cuando se discuten cuestiones basadas en los derechos. En todo caso, y sin perjuicio de ello, queremos culminar la sustentación de este voto recordando las recientes palabras del Papa Francisco, quien sostuvo en el documental *Francesco* que “la gente homosexual tiene derecho a estar en una familia. Son hijos de Dios y tienen derecho a una familia. Nadie debería ser expulsado o sentirse miserable por ello”.

134. Por todo lo hasta aquí expuesto, y habiéndose acreditado la vulneración constitucional, es del caso ordenar que la parte demandada asuma el pago los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el de identidad, y del principio-derecho de dignidad humana.
2. Declarar **NULAS** la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012; la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012; y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012.
3. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil proceder de inmediato a la inscripción en los registros públicos nacionales del Acta de Matrimonio Civil 8748472, matrimonio contraído por el recurrente y su pareja en Ciudad de México (antes Distrito Federal de México), concediendo a dicha inscripción todos los efectos jurídicos que correspondan, sin discriminación por orientación sexual ni de ninguna otra índole.
4. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil el pago de costos procesales.
5. **SOLICITAR** a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el escenario que reciban alguna comunicación relativa a la negativa de la inscripción del matrimonio entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, pueda brindarle un trámite célere, ya que, en la actualidad, esta decisión, avalada por el Estado peruano, afecta sus derechos a la identidad y libre desarrollo de la personalidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto que me merece la opinión de los magistrados Miranda, Blume, Sardón y Ferrero en el presente caso, me permito presentar el siguiente voto singular, en el cual se considera **FUNDADA** la demanda de autos. Este voto sin duda tendrá muchas coincidencias con la propuesta elaborada por el magistrado Carlos Ramos, ponencia original de la causa que no alcanzó el apoyo mayoritario del Colegiado. Ahora bien, y en tanto y en cuanto creo necesario también distinguirme en algunas cosas señaladas en dicho voto, y agregar otras allí no abordadas, he decidido no hacer un voto conjunto con dicho magistrado, sino desarrollar un pronunciamiento aparte, tarea que procedo a emprender de inmediato.

I. Los antecedentes del caso:

1. Con fecha 12 de diciembre de 2012, don Oscar Ugarteche Galarza interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Alega que las resoluciones Registral 1258-2012-GOR/ JR10LIM/ORLIMA/RENIEC; Regional 497-2012/GOR/JR10LIM /RENIEC; y de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC impedirían el reconocimiento en el Perú de su matrimonio celebrado en México, lo cual constituía una vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación en mérito a su orientación sexual.
2. La contestación de la demanda presentada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante Reniec) abarcó diferentes aspectos. En lo referido a materias de competencia, plazos y demás elementos de procedimiento (los llamados aspectos de forma) lo señalado incidió en dos aspectos: el primero estuvo relacionado a decidir una excepción de prescripción, la cual de aceptarse se hubiese llevado a la declaración de improcedente de lo actuado por ser seguido en un plazo extemporáneo. Y justo a ello, señaló que la naturaleza de lo debatido no justificaba recurrir a la vía del Amparo, sino al Proceso Contencioso Administrativo, vía judicial considerada como igualmente satisfactoria por la parte demandante.
3. Además, y en lo referido al objeto y al contenido de la pretensión alegada (los denominados aspectos de fondo), Reniec señala que el matrimonio igualitario que Ugarteche buscaba inscribir en el Perú no estaba admitido en nuestro país, y no podía ser impuesto por el capricho del demandante.
4. En primera instancia o grado se rechaza en primer lugar la excepción de prescripción planteada, pues al momento de interponerse la demanda. Se añade que Ugarteche estaba dentro del plazo de actuación conforme a Derecho, ya que no hay como probar que

Ugarteche recibió la resolución que agotó la vía administrativa, pues su ingreso al Perú se produjo meses después. A continuación, el mismo Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte de Justicia de Lima declaró fundada la demanda, en base a las siguientes consideraciones:

- a) Si bien la Carta de 1993 señala que las diferentes alternativas de matrimonio deben ser reguladas por ley, nada impide al juez constitucional llenar esa mora del legislador, si lo que plantea no va contra el texto constitucional.
 - b) El Perú ha suscrito declaraciones y tratados reconociendo derechos de las personas LGTBIQ (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales y queers).
 - c) Que ya el Tribunal Constitucional, en el caso “Schols Pérez”, había reconocido que la regulación de la familia (no especificada en la Constitución) podía seguir derroteros diferentes a los tradicionales, en tanto y en cuanto ello estaba dentro de lo constitucionalmente posible; y lo mismo podía decirse del matrimonio, con similar tratamiento constitucional.
 - d) Que cabía una lectura evolutiva de la Constitución en este punto, tomando en cuenta el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario en distintos Estados.
 - e) Reniec había incurrido en una actitud discriminatoria, pues, a diferencia de lo sucedido con todos los pedidos de reconocimiento de matrimonio celebrados en el extranjero, aquí dicho reconocimiento habría sido denegado en mérito a la orientación sexual de los cónyuges.
 - f) Se constataba la desprotección existente para los derechos de parejas de un mismo sexo a formar una familia e incluso para desarrollar derechos sucesorios, lo cual era abiertamente discriminatorio.
 - g) El carácter laico del Perú no debería permitir que se admitan consideraciones de tipo religioso para denegar la existencia de matrimonios igualitarios.
 - h) En síntesis, aquí se habían vulnerado los derechos a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo y bienestar de Ugarteche.
5. En segunda instancia o grado se revoca la apelada, alegando que era fundada la excepción de prescripción deducida y que la demanda habría sido planteada fuera de plazo. Ante ello, Ugarteche, al plantear el recurso de agravio constitucional que permite que este caso llegue al Tribunal Constitucional peruano, señala que el cómputo del plazo para la interposición de su demanda debería hacerse desde el momento en que el regresó al Perú, pues no había tenido manera de enterarse de la resolución que dio por agotada la vía administrativa en Reniec, pues no existía en el Perú hasta su regreso nadie autorizado a realizar actuaciones procesales a su nombre.

II. Iniciando la resolución de la causa: un alegato sobre una prescripción que no existió.

6. El argumento utilizado para resolver la causa en segunda instancia o grado ameritaba ser dilucidado pues si se asumía la postura de la Sala de la judicatura ordinaria, ya no había más proceso que continuar. Ahora bien, el argumento planteado por Ugarteche puede ser cierto, pero creo que existen consideraciones más objetivas a tomar en cuenta sobre el particular.
7. Me explico: y es que para el cómputo de un plazo de prescripción como el aquí alegado no pueden ignorarse acontecimientos que conllevan la suspensión de los plazos procesales, y por ende, el cómputo de cuándo opera la prescripción invocada. Debe, para computarse adecuadamente un plazo de prescripción, descontarse a feriados nacionales, los días no laborables para el sector público a nivel nacional y la paralización de las labores judiciales (producidas, por ejemplo, por paros y huelgas de trabajadores judiciales).
8. Hecho entonces el descuento correspondiente, no podían ser tomados como días hábiles para el litigio (y, por ende, como parte de los días a computar para deducir o no una prescripción), una gran cantidad de días que, según lo acreditado por el ponente original de la causa, únicamente habían pasado 56 días entre la notificación de la resolución que dio por agotada la vía administrativa ante Reniec y la interposición de la demanda de Amparo por Ugarteche. El plazo de ley para este iniciar el proceso de Amparo estaba lejos de ser extemporáneo.

III. Precisiones sobre la denegatoria hecha por Reniec

9. Dejada de lado la argumentación sobre la prescripción de la demanda, toca analizar cuáles fueron las razones por las cuales Reniec denegó la inscripción del acta de matrimonio de Oscar Ugarteche. En el primer pronunciamiento de Reniec sobre el particular, la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, el argumento central fue que es la Constitución quien deriva a la ley fijar las formas y demás requisitos que debe tener un matrimonio, y, según el artículo 234 del código civil vigente, uno de esos requisitos era la diversidad de sexo de los contrayentes.
10. La Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, fue aún más radical, pues no solamente hizo suyo el argumento de su antecesora, ya que no solamente trae a colación la necesidad de que, acudiendo al artículo 2049 del Código Civil. Señala que aquí habría un quiebre del orden público internacional, pues nuestra Constitución y nuestro Código Civil no permitían el matrimonio igualitario. Esta misma línea de pensamiento es seguida por la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, la cual incluso llega a afirmar que lo establecido en el ya mencionado artículo 234 del Código Civil peruano también es de orden público internacional. Queda claro que para Reniec, el fundamento central para denegar la inscripción del matrimonio de Ugarteche es que dicho matrimonio encierra una violación del orden público internacional,

excepción a la regla que la forma del matrimonio celebrado en el extranjero que se ciñe a la ley del lugar de su celebración, y todo derecho adquirido en ese escenario tiene la misma eficacia en el Perú.

11. ¿Es esta interpretación de Reniec sostenible, o encierra una situación de discriminación por razón de la orientación sexual de Ugarteche y su esposo? Como se verá a continuación, yo estoy convencido que aquí se produjo un inaceptable acto de discriminación que, lamentablemente, el voto en mayoría ha terminado por convalidar.

IV. La constatación de una situación de discriminación por orientación sexual

12. Como es de conocimiento general, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, a lo que se añade que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.
13. Al respecto, y como también es de conocimiento general, en torno al principio-de-recho de igualdad, se debe precisar que este tiene dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El análisis de la igualdad en la ley no es central en el presente caso, pero es importante señalar, siquiera a modo de información básica, que constituye un límite para el legislador, en tanto la libertad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose prohibido de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En cuanto a la segunda manifestación (igualdad en aplicación de la ley), el derecho a la igualdad se configura como un límite para la actuación de entidades privadas o públicas, y entre estas últimas, las de carácter jurisdiccional. Se exige que estas entidades, al momento de aplicar la ley, no deben atribuir una consecuencia jurídica distinta a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales.
14. Por ende, y en tanto y en cuanto la parte demandada ha rechazado la inscripción del acta de matrimonio civil de Ugarteche sustentando su desempeño en una particular interpretación de un artículo del Código Civil peruano, conviene analizar si aquí se ha vulnerado el derecho de igualdad en la aplicación de la ley del demandante.
15. Es cierto que este Tribunal en alguna de sus composiciones ha señalado que el artículo 2.2 de la Constitución peruana recogería una serie de categorías consideradas sospechosas de discriminación, pues asume que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico (STC 2317-2010-PA, fundamento 33). Es más, aquí la presunción de constitucionalidad de los actos de quien tiene autoridad se pierde, siendo más bien la autoridad quien tiene la responsabilidad (carga de la prueba) de demostrar que al efectuar distinciones no se intenta discriminar.
16. Además, y desde una postura que hace suya la ponencia original, se sostiene que la lista colocada en el artículo 2.2 de nuestra Constitución es una lista expresa de “categorías sospechosas”, pero, luego, no se cierra la posibilidad de atender elementos

potencialmente discriminatorios con la referencia en el mismo artículo constitucional que acabo de reseñar (“de cualquier otra índole”).

17. Ahora bien, con todo respeto creo que aquí se apela a una innecesaria disquisición más propia de una tradición jurídica distinta a la nuestra (la norteamericana), vinculada a la necesidad de, según la materia en que se produzca la diferenciación, pueda justificarse una evaluación (escrutinio) más o menos intenso sobre la justificación (o mejor dicho, la constitucionalidad de una diferenciación) llegando en algunos temas a plantearse la existencia de “categorías sospechosas”, situaciones donde, según la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal estadounidense, se dan con mayor habitualidad casos de discriminación, recurriéndose en esas situaciones al escrutinio fuerte y no a uno intermedio o a un escrutinio débil.
18. La técnica de los escrutinios apela a que el margen de evaluación de las y los diversos intérpretes sobre la justificación de las diferentes alegadas tendrá una intensidad variable según el tema en el cual se ha efectuado la distinción. En la mayoría de las materias el escrutinio o justificación de la diferencia efectuada a aplicarse será denominado escrutinio mínimo o débil. Allí la valoración efectuada giraría en el análisis sobre la legitimidad del objetivo en el cual se sustenta la distinción, así como acerca de la adecuación de los medios empleados para alcanzar dicho objetivo.
19. A su vez, mediante el escrutinio intermedio utilizado para materias como las de género, en donde tradicionalmente muchas veces las diferencias establecidas han encerrado pautas discriminatorias. Aquí la valoración a realizar busca responder la pregunta sobre si es realmente importante la relación existente entre la diferencia (clasificación) empleada y el objetivo buscado en esa medida distinta. Dicho en otros términos, deberá acreditarse la importancia de la distinción efectuada como medio para asegurar el fin deseado.
20. Y llegamos nuevamente, ahora sí en su contexto original, a las “categorías sospechosas” (en Estados Unidos, por decisión jurisdiccional, se incluye allí lo referido a la razón o condición social, religión, etnia, orientación sexual, minusvalía, relación entre nacionales y extranjeros en materia laboral, o diferencias entre hijos matrimoniales o extra-matrimoniales). Aquí se aplicará el escrutinio estricto o fuerte que, como ya adelanté, parte de una inversión en la carga de la prueba, pues es la dependencia estatal la que deberá justificar si había una razón imperiosa para imponer la norma que recoge la distinción y si realmente era indispensable establecer un trato diferente en estos temas para obtener los objetivos buscados.
21. Todo ello suena muy importante, pero, con mucho respecto, está cargado de una poco útil carga subjetiva. Es difícil determinar cuáles son las razones que llevan a colocar a una materia dentro de un escrutinio a otro. Asimismo, es complejo ubicar un problema concreto (por ejemplo, el que padece un grupo de jubilados) al interior de una u otra categoría (en este ejemplo, edad o género), lo cual a su vez condiciona el escrutinio aplicable. Complicaciones realmente innecesarias en el Perú, pues nuestra

Constitución, precisamente en su artículo 2.2, no hace, como señalaba la ponencia original, una lista taxativa, sino una enunciativa de los supuestos en los cuales puede generarse situaciones discriminatorias.

22. Es más, en el Perú, y por un uso innecesario de estos escrutinios, el Tribunal Constitucional concluyó que, a pesar de no encontrarse en la lista constitucional expresa de motivaciones discriminatorias, “la edad se entenderá como tutelada por expresión “cualquier otra índole”, afirmación en rigor absolutamente innecesaria por obvia. No es pues necesario en el Perú hablar de “categorías sospechosas”, frente a las cuales la carga de la prueba de las diferencias se hace mayor o admite variantes de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso I.V. contra Bolivia, con sentencia del 30 de noviembre de 2016. Allí, si bien se reclama una tutela reforzada frente a supuestos de discriminación, se señala que establecer supuestas jerarquías como las de las “categorías sospechosas” es recurrir a criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales (párrafo 240).
23. No hay pues, en el ordenamiento jurídico peruano, materias “más discriminatorias que otras”, ni cabe al antojadizo uso del escrutinio estricto para temas como el de la edad, que es en los Estados Unidos de Norteamérica parte de un escrutinio débil, como erróneamente lo hace una anterior sentencia de este Tribunal (ver STC. 5157-2014-PA, fundamento 31). Y es que lo que se debe aplicar en el Perú se deduce de la lectura de la versión inglesa del artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el cual reclama, en todos los temas donde se hace diferencias, actuar sin discriminación.
24. Aquello es lo que motiva a su vez la construcción planteada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su famoso test de igualdad, el cual consta de los siguientes pasos:
 - a) Encontrarnos ante situaciones comparables (existencia de un *tertium comparationis*).
 - b) Existencia de un fin u objetivo lícito (o por lo menos no prohibido ni contrario a los fines considerados como esenciales para el fundamento de una sociedad democrática), que motive el trato diferenciado.
 - c) Configuración de medidas concretas que guarden relación con el objetivo a alcanzar (examen de racionalidad), pero que sobre todo, sean adecuadas a dicho objetivo o fin (examen de proporcionalidad).
25. Esta es la fórmula que en su momento acogió la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que mayoritariamente ha utilizado nuestro Tribunal, sin recurrir a discutibles “categorías sospechosas”. Cosa distinta es que comprobemos cómo en nuestro país, y por diversas razones, hay sectores que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. Sin negarse ello, basta con aplicar con rigor un test de igualdad para detectar como los y las integrantes del colectivo LGTBIQ son en nuestro país sistemáticamente expuestos a situaciones de discriminación, e inclusive a acontecimientos donde se pone en riesgo sus propias vidas, a través de los denominados “crímenes de odio”.

26. Justo es anotar que esta situación no es exclusiva del Perú, y que los y las integrantes del colectivo LGTBIQ son a nivel mundial también un sector de la población tradicionalmente discriminado. Así, por ejemplo, los “principios de Yogyakarta” (o “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”) resaltan como históricamente el colectivo LGTBIQ ha sido víctima de violaciones a sus derechos como consecuencia de su orientación sexual. En esa misma línea la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2008; el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género de 2012; o la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género del año 2016.
27. La realidad peruana no escapa de este tipo de preocupaciones. El Gobierno mediante el Decreto Supremo 002-2018-JUS aprobó el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, con un lineamiento estratégico que incluyó a la comunidad LGTBIQ. Importante también es el Informe Defensorial N° 1715, sobre los derechos humanos de las personas LGTBIQ, entre otros documentos.
28. Se ha impuesto también que la orientación sexual no heterosexual no constituye una enfermedad o una patología. Eso lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud desde 1990, o la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) desde 1973. Y luego de ello, un largo etcétera, que puede enmarcarse en la siguiente aseveración: no nos encontramos ante una enfermedad o una patología, pero sí ante una materia a la cual debe protegerse frente a su continua exposición a situaciones de discriminación.
29. Ahora bien, y para cerrar este aparte de nuestro texto, la orientación sexual, en su tratamiento concreto en el país, debe ceñirse a parámetros convencionalizados, los cuales buscan preservar condiciones de igualdad en el ejercicio de la orientación sexual de cada quien. Por ende, y tomando en cuenta lo señalado por la Cuarta Disposición Final de la Constitución vigente, debe hacerse de acuerdo con lo previsto en todos los tratados que el Estado peruano haya suscrito (y entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos), la jurisprudencia dictada por los organismos de interpretación vinculante de dichos tratados (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y con las normas con carácter de *ius cogens*.

V. La necesidad de reconocer y proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la orientación sexual de prácticas discriminatorias

30. Sin llegar a los extremos de Bobbio, cuando señala que lo importante de la fundamentación de los derechos era establecer su protección, no puede negarse que la satisfacción de nuestras necesidades humanas básicas expresadas mediante esas capacidades de dar, hacer o no hacer que son los derechos, no es completa sino cuenta con canales especiales, específicos y eficientes para su protección. Ya he resaltado en un anterior apartado

de este texto, la importancia de respetar la orientación sexual de cada quien. A ello, si alguna duda quedaba, habría que añadir que, sin ese respeto, hablar del libre desarrollo de la personalidad de cualquiera de nosotros es poco menos que una quimera. Ahora es cuando toca preguntarse cuán eficiente es el actual marco garantista que se le otorga a estos derechos.

31. Si nos manejamos con un concepto amplio de lo que se entiende por garantías, la relación de declaraciones, tratados y demás pronunciamientos emitidos a favor del respeto a la orientación sexual y su vinculación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad nos genera un escenario de buenas expectativas. El reconocimiento constitucional en el Perú, que reconoce el derecho a no ser discriminado por su orientación sexual (que se desprende del artículo 2 inciso 2) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (como consecuencia de la lógica del artículo 2 inciso 1), apuntan bien. A nivel de garantías procesales, el Código Procesal Constitucional habilita en su artículo 37 inciso 1 que el Amparo procede para la tutela del derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual.
32. El Tribunal Constitucional peruano además ha desarrollado importantes pronunciamientos en contra de la cosificación de las personas y la tutela del libre desarrollo de la personalidad (ver. por ejemplo, las SSTC 2868-2004-PA/TC y 0032-2010-PI/TC). Sin embargo, todo esto puede devenir en absolutamente insuficiente.
33. Me explico: siempre es necesario tener presente que en un Estado Constitucional el poder es limitado y también, aunque a veces resulte peligroso reconocerlo, tener presente que el contenido y el ejercicio de todos los derechos reclama límites. Ahora bien, estos límites a los derechos, máxime si están intrínsecamente vinculados a nuestra propia subsistencia y el desarrollo de nuestros proyectos de vida, deben encontrarse escrupulosamente justificados si lo que se va a limitar es la plasmación de nuestra orientación sexual o del libre desarrollo de nuestra personalidad. Allí no cabe bajo el argumento de contentar la satisfacción de un sector -inclusive mayoritario- imponer a otros(as) la vida que ese sector considera “perfecta” y “correcta”. Como bien señala este mismo Tribunal en su STC 0032-2010-PI, “toda medida perfeccionista se encuentra proscrita” (fundamento 50).
34. Tampoco cabe, aquí en nombre de supuestamente proteger los proyectos de vida propios, un paternalismo que con sutileza o sin ella, intenta (y a veces lamentablemente logra) llevarnos a lo que se considera mejor para cada quien. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffó y niñas contra Chile, señaló con claridad que “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que se incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas” (párrafo 133). No basta con el reconocimiento del colectivo LGTBIQ, sino que es también vital el reconocimiento de que puedan hacer todo aquello que les permita plasmar sus diferentes proyectos de vida. Y entre ello debería estar, como no, el reconocimiento de matrimonios igualitarios como una apuesta de una pareja por compartir sus esperanzas e ilusiones de manera conjunta, y si es posible, hasta el final de sus días.

35. En este escenario, reconocer la existencia del colectivo LGTBIQ, pero negarle la oportunidad de, por ejemplo, el reconocimiento de su vida en pareja, encierra, necesario es decirlo, una cruel manera de discriminar, pues digo que tienes derechos pero en realidad no te los reconozco; o te reconozco algunos derechos pero sin justificación razonable te niego otros que libremente si pueden ejercer aquellas personas de orientación sexual heterosexual, los derechos son de todos y todas, o de ninguno(a). Reconocer una cobertura recortada de derechos a algunos(as) sin un debido sustento, o como consecuencia de fórmulas “perfeccionistas” o “paternalistas” es en realidad establecer que odiosa e indeseablemente hay personas “completas” o “de primera” y personas “incompletas” o de “segunda”. Y ello es absolutamente inaceptable, máxime si viene instaurado o asumido por entidades cuya verdadera finalidad debería ser satisfacer las necesidades humanas básicas de todos(as), permitiéndoles que el pleno ejercicio de sus derechos solamente admita limitaciones razonablemente justificadas.

VI. Los argumentos de Reniec para no atender la pretensión planteada

6.1. Sobre la supuesta existencia de vías igualmente satisfactorias

36. Reniec ha señalado que debe declararse improcedente la demanda, dado que el proceso contencioso administrativo constituye la vía procesal idónea para resolver la pretensión del recurrente. Reniec añade que el proceso contencioso administrativo cuenta con una etapa probatoria que resultaría necesaria para resolver la pretensión, y a ello agrega que la presente controversia no puede ser dilucidada en sede constitucional, toda vez que pretende el reconocimiento de un matrimonio homosexual no permitido por la Constitución peruana.
37. Sobre el particular, cabe preguntarse primero si el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero no constituye más bien un juicio de puro Derecho para el cual no parece ser necesario contar con una etapa probatoria. Y si lo de que se acusa a Reniec es precisamente de violentar el derecho a la igualdad de una pareja de esposos al discriminarlos en razón de su orientación sexual, lo más aconsejable pareciera ser recurrir a la vía directa de la tutela urgente de derechos que constituye el proceso de Amparo.
38. Ahora bien, y por si lo expuesto no fuese suficiente, conviene analizar si el contencioso administrativo constituye una vía igualmente satisfactoria del Amparo en este caso en particular en aplicación del artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, y, sobre todo, en función de lo establecido en el caso “Elgo Ríos” (STC 02383-2013-PA) para determinar cuándo nos encontramos ante una vía igualmente satisfactoria que el Amparo.
39. Como todos y todas sabemos, en el fundamento 15 de la sentencia “Elgo Ríos” se establece que una vía ordinaria (como el proceso contencioso administrativo) será una vía igualmente satisfactoria al Amparo sí, de manera copulativa, demuestra el cumplimiento de los siguientes elementos:

- 1) Que la estructura del proceso (ordinario) es idónea para la tutela del derecho.
 - 2) Que la resolución que se fuera a emitir (en el proceso ordinario) podría dar una tutela adecuada.
 - 3) Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad (del daño alegado).
 - 4) Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las circunstancias.
40. Además de que el caso presentado por Ugarteche involucra un juicio de puro Derecho que se dilataría innecesariamente en sede contencioso-administrativa, debe tenerse en cuenta otros factores de innegable relevancia fáctica: Oscar Ugarteche tiene 71 años. Un contencioso administrativo en el Perú, convertido en un contencioso administrativo de plena jurisdicción, pero con una total insuficiencia de jueces y juezas encargados(as) de atenderlos, toma, según el Informe de la Defensoría del Pueblo 120, un promedio de dos años para obtener una resolución de primera instancia o grado, resolución que puede ser apelada a segunda instancia o grado y llevada a la Corte Suprema en casación. Entonces, a la falta de necesidad de una etapa probatoria le añadiríamos una innecesaria dilación para resolver e incluso un fuerte riesgo de irreparabilidad del daño. El sustento de este argumento de Reniec se nos presente entonces como de gran debilidad, por decir lo menos.

6.2. Sobre la supuesta infracción al orden público internacional

41. Aquí tengo básicamente dos cosas que anotar: algo sobre los alcances que Reniec quiere darle al concepto “orden público internacional”, y luego algo más acerca de lo que ahora entiende al respecto. En un primer momento la noción de orden público internacional era planteada como una excepción, de última ratio para eludir eventuales compromisos contraídos en el extranjero y que no querían honrarse en el país. El alegato más habitual es que nos encontrábamos ante situaciones que, de ser aceptadas quebrarían, o irían en contra del Estado interpelado, o irían contra valores básicos dentro de dicho Estado que serían violentados por la normativa o las actuaciones extranjeras.
42. Además de no encontrar en el pedido de Ugarteche nada que pueda alegarse que genere tanto peligro, y lo que, como veremos luego, estamos más bien de lo constitucionalmente posible en el Perú y que no encuentra prohibición alguna en el ordenamiento jurídico peruano (además de resaltar una manera de evitar se incurra en actos de discriminación a ciudadanos y ciudadanas en función a su opción sexual), importante es anotar como en estos últimos, con una dinámica que tiende la integración de los diferentes ordenamientos jurídicos ha dejado completamente de lado esa antigua concepción del orden público internacional.
43. Y es que se debe entender que hoy se da un radical cambio en lo que se entiende por “orden público internacional”. Esta noción se encuentra más bien ligada a que los diferentes Estados respeten sus diversos compromisos internacionales (tratados suscritos

respecto a la interpretación vinculante de dichos tratados), así como las disposiciones con carácter de *ius cogens*. Y al mismo tiempo implica para los diversos Estados la imposibilidad de establecer trabas para el cumplimiento de estos tratados, los pronunciamientos vinculantes que se desprenden de estos tratados y las disposiciones con carácter de *ius cogens*. Para decirlo en pocas palabras, Reniec invoca el “orden público internacional” para desconocer o incumplir actuales alcances tal como veremos en este mismo texto.

6.3. La consideración de un supuesto reconocimiento constitucional al matrimonio heterosexual que proscribe un sustento de este tipo al matrimonio igualitario

44. La Constitución peruana, en su artículo 4, establece un reconocimiento y reclama una protección a la familia y al matrimonio como instituciones de gran relevancia dentro de nuestro ordenamiento, y presupuesto para el ejercicio de una serie de derechos fundamentales, Una institución constitucionalmente garantizada, para decirlo en términos más técnicos. Ahora bien, y lo que es necesario resaltar, en ningún caso la Constitución establece como válido un tipo de familia o una clase de matrimonio.
45. Esta configuración constitucional ha permitido al Tribunal Constitucional frente a la mora del legislador, dar respuestas a situaciones anteriormente no previstas pero que ahora se nos presentan como datos ineludibles de la realidad, que la labor de concretización que corresponde al juez(a) constitucional no puede soslayar.
46. Eso es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso “Schols Pérez”. La Constitución no establece un modelo de familia, y el legislador únicamente había establecido regulación en el Código Civil para las familias nucleares desconociendo, por ejemplo, la existencia en la realidad de otras fórmulas de familias, como son las familias ensambladas. El Tribunal Constitucional peruano reconoce la cobertura constitucional de la familia ensamblada, en la línea de lo previsto en el artículo 4 de la Carta de 1993. Ese mismo pedía entonces alegarse sobre el matrimonio civil: que en el Código Civil se haya reconocido finalmente un tipo de matrimonio (el matrimonio heterosexual), no implica que no exista sustento constitucional o convencional para el reconocimiento de otro tipo de matrimonios.
47. Sin embargo, por motivos que no comparto se intenta realizar una interpretación a todas luces forzada de la Constitución para, en base a ello, intentar justificar que solamente habría cobertura constitucional al matrimonio heterosexual (e incluso tratar de proyectar una confesa descalificación del matrimonio igualitario recurriendo a una ya doctrinariamente superada comprensión del orden público internacional). Se lee el artículo 5 de la Carta de 1993, destinado a establecer una protección a ciertos supuestos de convivencia heterosexual estricto sensu para de allí “dar el salto” a un supuesto reconocimiento (exclusivo y excluyente) del matrimonio heterosexual a nivel nacional.

48. Con el debido respeto que merece toda comprensión distinta a la nuestra, considero que en términos de interpretación (e incluso de integración) jurídica, nos encontramos ante un esfuerzo insostenible.
49. Me explico: en primer lugar, no puede hacerse una interpretación analógica entre dos instituciones de distinta naturaleza. El matrimonio no es el concubinato y por ende, lo que es invocable en uno no lo es necesariamente en el otro. En segundo término, el concubinato no es, como incluso se insinuó por allí, un matrimonio “en pequeño” o “incompleto”, y por ende, lo que es aplicable al concubinato *a fortiori* no es predicable del matrimonio. Y finalmente, aún asumiendo que estuviésemos ante situaciones que hubiesen podido ser sometidas a un razonamiento analógico o a una consideración *a fortiori*, estas fórmulas no pueden ser utilizadas para restringir el alcance de derechos o instituciones.
50. El juez(a) constitucional tiene necesariamente que ser creativo en su labor interpretativa de la Constitución, pero debe ser respetuoso de ciertos parámetros, y uno de ellos es sin duda, lo que dice el texto de la misma Constitución, lo que se infiere razonablemente de su texto o de una lectura convencionalizada del mismo. No existe pues consagración constitucional del matrimonio heterosexual. Lo que existe más bien es una cobertura dentro de lo constitucionalmente posible para el matrimonio igualitario, como veremos luego.
51. Ahora bien, y en todo caso, una discusión sobre el supuesto reconocimiento constitucional de una forma o fórmula de matrimonio de manera excluyente frente a otros, no parece un argumento de improcedente, como si lo es (aunque no se coincida con el) el hablar de si existen o no vías igualmente satisfactorias. Lo que pareciera aquí es encerrarse, bajo argumentos sin duda muy respetables, es un pronunciamiento sobre los alcances de una institución constitucional, dándole coberturas mucho más limitadas, en base a ello se alega una supuesta vulneración del orden público internacional, un verdadero pronunciamiento sobre el contenido y el objetivo de lo pretendido es en este caso (el reconocimiento de un matrimonio igualitario válidamente suscrito en el extranjero). Dicho en otras palabras, por el fondo de la controversia.

VII. Resolviendo el caso planteado, completando nuestra discrepancia con los votos de mayoría

7.1. El margen de competencias de Reniec y su necesaria relación con el reconocimiento y tutela de necesidades humanas básicas

52. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), es, como se sabe, conforme con lo señalado en el artículo 183 de la Constitución “tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el Estado Civil” (en ese mismo sentido, entre otras, la STC 04729-2011-PHD, fundamento ocho). El artículo 2 de su Ley Orgánica añade que se encuentra bajo su responsabilidad la organización y el mantenimiento del registro único de identificación de las

personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Importantes funciones sin duda; pero que, dentro de un Estado Constitucional, deben ejercerse de acuerdo con los principios, disposiciones, derechos y deberes recogidos en la Constitución de nuestro país, o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada.

53. Y es que no existe Estado Constitucional en serio si sus entidades, públicas o privadas, no actúan conforme a parámetros constitucionales. Eso no quiere decir que todas ellas, por cumplir y hacer cumplir la Constitución, tengan la posibilidad de, por ejemplo, ejercer control difuso, como alguna vez lo dijo erróneamente alguna sentencia de este Tribunal felizmente ya rectificadas. Lo que quiere decir es que cada cual debe actuar dentro de sus competencias, y, sobre todo, respetar los derechos y atribuciones de los demás.
54. Aquello tiene especial relevancia en el caso de Reniec. Como entidad con autoridad, su accionar debe seguir al menos parámetros de razonabilidad, racionalidad, deber de motivación y corrección funcional. Ahora bien, y a ello hay que añadir el mismo artículo 183 de la Constitución y el artículo 7 de su Ley Orgánica le otorgan, entre otras funciones, velar por el respeto de la identidad de la persona y demás derechos inherentes a ella. Y dentro de esos derechos inherentes a la identidad de las personas están, cómo no, el no ser sometidos a tratos discriminatorios, y el respeto a su orientación sexual y al libre desarrollo de la personalidad de cada quien.
55. Por ende, son muchas las veces que el Tribunal Constitucional peruano se ha debido pronunciar exigiendo al Reniec el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionalmente establecidas. No debiera negarle a nadie tener un documento nacional de identidad; no debería regatear el acceso a dicho documento a personas adultos mayores o a quienes lo han perdido en situaciones debidamente justificadas; no debiera negarse a rectificar los datos referidos al estado civil o a la identidad de género de las personas; no debería, finalmente, impedir que se reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero sin justificación razonable, alegando razones insuficientes (una supuesta vía procesal igualmente satisfactoria, una comprensión desfasada del orden público internacional) o, como veremos a continuación, desconociendo los derechos fundamentales que debería defender, o incumpliendo los parámetros constitucionales y convencionales asumidos por nuestro país que directamente inciden en su labor.

7.2. La labor de concretización del juez(a) constitucional y su fin último: la posibilidad de satisfacer necesidades humanas básicas, sobre todo de sectores vulnerables

56. El constitucionalismo contemporáneo no es el mismo que motivó en su momento las revoluciones burguesas, o aquel que rigió antes de la Segunda Guerra Mundial. se ha pasado, no sin sobresaltos, dificultades y hasta eventuales retrocesos, de un constitucionalismo de límites (donde el eje de la preocupación del constitucionalismo era el de la limitación del poder para así evitar su ejercicio abusivo sobre los ciudadanos y

ciudadanas) a un constitucionalismo de derechos (donde el aspecto primordial es el de permitir a la ciudadanía, y sobre todo a las minorías, exigir la posibilidad de poder hacer o dejar de hacer algo, mientras ello no sea ilícito, y siempre y cuando aquello sea vital para la satisfacción de sus necesidades humanas básicas, necesidades frente a las cuales lo que hoy conocemos como derechos son, probablemente, sus más calificados expresores en una sociedad determinada.

57. En ese contexto, la responsabilidad del juez o la juez constitucional es muy grande. Reconoce que existe una pluralidad de intérpretes vinculantes de la Constitución de su país, pero es el principal responsable de la concretización de las disposiciones, principios, valores derechos, deberes y preceptos recogidos en una Constitución (o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada). Entonces, si se trata de la protección de los derechos (y sobre todo, de los derechos de las minorías, quienes en los hechos menos pueden disfrutar de esos expresores de sus necesidades humanas básicas expresores a los que sabemos denominar derechos), el juez(a) constitucional no puede contagiarse de la mora o el silencio de otros intérpretes vinculantes de la Constitución, y si existe cobertura constitucional para ello, se encuentra en la obligación de desarrollar, dentro de lo constitucionalmente posible, el contenido de medios e instituciones que permitan la plena satisfacción de las necesidades humanas básicas de todos y todas, y sobre todo, de quienes tradicionalmente han sido sometidos a situaciones de discriminación .
58. Eso es lo que hizo en su momento este Tribunal en el ya aquí mencionado caso “Schols Pérez”, más no solamente en esa ocasión. Este Tribunal, con la actual composición, e incluso contando con el voto de algunos de quienes ahora configuraron el voto de mayoría, admitió una interpretación directa y conforme a la Constitución del tema de los migrantes en el caso “Mesquita de Oliviera”, dejando de lado toda la normativa entonces vigente, la cual prohibía la reagrupación de un migrante extranjero con su familia peruana. Y junto a ello, un largo etcétera.
59. Es más, eso es precisamente lo que han hecho juezas y jueces constitucionales en varios países del orbe para precisamente reconocer el matrimonio igualitario (y no solamente la mera inscripción de un matrimonio regulatorio celebrado en otro país). La labor de un matrimonio igualitario celebrado en otro país). La labor, por ejemplo, las Cortes Supremas estadounidenses, argentina y costarricense, o del Tribunal Constitucional del Ecuador, han ido en ese sentido: han asumido el rol tuitivo y de interpretación directa a la constitución que les corresponde, sin esperar al legislador(a), sino más bien, con su actitud, impulsando a quienes legislan a pronunciarse luego con detalle al respecto.

7.3. La relevancia de lo señalado por la Corte Interamericana al respecto

60. Durante el debate surgido al respecto, hay quien, alegando la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, la cual reclama que los derechos en el Perú deben comprenderse de acuerdo con lo prescrito en los tratados de los cuales nuestro país es parte, toman la lectura del artículo 17.2 de la Convención

Americana de Derechos Humanos para luego señalar que el sistema norteamericano ya se ha optado por un modelo de matrimonio que de manera exclusiva y excluyente implica una relación entre hombre y mujer. Nada más lejano de la realidad, como se verá de inmediato.

61. Y es aquí que se genera un problema parecido al ya descrito en el plano nacional. La letra de la convención reconoce expresamente y pide otorgar protección al matrimonio entre hombre y mujer, pero no descarta ni descalifica el reconocimiento y tutela de otros tipos de matrimonio. Y es que en materia de tutela de necesidades humanas básicas y de límites al poder, las lecturas literales con un alcance restrictivo son siempre contraproducentes al rol tuitivo que justamente un sistema de protección supranacional busca consolidar. Cabe aquí recordar cómo en nuestro Tribunal Constitucional desde el caso “Lizana Puelles”, donde una lectura literal, sistemática y contraria al parámetro convencional de un artículo de nuestra Constitución que fue justamente descartada por inconstitucional por quienes integraban el Tribunal Constitucional de ese entonces.
62. Lo cierto es que en el sistema interamericano no existe una prohibición de fórmulas matrimoniales distintas a las del matrimonio heterosexual, sino todo lo contrario. Desde casos como “Atala Riffo” o “Duque”, el razonamiento de la Corte Interamericana va en un sentido diferente. Sin embargo, y para despejar cualquier duda sobre el particular, basta con leer la Opinión Consultiva 24 del año 2017 para ver cómo la Corte Interamericana reconoce la relevancia de reconocer y proteger a los matrimonios igualitarios en los Estados sometidos a la competencia de la Corte, y además, establece la obligación de que los Estados no pongan trabas o dificultades a la consagración de estas fórmulas matrimoniales.
63. Lo expuesto aquí reclama varias aclaraciones frente a algunas cosas dichas sobre el particular, seguramente por falta de información. En primer término, debe entenderse con claridad la naturaleza de una Opinión Consultiva de la Corte: no se trata de una recomendación, sino de un pronunciamiento vinculante para todos los Estados que admiten las competencias de Corte, hecho a propósito de una consulta hecha en abstracto (de allí su nombre de Opinión Consultiva, para diferenciarlo de la competencia contenciosa de la Corte, basada en la resolución de controversias específicas). Sobre cómo debe interpretarse una norma o una presente o futura interpretación de una norma de alguno de los órganos obligados a seguir la interpretación de la Corte. Dada una Opinión Consultiva, lo resuelto allí es de cumplimiento inmediato, tal como lo demostraron las actuaciones de la Corte Suprema de Costa Rica e incluso del Tribunal Constitucional del Ecuador, Estado que por cierto no formuló la Opinión Consultiva correspondiente.
64. En segundo lugar, se ha dicho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha prohibido el matrimonio igualitario, y eso no es cierto. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no hace mención alguna al respecto y el Tribunal, en una muy conocida

sentencia (Schalk and Kopk contra Italia, del 24 de junio 2010), reconoce que estamos ante una materia en evolución ante la cual deja a los diferentes Estados sometidos al Tribunal un margen de apreciación para que estos tomen la regulación que consideren conveniente en sus contextos específicos. Dejar libertad de acción no es denegar.

65. La consecuencia lógica de lo prescrito en la Opinión Consultiva 24 es muy clara. El Estado peruano no solamente debería limitarse a reconocer matrimonios igualitarios celebrados fuera de su territorio, sino que debía pasar a establecer una específica regulación tuitiva al respecto, y además, suprimir cualquier traba a la tutela de la afirmación de estos matrimonios. En ese contexto, si Reniec como entidad administrativa se sentía limitada a tomar decisiones en ese sentido en base a una discutible comprensión del sentido en base a una discutible comprensión del principio de legalidad, y el Congreso continuaba guardando silencio al respecto, tocaba al Tribunal Constitucional por lo menos otorgar el reconocimiento al matrimonio igualitario de Ugarteche, para así no solamente cumplir con los compromisos internacionales ya suscritos, sino también, y por sobre todo, no permitan que se plasme una situación de discriminación fácilmente apreciable con la sola aplicación del test de igualdad.
66. Explicó de inmediato los alcances de lo que acabo de decir. Aquí hay una clara situación comparable (*tertium comparationis*): la de la situación de todos los diferentes matrimonios celebrados en el extranjero. Ahora bien, y frente a esos matrimonios, uno de ellos, no es reconocido como los demás, y esta distinción se realiza en base a argumentos que como creo haber podido acreditar en este texto, no cuentan con una justificación, y por ende, son casos donde pura y simplemente se había consagrado un supuesto de discriminación, con el agravante que dicho comportamiento desconocía el cumplimiento de lo claramente señalado mediante espacios cuya competencia para pronunciarse al respecto había sido aceptada por el Estado Peruano.
67. Y es que, en estricta aplicación del test de igualdad ante situaciones comparables no veo que la distinción realidad se sustenta en una justificación razonable. Más bien encuentro una situación de incumplimiento a los parámetros establecidos por el sistema interamericano que bien pueden llevar a que el señor Ugarteche pueda llevar su caso a la Comisión Interamericana, y luego, esta Comisión hacer suyo y llevar el caso a la Corte. El pronunciamiento de la Corte Interamericana, luego de lo resuelto en la Opinión Consultiva 24, es a todas luces previsible: Condena al Estado Peruano, la cual no va a implicar solamente el reconocimiento del matrimonio igualitario del señor Ugarteche en el Perú, sino también la exigencia de que el Estado peruano regule el matrimonio igualitario, para que así no se produzcan supuestos de discriminación y perjuicios al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como se ha producido en este caso en particular.
68. Por todas estas consideraciones mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse producido una clara vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, y en relación con ello se causa también un perjuicio al desarrollo de

derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la identidad de don Oscar Ugarteche. En ese mismo tenor, declararse nulos los actos lesivos a esos derechos (Las resoluciones Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC; Regional 497-2012/GOR/JR10LIM /RENIEC; y de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú). Y, finalmente, inscribirse el Acta de Matrimonio Civil celebrado en México por el señor Ugarteche y que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú asuma los costos procesales generados por la presente controversia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

JORGE GUILLERMO COLONIA BALAREZO
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Guillermo Colonia Balarezo contra la resolución de fojas 108, de fecha 24 de julio de 2019, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de marzo de 2019, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica y la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica. Solicita que se declaren nulas la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018 (folio 5), en el extremo que admitió la denuncia interpuesta en su contra por doña María Luisa Paredes Tambra por violencia (en la modalidad de maltrato psicológico) y le concedió medidas de protección; y la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019 (folio 19), que confirmó la Resolución 1, en el extremo que otorgó medidas de protección a favor de la denunciante, las cuales fueron expedidas, respectivamente, por los jueces emplazados.

Alega que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, en sus manifestaciones del derecho de defensa y del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; toda vez que a través de las resoluciones cuestionadas se dictaron medidas de protección a favor de la denunciante prescindiendo de la realización de la audiencia para su efecto, con lo cual se le impidió ejercer su derecho a ser oído, y basándose exclusivamente en una anticientífica e inconstitucional “Ficha de valoración de riesgo en mujeres víctimas de violencia de pareja”, cuyas preguntas se formularon a la víctima en una diligencia en la que no se le permitió participar ni a él ni a su abogado. Al respecto, señala que los jueces emplazados no explican cómo se disponen medidas de protección sin que existan otras pruebas periféricas que corroboren la valoración del riesgo.

Mediante la Resolución 1, de fecha 1 de abril de 2019 (folio 52), el Tercer Juzgado Especializado Civil de Ica declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que no existe irregularidad de relevancia constitucional que vulnere de forma directa y manifiesta los derechos fundamentales alegados, en tanto que el demandante se limita a exponer argumentos y hechos del proceso ordinario pretendiendo un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

A su turno, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica confirmó la decisión de primera instancia o grado, considerando que el recurrente pretende revisar en vía constitucional las decisiones emitidas por la judicatura ordinaria, a pesar de que no evidencian una infracción concreta al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que invoca.

FUNDAMENTOS

§1. PETITORIO Y DETERMINACIÓN DEL ASUNTO CONTROVERTIDO

1. Del escrito que contiene la demanda, este Tribunal Constitucional observa que el petitorio está dirigido a que se declare la nulidad de la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, a través de la cual se admitió la denuncia interpuesta por doña María Luisa Paredes Tambra en contra del recurrente por violencia (en la modalidad de maltrato psicológico) y le concedió medidas de protección; y la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019, emitida por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante la cual confirmó la citada Resolución 1, en el extremo que concedió medidas de protección, por violencia contra la mujer, a favor de la referida denunciante María Luisa Paredes Tambra. Alega que dichas resoluciones violan sus derechos fundamentales de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales.
2. El Tribunal advierte que, si bien al identificarse los derechos que se habrían vulnerado el recurrente ha invocado tanto al derecho de defensa como al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la presente controversia constitucional solo está relacionada con el primero. Ello es así por cuanto, efectivamente, la Ley 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, publicada el 23 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*, establece el uso de la “Ficha de valoración de riesgo” como un instrumento objetivo para analizar el riesgo de violencia contra la mujer y, sobre la base del resultado obtenido de su aplicación a la víctima, sustentar el dictado de medidas de protección que ayuden a detener la violencia ejercida contra aquella o prevenir que se suscite nuevamente, excluyendo al presunto agresor de participar en el momento en que se completa dicha ficha, así como impidiéndole ser oído porque se prescinde –en casos de riesgo severo– de la realización de la audiencia para su dictado.
3. Así, el Tribunal considera que la controversia constitucional gira esencialmente en torno a la verificación de si la exclusión del demandante para participar en el momento en

que se completa la ficha, así como el otorgamiento de medidas de protección a favor de la mujer denunciante sin que se le permita previamente al demandante ser oído en la audiencia de su dictado porque se prescindió de su realización, intervienen injustificadamente o no sobre su derecho de defensa.

§2. PROCEDENCIA DEL AMPARO

4. Sin embargo, un análisis, como el anunciado en el fundamento precedente, requiere que este Tribunal se cerciore previamente si el recurrente ha cumplido con satisfacer las condiciones de la acción a las que está sujeto el proceso de amparo. Esas condiciones de la acción están reguladas, esencialmente, en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional y, tratándose del cuestionamiento de una resolución judicial, el análisis también comprende lo previsto por el artículo 4 del mismo cuerpo de leyes.
5. El Tercer Juzgado Especializado Civil de Ica declaró la improcedencia *in limine* de la presente demanda de amparo y esta decisión fue confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica, en esencia, por considerarse que la demanda no contendría un asunto de relevancia constitucional desde el punto de vista de los derechos fundamentales alegados (artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional).
6. Este Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. A este efecto, recuerda que el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor de la cual se debe considerar el contenido protegido del derecho de defensa sobre la base de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, reconoce el derecho de toda persona a ser oída

con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la **determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter** [negritas agregadas].
7. Si este derecho a ser oído garantiza o no que el denunciado de violencia contra la mujer deba ser escuchado antes de que se otorgue una medida de protección a favor de la mujer en los casos de violencia es una cuestión que se determinará más adelante, según los derechos y principios constitucionales involucrados. Entre tanto, para determinar si el rechazo liminar de la demanda se encuentra justificado en los términos exigidos por el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, al Tribunal Constitucional le basta advertir que, si el derecho de defensa garantiza, *prima facie*, el derecho a ser oído en cualquier proceso judicial en el que se determinen los derechos y las obligaciones de una persona que participa en este, no cabe duda de que esa relación directa existe.
8. La decisión adoptada de otorgar medidas de protección a favor de doña María Luisa Paredes Tambra, que es el acto reclamado en este proceso, tiene el efecto de establecer ciertas reglas de conducta que deberá cumplir el demandante. Estas reglas de conducta,

que desde su dictado forman parte de la determinación del alcance de los derechos y de las obligaciones del recurrente, se han dictado –así se alega– sin que se le permita ser oído, lo que le ha impedido exponer que la decisión judicial se ha adoptado según una prueba unilateral (“Ficha de valoración de riesgo”), en cuya metodología de aplicación no solo no participa el presunto agresor, sino también que carece de ciertos niveles de racionalidad.

9. No se formula una pretensión orientada a cuestionar lo resuelto por los órganos de la jurisdicción ordinaria ni un asunto que se pueda calificar como de ninguna trascendencia constitucional, tal como ha sido señalado por las instancias inferiores que han conocido este proceso. Así, puesto que no existe justificación en la decisión de rechazar liminarmente la demanda, este Tribunal debería decretarlo así y, con base en sus facultades nulificantes establecidas en el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, declarar la nulidad de todo lo actuado, ordenar que se admita a trámite la demanda y disponer que siga el curso procesal que corresponda.
10. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, es innecesario obrar de ese modo. Según nuestra doctrina jurisprudencial, expresada entre tantas otras sentencias (vgr. Expedientes 04184-2007-PA, 06111-2009-PA, 01837-2010-PA, 00709-2013-PA y 01479-2018-PA), el Tribunal considera que, al tratarse de una controversia que gira alrededor de los alcances del derecho de defensa en esta clase de proceso especial para prevenir la violencia contra la mujer, en el expediente se encuentra todo lo que es necesario para emitir un pronunciamiento sobre el fondo. En primer lugar, al tratarse del cuestionamiento directo de la resolución judicial que concedió las referidas medidas de protección, así como su confirmatoria, las razones de los órganos jurisdiccionales emplazados se encuentran objetivadas en la fundamentación que antecede a la decisión. En segundo lugar, expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto no vulneraría, a su vez, el derecho fundamental a la defensa, en este caso, de los jueces que integraron los órganos judiciales demandados. Así, por lo demás, se desprende de los propios actuados en el presente proceso, donde el rechazo liminar de la demanda no ha impedido que se les notifique el escrito de apelación (folio 93, vuelta), el auto que concede este medio impugnatorio (folios 86, vuelta; 93, vuelta; y 94, vuelta), la resolución que establece la fecha y hora de la vista de la causa (folios 98 y 99), así como la resolución de vista (folios 113-115).
11. Así, pues, la decisión de este Tribunal de pronunciarse sobre el fondo en el presente caso es plenamente congruente con la directriz que contiene el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la cual ordena que los fines de los procesos constitucionales no sean sacrificados por exigencias de tipo procedimental o formal, además, desde luego, de así requerirlo los principios procesales de economía procesal e informalismo, también enunciados en el referido artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
12. Finalmente, este Tribunal advierte que la condición de la acción –consistente en el deber del demandante del amparo contra resoluciones judiciales de emplear los medios

impugnatorios hábiles e idóneos para cuestionar la violación de sus derechos y, de esa manera, obtener una “resolución judicial firme”, tal como exige el artículo 4 del Código Procesal Constitucional—, en el presente caso, también ha sido satisfecha. La Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, en su momento, fue impugnada mediante el recurso de apelación correspondiente. Esto motivó que se expidiera la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019, por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica. Dado que esta última resolución se trata de un auto que no finaliza el proceso, no corresponde exigir que el recurrente haya debido interponer un recurso de casación; pues, de acuerdo con la ley procesal correspondiente, dicho recurso no está contemplado para estos casos.

13. Corresponde, por tanto, emitir un pronunciamiento sobre el fondo y así se hará.

§3. SOBRE LA ALEGACIÓN DE VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA MUJER QUE ES VÍCTIMA DE VIOLENCIA

i) El contenido inderogable del derecho de defensa y su contenido *prima facie*

14. Como ya se tiene expuesto, el demandante invoca la afectación de sus derechos fundamentales de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales. Considera que, mediante la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, a través de la cual se admitió la denuncia por violencia psicológica interpuesta en su contra por doña María Luisa Paredes Tamba y se le concedió medidas de protección; y la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019, emitida por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la citada Resolución 1, se concedieron indebidamente medidas de protección a favor de la denunciante. Así, en su opinión, estas decisiones se basan exclusivamente en una prueba (“Ficha de valoración de riesgo”) que es anticientífica e inconstitucional, impidiéndosele su participación en la diligencia donde se formularon las preguntas contenidas en la ficha a la persona que denunció ser víctima de violencia. Además, tales medidas se dictaron prescindiendo de la realización de audiencia.
15. El derecho constitucional de defensa se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, a tenor del cual:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

16. Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos precisa que toda persona tiene derecho:

[...] a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

17. En su formulación más básica, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho de defensa garantiza que toda persona que participa en un proceso judicial no quede en estado de indefensión. Asimismo, se ha mencionado que ese derecho a ser oído no proyecta las facultades e inmunidades que en su nombre se encuentran garantizadas al ámbito exclusivamente del proceso penal o sobre cualquier proceso judicial, sino que tiene la virtualidad de irradiarse en cualquier clase de procedimiento (administrativo o corporativo privado) donde un tercero tenga la competencia para decidir sobre los derechos y las obligaciones de una persona.
18. Por tanto, los procesos especiales, como el de medidas de protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, regulado por la Ley 30364, no son ajenos a este ámbito de protección del derecho de defensa.

ii) Determinación de la intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho de defensa

19. El Tribunal observa que, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 30364, el Juzgado de Familia dentro de las 48 horas (en caso de riesgo leve o moderado, identificado en la ficha de valoración de riesgo) o de las 24 horas (en caso de riesgo severo, identificado en la ficha de valoración de riesgo), contadas desde que toma conocimiento de la denuncia, evalúa el caso y resuelve en audiencia la emisión de las medidas de protección y/o cautelares requeridas, que sean acordes con las necesidades de la víctima. En este segundo supuesto señalado, el juez podrá prescindir de la audiencia, dada la urgencia de salvaguardar la integridad de la persona denunciante. En tanto que en los casos en los que no se pueda determinar el riesgo, el Juzgado de Familia, en el plazo máximo de 72 horas, evalúa el caso y resuelve en audiencia. Son inaplazables las audiencias para el dictado de medidas de protección y se realizan con los sujetos procesales que se encuentren presentes.
20. Igualmente, observa que, al regularse las medidas de protección que se pueden dictar en los procesos especiales por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, enunciativamente, el legislador ha considerado las siguientes (artículo 22 de la Ley 30364):
1. Retiro del agresor del domicilio en el que se encuentre la víctima, así como la prohibición del regresar al mismo. La Policía Nacional del Perú puede ingresar a dicho domicilio para su ejecución.

2. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a su domicilio, centro de trabajo, centro de estudios u otros donde aquella realice sus actividades cotidianas, a una distancia idónea para garantizar su seguridad e integridad.
3. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.
4. Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección. En el caso de integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en situación de actividad que emplean armas de propiedad del Estado en el ejercicio de sus funciones, el juzgado oficia a la institución armada o policial para los fines de este numeral.
5. Inventario de bienes.
6. Asignación económica de emergencia que comprende lo indispensable para atender las necesidades básicas de la víctima y sus dependientes. La asignación debe ser suficiente e idónea para evitar que se mantenga o coloque a la víctima en una situación de riesgo frente a su agresor e ingrese nuevamente a un ciclo de violencia. El pago de esta asignación se realiza a través de depósito judicial o agencia bancaria para evitar la exposición de la víctima.
7. Prohibición de disponer, enajenar u otorgar en prenda o hipoteca los bienes muebles o inmuebles comunes.
8. Prohibición a la persona denunciada de retirar del cuidado del grupo familiar a los niños, niñas, adolescentes u otras personas en situación de vulnerabilidad.
9. Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora.
10. Tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la víctima.
11. Albergue de la víctima en un establecimiento en el que se garantice su seguridad, previa coordinación con la institución a cargo de este.
21. El legislador ha distinguido las medidas de protección de las cautelares (que “resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima”) aludidas en el artículo 22-B de la misma Ley 30364.

22. Al respecto, el Tribunal observa que las medidas de protección presenta características o elementos que también son propios de las medidas cautelares, como la temporalidad, variabilidad y la urgencia; sin embargo, ello no supone necesariamente que ambas tengan la misma naturaleza. En cualquier caso, las medidas de protección se deben adoptar en un plazo bastante breve por el Juzgado de Familia y en el marco de una audiencia oral que se debe caracterizar por prohibir “la confrontación y la conciliación entre la víctima y el agresor” (artículo 25 de la Ley 30364). El trámite de las medidas de protección es independiente del trámite de la denuncia por violencia que se inicia, generalmente, cuando el Juzgado de Familia remite los actuados al Ministerio Público para que realice la investigación correspondiente. De ahí que el dictado de una medida de protección no significa la atribución automática del estatus de responsable penal al presunto agresor de violencia. El objeto de las medidas de protección es solo asegurar la integridad personal de quien presenta la denuncia por violencia; por ello, su trámite es independiente y célere. La determinación de la responsabilidad penal del presunto agresor debe seguir el curso que la normatividad procesal penal prevé para el efecto.
23. Este Tribunal nota que, si bien es cierto que no existe una norma específica que disponga expresamente que las medidas de protección se deban dictar sin que se oiga al agresor, en el supuesto de encontrarse ante un escenario de violencia calificado como de “riesgo severo”, el inciso “b” del artículo 16 de la Ley 30364 autoriza al juez para que prescinda de la audiencia y actúe con la urgencia que exige el caso. Asimismo, verifica que existen dos normas de carácter general, como el artículo 25 anteriormente reseñado o el artículo 18 (que establece que “[en] la actuación de los operadores de justicia, originada por hechos que constituyen actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se evita la doble victimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas y de contenido humillante. Los operadores del sistema de justicia deben seguir pautas concretas de actuación que eviten procedimientos discriminatorios hacia las personas involucradas en situación de víctimas [...]”), a partir de las cuales se deduce la facultad del juez para disponer el otorgamiento de medidas de protección a favor de la mujer objeto de violencia y que estas, además, se dicten *inaudita altera pars*, sin oírse a la otra parte.
24. En el presente caso, el Tribunal observa que los órganos judiciales emplazados concedieron medidas de protección a favor de doña María Luisa Paredes Tambra, las cuales fueron dictadas sin que se permitiera al recurrente ser oído porque se prescindió de la realización de la audiencia correspondiente al tratarse de un caso calificado como de riesgo severo (folio 8). Las medidas de protección consistieron en que el demandante queda prohibido de (i) acercarse a la agraviada, a su domicilio, centro de trabajo y otros a una distancia no menor de 50 metros; (ii) comunicarse con la agraviada, ya sea por medio de cartas, escritos diversos correos electrónicos, mensajes de texto, teléfono, chat, redes sociales, internet y otras formas de comunicación; (iii) protagonizar cualquier tipo de discusión o altercado, ya sea que se encuentre en estado etílico o sobrio, en cualquier lugar y circunstancia en que se encuentre la parte agraviada, a fin de no

- causarle un daño emocional; (iv) agredir verbalmente a la agraviada con palabras humillantes y ofensivas y cualquier otra acción que le cause afectación emocional; y que se abstenga de (v) inferir maltrato físico o psicológico a la agraviada.
25. Como objetivamente tales medidas incidieron sobre una serie de libertades del ahora recurrente, y estas se dictaron sin que se le permita ser oído, el Tribunal advierte que existe una intervención sobre el derecho de defensa. Se trata de una intervención judicial efectuada al amparo de los artículos 16, inciso “b”; 18; y 25 de la Ley 30364.
26. El recurrente considera que dicha intervención, por el solo hecho de serla, es inconstitucional y viola su derecho de defensa. El Tribunal no comparte tal criterio.
27. A este efecto, el Tribunal se ve en la necesidad de recordar su doctrina general en torno a las intervenciones, las injerencias o los límites de los derechos fundamentales. Así, los derechos fundamentales no son absolutos, se encuentran sujetos a límites o intervenciones en su ámbito *prima facie* protegido. Ello es consecuencia de que el reconocimiento de un derecho fundamental no se formula de manera aislada en favor de una única persona, sino en un marco más general, como el reconocimiento de diversos derechos fundamentales y otros principios o bienes constitucionalmente protegidos. Estos límites, en algunos casos, tienen la condición de inmanentes, cuando así se derivan del propio contenido del derecho, o pueden ser externos, cuando el legislador quien los establece, en aras de armonizar ese derecho con el reconocimiento de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.
28. En cualquier caso, no se puede calificar como sinónimo de violación del derecho la identificación de un límite o la intervención sobre el ámbito *prima facie* protegido por un derecho fundamental. Desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha sostenido que solo las intervenciones que carecen de justificación se pueden considerar como violatorias de los derechos fundamentales. Por lo tanto, el problema no es que se observe una intervención en el programa normativo del derecho, sino que carezca de justificación. De esta apreciación general no escapa el derecho de defensa. Lo mínimamente garantizado por este es que toda persona que participa en un proceso judicial no quede en estado de indefensión material. Es decir, que se le condene o se disponga de sus derechos y obligaciones sin habersele permitido antes formular sus descargos o, en términos más generales, ser oído por quien tiene la competencia legal para decidir. Más allá de este contenido básico e inderogable, para que sea válida cualquier otra intervención sobre el derecho a hacerse oír ante un tribunal que dispone alguna medida que lo afecte en el ejercicio y goce de sus derechos y libertades, debe ser necesariamente justificada.
29. Puesto que en el presente caso se ha dictado una medida judicial caracterizada por su provisionalidad y urgencia en su expedición, consistente en la prohibición para el recurrente de desplegar una serie de conductas en aras de salvaguardar la integridad psicológica y física de la denunciante doña María Luisa Paredes Tambra, prescindiéndose de la realización de la audiencia correspondiente para su dictado y, en consecuencia,

impidiéndole al recurrente ser oído; el Tribunal nota que esta medida no afecta a aquel contenido inderogable del derecho de defensa que todos los poderes públicos están inexorablemente obligados a respetar. Su aplicación judicial no tiene el efecto de dejar en estado de indefensión material a la persona contra quien se dicta, pues la oportunidad para hacerse oír por el juez solo ha sido desplazada a otra etapa procesal. Así, pues, no tratándose de una medida que afecte el contenido inderogable del derecho de defensa, resta evaluar si la intervención que de todas maneras genera en el ámbito *prima facie* de este derecho –consistente en la imposibilidad de ser oído cada vez que se adopten medidas que puedan afectar en el ejercicio de sus derechos y obligaciones de cualquier índole– se encuentra constitucionalmente justificada.

30. En lo que sigue, por tanto, este Tribunal se detendrá en el análisis de las razones que justifican o no que el legislador haya autorizado que, en el dictado de medidas de protección a favor de una mujer víctima de la violencia, el juez pueda adoptarla *inaudita altera pars*.

iii) Justificación de la intervención sobre el derecho a la defensa

A. Sobre la finalidad constitucional que persigue el dictado de las medidas de protección

31. Como antes se ha dicho, la actuación judicial que aquí se cuestiona, realizada al amparo de la Ley 30364, constituye una intervención del contenido *prima facie* garantizado por el derecho de defensa. Tal injerencia, a fin de no ser calificada de inconstitucional, ha de necesitar contar con una justificación. Se debe evaluar si esta existe o no tomando en consideración si detrás de su establecimiento legislativo hay razones constitucionales objetivas que la legitimen. Por tanto, se debe indagar si la medida establecida por el legislador, que los órganos judiciales emplazados han adoptado, tiene la finalidad de proteger algún derecho o bien constitucionalmente relevante, o si no se encuentra constitucionalmente prohibida.
32. En opinión del Tribunal, el derecho fundamental que la justifica es el de la mujer a una vida libre de violencia.
33. La Constitución garantiza a toda persona su derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física, así como a su libre desarrollo (artículo 2, inciso 1). Se tratan de tres derechos fundamentales, cada uno con un contenido constitucionalmente protegido que es propio. En virtud de los derechos a la vida y al libre desarrollo, estos aseguran a todas las personas una vida digna y libre, es decir, la capacidad para formular autónomamente sus proyectos de vida, los cuales son libres de construir a partir de su individual modelo de virtud y, desde luego, de poderlos alcanzar. En virtud del segundo derecho mencionado, se trata de la salvaguarda de su inviolabilidad moral, psíquica y física, de modo que está prohibido, como recuerda el artículo 2, inciso 24, parágrafo “h”, de la Constitución, la “violencia moral, psíquica o física”, o el ser “sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes”.

34. También el artículo 2, inciso 2, de la Constitución reconoce el derecho que tienen todas las personas a no ser discriminadas por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Es el derecho a la igualdad jurídica, entre cuyas posiciones iusfundamentales se encuentra el derecho a la igual dignidad, esto es, el derecho que tienen las personas a ser tratadas como iguales en tanto ostentan la misma dignidad, cualquiera sea el sexo o el género.
35. De las relaciones que se suscitan entre los contenidos de los derechos a la vida, integridad personal, libre desarrollo e igualdad, este Tribunal entiende que se deriva el aseguramiento, a título de derecho fundamental, de una facultad a favor de todos los seres humanos, pero especialmente significativa –por las razones que se expondrán más adelante– en el caso de las mujeres, consistente en garantizar y asegurar el desarrollo de una vida libre de violencia, cualquiera sea su clase (física, psíquica o moral). Se trata, en otras palabras, del derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia, cuyo reconocimiento no requiere apelar a la cláusula de los derechos no enumerados (artículo 3 de la Constitución), el cual, como se recordó en la sentencia recaída en el Expediente 0895-2001-AA/TC, está reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita (fundamento 5). Un derecho, en definitiva, cuyo reconocimiento con el más alto nivel de rango surge de la interrelación, a su vez, de los contenidos protegidos por los derechos a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo y a la igualdad.
36. El núcleo inderogable del derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia –que es indisponible y, por consiguiente, proyectado como vinculante directamente desde los artículos 2, incisos 1 y 2, de la Constitución, sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que este Tribunal pueda realizar– está constituido por las siguientes posiciones iusfundamentales:
- a) A no ser objeto de cualquier acción o conducta, particular o estatal, que le cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, por su condición de mujer, tanto en el ámbito privado como público.
 - b) A no ser objeto de violación, abuso sexual, tortura, trata, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el espacio laboral o cualquier otro lugar.
 - c) A no ser objeto de alguna forma de discriminación, en particular, de aquella basada en el sexo.
 - d) A ser considerada y educada sin tomar en cuenta los patrones estereotipados de conducta, así como las prácticas culturales y sociales que están basadas en criterios de inferioridad o subordinación.
37. En nuestro sistema de fuentes del Derecho, dicho derecho de la mujer a una vida libre de violencia ha sido objeto de reconocimiento. Si se recuerda que los derechos y las

libertades reconocidos por la Constitución se interpretan y aplican de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias que el Estado peruano haya ratificado (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), entonces, este derecho de la mujer a una vida libre de violencia tiene la condición de un derecho humano tras su reconocimiento por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, cuyo artículo 3 reconoce que “[t]oda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. Asimismo, en el plano infraconstitucional, el artículo 9 de la Ley 30364 desarrolla legislativamente aquel derecho: “[l]as mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación”.

38. Este derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia es el fin que existe detrás de la intervención sobre el derecho de defensa cuando la judicatura dicta medidas de protección prescindiendo de la audiencia donde el agresor habría podido ser escuchado.

B. *¿La intervención en el derecho de defensa supera el subprincipio de idoneidad?*

39. Corresponde evaluar si la facultad del Juez de Familia, reconocida por el artículo 16 inciso “b” de la Ley 30364, para dictar medidas de protección, prescindiendo de la audiencia para el efecto cuando se presenta un caso de violencia contra la mujer que califica como de “riesgo severo”, y, por tanto, impedirle al agresor ser oído, constituye una medida restrictiva, pero idónea para la prosecución del objetivo perseguido por tales medidas de protección.

40. El propósito de la Ley 30364 fue establecer algunos mecanismos, medidas y políticas integrales para prevenir, atender y proteger a las mujeres víctimas de violencia. En ese sentido, en su artículo 22, regula las medidas de protección, las cuales tienen por objeto:

[...] neutralizar o minimizar los efectos nocivos de la violencia ejercida por la persona denunciada, y permitir a la víctima el normal desarrollo de sus actividades cotidianas; con la finalidad de asegurar su integridad física, psicológica y sexual, o la de su familia, y resguardar sus bienes patrimoniales.

41. Entonces, queda claro que el propósito perseguido por las medidas de protección es detener la violencia ejercida contra la víctima o prevenir que esta se vuelva a suscitar—de darse otra vez el escenario de violencia, la agresión podría perpetrarse con más intensidad, sobre todo, si existe una denuncia formal de por medio contra el actor—, y que así las mujeres puedan llevar una vida en tranquilidad y exentas de agresión. Las medidas de protección han sido concebidas por el legislador para resguardar la integridad personal de las mujeres y garantizar su derecho a llevar una vida libre de violencia,

de ahí que constituyan las acciones judiciales más efectivas e idóneas que se puedan adoptar en la actualidad frente a las denuncias de violencia presentadas. Más aún, si en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla otro mecanismo tutelar, célere y especializado para salvaguardar la integridad de las mujeres frente a la violencia¹.

42. Ahora bien, para el dictado de las medidas de protección el Juzgado de Familia tomará en cuenta el riesgo al cual se encuentra sometida la vida de la víctima de violencia, la necesidad de protección, así como la urgencia y el peligro en la demora. Por ello, es que tratándose de hechos de violencia calificados como de “riesgo severo”, como el caso de autos, y no otros, la Ley 30364 contempla la posibilidad de que el juez de familia prescinda de la audiencia y dicte a la brevedad las medidas de protección que considere adecuadas para garantizar la integridad de la víctima. Su explicación es la necesidad, la urgencia y el peligro en la demora. Esta justificación es plenamente constitucional, sobre todo, si se toma en cuenta que el agresor no ha quedado en un estado de indefensión al no ser oído como ya se afirmó *supra*, sino que su oportunidad para hacerse escuchar ha sido desplazada a otra etapa procesal.
43. Por tanto, la decisión judicial de dictar medidas de protección en el presente caso prescindiendo de la audiencia para el efecto es una medida idónea para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido, esto es, salvaguardar la integridad psicológica y física de doña María Luisa Paredes Tambra.

C. ¿La intervención en el derecho de defensa supera el subprincipio de necesidad?

44. Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar por lo menos con igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido.
45. En el presente caso, tal como se ha referido en más de una ocasión, mediante la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica admitió la denuncia por violencia psicológica interpuesta en contra del recurrente por doña María Luisa Paredes Tambra y le concedió medidas de protección para salvaguardar su integridad psicológica y física. Esta decisión fue confirmada por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019. Al respecto, el recurrente alega que estas decisiones violan su derecho de defensa porque las medidas de protección fueron

1 El segundo párrafo del artículo 677 del Código Procesal Civil (“Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53”) hace referencia a la tutela anticipada. Sin embargo, las medidas que el juez pueda adoptar en el marco de dicho precepto no tienen como finalidad inmediata alcanzar la protección, sino la eficacia de la decisión final. En ese sentido, no puede equipararse a los alcances tuitivos de las medidas de protección reguladas en la Ley 30364.

dictadas prescindiendo de la audiencia correspondiente y, por tanto, no pudo ser oído; pero, además, basándose únicamente en la anticientífica e inconstitucional “Ficha de valoración de riesgo” para cuyo acto de llenado tampoco fueron convocados ni él ni su abogado.

46. Recibida la denuncia por actos de violencia contra la mujer, sea que haya sido formulada ante la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público o el Juzgado de Familia (conforme establece el artículo 15 de la Ley 30364), estas autoridades deberán aplicar la “Ficha de valoración de riesgo” con el objeto de detectar y medir los riesgos a los que se encuentra expuesta la vida e integridad de la víctima de violencia en relación con la persona denunciada.
47. Dado que la “Ficha de valoración de riesgo” es un instrumento objetivo que ayuda a establecer cuál es el tipo de riesgo de violencia existente (leve, moderado o severo), así como a determinar cuáles de las medidas de protección reguladas por el artículo 22 de la Ley 30364 serán las más idóneas para proteger a la víctima de violencia, no se admite que el agresor participe de la diligencia donde se aplica el cuestionario contenido en dicha ficha porque su presencia se torna impertinente; ya que podría influenciar la espontaneidad de las respuestas que otorgue la víctima, distorsionando así los resultados que se obtengan de la evaluación del riesgo y propiciando, además, la revictimización a través de los cuestionamientos a las respuestas. Por esta razón, el Tribunal Constitucional discrepa de lo alegado por el recurrente, esto es, que el hecho de no ser convocado al momento en que se aplica el cuestionario de la ficha a la víctima constituya una afectación a su derecho de defensa, más aún, si como también ya se afirmó *supra*, de las normas contenidas en los artículos 18 y 25 de la Ley 30364, queda establecido que las autoridades deben evitar escenarios de discriminación en el desarrollo de los procesos, así como la confrontación entre la víctima y el agresor.
48. Asimismo, en relación con el alegato del demandante de que las resoluciones judiciales cuestionadas son indebidas por basarse exclusivamente en una anticientífica e inconstitucional prueba, como lo sería la “Ficha de valoración de riesgo”, este Tribunal observa que el recurrente sustenta su alegato en un mero dicho como apreciación personal porque no existe en autos documentos orientados a sustentar tales afirmaciones, lo cual confirma que su cuestionamiento es la expresión de una mera disconformidad con la medida judicial.
49. En cuanto a la decisión de dictar las medidas de protección prescindiendo de la realización de la audiencia (lo que es una alternativa y no, en estricto, una obligación, conforme se advierte del tenor dispositivo del artículo 16), este Tribunal observa que la judicatura acogió dicha opción (i) porque el resultado de la aplicación de la “Ficha de valoración de riesgo” arrojó la existencia de “riesgo severo”; (ii) en consecuencia, se hacía necesario otorgar tutela con carácter urgente; (iii) es un deber estatal preservar eficazmente la integridad y vida de las personas víctimas de violencia; y (iv) porque el hecho de que ya anteriormente se había dictado otras medidas de protección a favor de

doña María Luisa Paredes Tambra, en lugar de impedir que se otorguen por segunda vez, reforzaba la idea de la existencia de un ambiente no adecuado para el desarrollo de una vida en tranquilidad y libre de violencia que exige la necesidad de su concesión a la denunciante.

50. Este Tribunal comparte tal justificación. Es de la opinión que frente aquellos casos donde se haga evidente la existencia de un escenario de riesgo severo para la vida de la víctima, la judicatura no tiene que dudar de tomar las medidas necesarias (prescindir de la realización de una audiencia en lugar de llevarla a cabo) que le permitan actuar de manera celer y eficaz para otorgar así la tutela debida acorde con la dignidad de las víctimas. En el presente caso, la judicatura no tenía otra alternativa que aquella que le facilitara actuar rápidamente y cumplir su rol de garante de la integridad personal, esto es, prescindir de la realización de la audiencia.

D. ¿La intervención en el derecho de defensa supera el subprincipio de proporcionalidad?

51. Finalmente, corresponde analizar si la decisión de dictar medidas de protección en casos de violencia contra la mujer que reportan la existencia de “riesgo severo”, prescindiendo de la realización de la audiencia correspondiente donde el agresor hubiera podido ejercer su derecho de defensa, superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a este subprincipio, una medida restrictiva de los derechos solo será ponderada si el grado de incidencia que genera sobre el contenido de los derechos restringidos es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que busca proteger u optimizar.
52. Este Tribunal considera que para efectos de realizar el análisis de proporcionalidad de la medida, resulta pertinente pasar una mirada a la situación de la violencia contra la mujer en nuestro país y a las distintas acciones estatales que se han desplegado para combatirla. A eso nos abocaremos en lo que sigue.

d.1) LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER en el Perú

53. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, aprobada mediante la Resolución Legislativa 26583, publicada el 25 de marzo de 1996, ratificada por el Perú el 2 de abril de 1996 y entrada en vigencia el 4 de julio del mismo año, en su artículo 1, prescribe que

[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado².

2 La Ley 30364 define en su artículo 5 a la violencia contra las mujeres en los mismos términos que lo hace la Convención de Belém do Pará.

54. La violencia contra la mujer, que es un tipo de violencia basada en el género, constituye una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. En efecto, esta forma de violencia, tal como se presenta, incide en el respeto que la condición humana exige de la sociedad hacia todas las mujeres y persigue como objetivo que el sistema de género³ dominante, apoyado en concepciones y costumbres asentadas en las ideas de inferioridad y subordinación de las mujeres frente a la superioridad y poder de los hombres, permanezca y se refuerce.

55. Para el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) la violencia basada en el género se define como

Cualquier acción o conducta, basada en el género y agravada por la discriminación proveniente de la coexistencia de diversas identidades (raza, clase, identidad sexual, edad, pertenencia étnica, entre otras), que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una persona, tanto en el ámbito público como en el privado. Se trata de aquella violencia que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer y contra aquellos que confrontan el sistema de género, sea al interior de las familias o fuera de ellas, al margen de su sexo, que no se refiere a casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino que están referidos al sistema de género imperante, que remite a una situación estructural y a un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de todas las sociedades y que se apoya en concepciones referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres y la supremacía y poder de los varones⁴.

56. La violencia basada en el género incluye como perpetradores o sujetos activos no solo a los hombres, y como víctimas o sujetos pasivos no solo a las mujeres. Esta violencia, que se agrava por la discriminación que la acompaña, se ejerce contra todas aquellas personas que cuestionan el sistema de género imperante y enraizado en las relaciones sociales, con el propósito de impedir que este sea desmontado.

57. Ahora bien, entre las modalidades más frecuentes de violencia contra la mujer se registran: 1) la violencia física y psicológica en la relación de pareja; 2) el feminicidio; 3) la violencia sexual; 4) la violencia ejercida sobre los derechos reproductivos (vgr. violencia obstétrica, violencia contra pacientes con VIH en tanto no se les informa debidamente

3 Por género, entiende este Tribunal, la construcción social y cultural que responde al conjunto de roles asignados a las personas tomando en cuenta su sexo biológico. Son características propias de una cultura y que con el transcurso del tiempo pueden variar. Así, bajo esta premisa conceptual, cultural socialmente se considera por ejemplo a las mujeres como más emocionales, más sensibles, más empáticas, más organizadas, más relacionadas con el ámbito doméstico; en tanto que a los hombres se les considera más racionales, menos sensibles, más productivos económicamente, más predispuestos a la actividad política, entre otros roles asignados.

4 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2016). *Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*. Lima: MIMP, p. 23.

respecto a la prevención de embarazos, esterilizaciones forzadas); 5) la violencia ejercida en el marco de conflictos armados (vgr. agresión sexual, esclavitud sexual militar, prostitución forzada, matrimonios forzados, mutilación genital, relaciones sexuales a cambio de asegurar la supervivencia); 6) la violencia en el trabajo (vgr. hostigamiento sexual, división del trabajo atendiendo el sexo, falta de reconocimiento de las labores realizadas, desigualdad salarial); 7) la violencia económica o patrimonial; 8) el acoso sexual callejero; 9) la trata de personas; y 10) la violencia contra la mujer migrante.

58. Atendiendo las particularidades del presente caso, corresponde detenerse en los supuestos de violencia física y psicológica en la relación de pareja, así como en el delito de feminicidio.

Sobre la violencia física y psicológica

59. Según la reciente Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2018 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, el 63.2 % de las mujeres han sufrido algún tipo de violencia por parte de su esposo o compañero en el año 2018. Siendo de la zona andina sur de donde proviene el mayor número de mujeres que fueron objeto de violencia, en específico, de los departamentos de Huancavelica, Apurímac, Cusco y Puno. Así también, la encuesta revela una mayor incidencia de violencia en mujeres con nivel educativo secundario (69.4 %) y que residen en zonas urbanas (63.3 %).

60. La Ley 30364 señala, en su artículo 8, que la violencia física es

[...] la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

61. Sobre este tipo específico de violencia, la encuesta del INEI revela que el 30.7 % de las mujeres alguna vez sufrió violencia física durante el año 2018. Así, se tiene que el 27.1 % fueron empujadas, sacudidas o que su pareja les arrojó algo, el 18.2 % recibieron bofeteadas y/o les retorcieron el brazo, el 15.3 % fueron golpeadas con el puño o con algo que pudo dañarlas, el 9.8 % fueron pateadas o arrastradas y el porcentaje restante aludió otras formas de violencia física, tales como estrangulamiento, ataque con cuchillo o pistola, quemaduras y amenazas.

62. La violencia psicológica es definida en el artículo 8 de la Ley 30364 como

[...] la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

63. Este tipo de violencia repercute considerablemente en la autoestima de las mujeres y en el proyecto de vida que puedan diseñar, menoscabando sus aspiraciones personales y su auto reconocimiento como personas dignas y con derechos. Así, constituyen expresión

de este tipo de violencia las amenazas, los insultos (que pueden estar relacionados con el aspecto físico, la inteligencia, la capacidad laboral, el rol de madre y de esposa), las humillaciones, el desprecio, así como la desvalorización de las opiniones. Y también se configuran como actos más específicos de violencia psicológica contra las mujeres, la insistencia de conocer a dónde van, los celos, las acusaciones de infidelidad, la prohibición de trabajar o estudiar, la prohibición de maquillarse y arreglarse, la prohibición de tener amigos o de que estos las visiten, la amenaza de abandono o de alejarlas de los hijos, así como todos aquellos actos que generen en las víctimas mujeres la sensación de culpa o miedo y que contribuyan a aumentar el poder de dominación que ejerce el agresor, reforzándose los patrones de género instaurados cultural y socialmente.

64. La misma ENDES 2018 arroja que el 58.9 % de las mujeres han sido víctimas de violencia psicológica y/o verbal por parte de su esposo o compañero en dicho año. Sobre las distintas manifestaciones de violencia psicológica, la encuesta refleja que entre las más frecuentes están aquellas referidas a celos (41.0 %), a la insistencia en saber a dónde va la mujer (37.1 %), a las que le siguen la prohibición de que la visiten o que ella visite a sus amistades (15.6 %) y la acusación de infidelidad (14.2 %). Y, por otro lado, el 16.1 % de mujeres enfrentó las amenazas de su pareja de irse de la casa, de quitarle los hijos o la ayuda económica, y el 8.9 % declaró que las amenazaban con hacerle daño.
65. Las cifras demuestran, entonces, que en nuestro país más de la mitad de ciudadanas son víctimas de algún tipo de violencia por parte de sus parejas. Estas cifras no solo demandan la custodia permanente de su integridad por parte del Estado, sino además un cambio cultural en nuestra sociedad que solo será posible con una educación en derechos y en igualdad que contribuya a la formación de personas más respetuosas y menos violentas. Y este trabajo de cambio cultural vincula a todos los integrantes de la sociedad, esto es, a funcionarios públicos, así como a ciudadanos y también a ciudadanas.
66. Sin embargo, la violencia en general, así como la violencia contra la mujer en particular, no son problemas que las sociedades puedan resolver, sino que se tratan de hechos cuyo control o, en el mejor de los casos, su reducción como meta, sí es posible alcanzar. Tenemos que aceptar esta realidad, sobre todo porque constituye el punto de partida para todas las acciones públicas y privadas que puedan adoptarse con el objetivo de reducir la violencia contra las mujeres a un nivel ínfimo y casi imperceptible. El Estado no puede abandonar la lucha contra la violencia hacia las mujeres, ni ceder ante ella. Hacerlo supondría una desvinculación del mandato constitucional establecido en el artículo 1° de la *ley fundamental* (“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”).
67. Finalmente, cabe señalar que el tema de la violencia física y psicológica sugiere en particular un análisis de la actuación institucional de la Policía en la lucha que viene emprendiendo el Estado en contra de la violencia hacia las mujeres, más aún, porque si

tal como arroja la ENDES 2018, del 28.9 % de mujeres que deciden denunciar haber sido víctimas de violencia por parte de sus parejas, el 74.1 % acude a una Comisaría, es decir, las mujeres víctimas de violencia que buscan ayuda institucional optan por acudir en primera instancia a la Policía.

68. Como se sabe, a la labor que realiza el Ministerio Público y el Poder Judicial la precede el trabajo de la Policía, vale decir, que es esta institución la mayoría de las veces la que toma el primer contacto con las víctimas de violencia, por lo que en ese sentido el éxito de prosecución de una investigación en torno a una denuncia por violencia contra la mujer dependerá en grado considerable de la actuación policial.
69. La Policía ejerce entonces un rol importante y determinante en la lucha contra la violencia hacia la mujer. Por ello, su actuación obligatoriamente tiene que estar marcada por el enfoque de género y no puede abdicar de su deber constitucional de prestar protección y ayuda a las personas, así como de garantizar el cumplimiento de las leyes (artículo 166° de la Constitución). En consecuencia, todo acto de la Policía que entorpezca la labor de prevención, de investigación y de sanción a la violencia contra las mujeres no solo deviene en un acto inconstitucional, sino que además acarrea responsabilidad funcional del agente estatal involucrado.

Sobre el delito de feminicidio en el Perú

70. Se describe al feminicidio como la acción de matar a una mujer por desarrollar un comportamiento que incumple con el estereotipo de género que se esperaba de ella. El feminicidio como hecho último es el mensaje de poder, dominio y posesión que emplean los hombres para dejarle en claro a las mujeres cuáles son los límites que no pueden sobrepasar, porque de hacerlo se convierten en potenciales víctimas de violencia.
71. Para la Organización de las Naciones Unidas deben ser considerados como feminicidios las muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género. Con el feminicidio se pretende refundar y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer: subordinación, debilidad, sentimientos, delicadeza, feminidad. El delito de feminicidio, por tanto, refuerza el proceso de discriminación estructural de las mujeres⁵.
72. Bajo tal perspectiva, entonces, el feminicidio en sí mismo también constituye un acto discriminatorio hacia la mujer víctima, más aún, porque si tal como define el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a la discriminación contra las mujeres, esta incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada; la misma

5 Cfr. Organización de las Naciones Unidas (2012) *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Ciudad de Panamá: OACNUDH, pp. 35, 36.

que le impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre⁶.

73. Ahora bien, nuestro Código Penal, en su artículo 108-B, regula el tipo penal de feminicidio en los siguientes términos:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.
9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

6 Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 19: La violencia contra la mujer, aprobada en el 11º periodo de sesiones (1992), párrafos 1 y 6. Este criterio ha sido acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, párrafo 395.

La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

74. Ahora bien, conforme al reporte estadístico de casos de víctimas de feminicidio atendidos por los Centros de Emergencia Mujer del MIMP durante la última década, esto es, durante el período comprendido entre los años 2009 y 2019, se registraron un total de 1318 casos; siendo el año 2019 aquel que reporta más números de feminicidios ocurridos, toda vez que registra 166 casos. Asimismo, el reporte señala que los departamentos con mayor número de casos de víctimas de feminicidio atendidos (rango ≥ 50 casos) son Lima Metropolitana, Arequipa, Junín, Cusco, Puno, Ayacucho y La Libertad; y, de otro lado, también precisa que es generalmente la pareja de la víctima quien comete el delito en su contra.
75. Por su parte, el estudio realizado por el Observatorio del Ministerio Público durante el período enero 2009 – julio 2016 arroja que 10 mujeres en promedio mensual fueron asesinadas en el Perú en contextos de feminicidio. La data registra 881 víctimas en total, de las cuales el 89.9% fue asesinada por su pareja, ex pareja o algún familiar, en tanto que el 10.1 % restante murió por acción de un conocido o desconocido. Así también, el informe señala que las estadísticas revelan que el 28.5 % de víctimas fue asfixiada o estrangulada, el 26.8 % fue acuchillada, el 19 % asesinada a golpes, el 15.7 % recibió impacto de bala, el 4.2 % murió a causa de envenenamiento y el 5.9 % restante fue degollada, desbarrancada, quemada, ahogada, decapitada, etc.
76. Existe consciencia de que la regulación de conductas como antijurídicas en los códigos penales, así como el endurecimiento de las penas, no son medidas suficientes para controlar y eliminar determinados comportamientos lesivos en una sociedad; pero, si aceptamos que la violencia contra la mujer exige una lucha frontal que ataque todas sus dimensiones, resultará legítimo apoyarnos en el Derecho Penal para tal cometido.

D.2) PRINCIPALES ACCIONES ESTATALES PARA COMBATIR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

77. El Estado es consciente que para combatir la violencia contra la mujer existente en nuestro país debe adoptar distintas medidas legislativas, así como diseñar políticas públicas orientadas básicamente a su prevención, a su investigación seguida de la imposición de una sanción de exigirle el caso y a la reparación de las víctimas. Asimismo, la adopción de estas medidas se ve reforzada con la labor que la judicatura realiza vinculada por el mismo objetivo, ello, por cuanto, es al sistema de administración de justicia a quien generalmente le corresponde la aplicación de la legislación y porque el contenido de las políticas públicas sobre igualdad y lucha contra la violencia hacia la mujer sin duda alguna también alcanza a la función jurisdiccional.

78. Bajo ese norte es que desde hace algunos años el Estado viene aprobando una normatividad especializada, así como diseñando políticas públicas dirigidas a reconocer y a proteger los derechos de las mujeres, pero también orientadas a combatir la violencia de la cual es objeto y la discriminación aún existente en su contra.
79. Así se tiene que mediante Resolución Legislativa N.º 23432 publicada el 4 de junio de 1982, el Perú aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la misma que fue ratificada el 20 de agosto de 1982 y entrada en vigencia el 13 de octubre del mismo año. Y en el año 1996, nuestro país aprobó y ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, la misma que entró en vigencia el 4 de julio del mismo año. En virtud de lo establecido por el artículo 55º de la Constitución estas dos normativas internacionales forman parte del derecho nacional y, a su vez, constituyen parámetro de interpretación en nuestro sistema jurídico (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).
80. En el año 1996, mediante Decreto Legislativo N.º 866 publicado el 29 de octubre en el diario oficial El Peruano, se creó el Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Humano, el que desde el año 2012 se convirtió en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Este Ministerio tiene como misión diseñar, establecer, promover, ejecutar y supervisar políticas públicas a favor de las mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y migrantes internos, para garantizar el ejercicio de sus derechos y una vida libre de violencia, desprotección y discriminación en el marco de una cultura de paz. En tanto que en el año 1997, el Congreso de la República incorporó a su cuadro de comisiones de trabajo parlamentario a la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte.
81. La lucha contra la violencia hacia la mujer como política de Estado fue descrita por primera vez en el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2002-2007. El Estado reconoció formalmente a través de este instrumento de política pública su responsabilidad en la prevención, sanción, investigación y erradicación de la violencia contra las mujeres. Posteriormente, mediante Decreto Supremo 003-2009-MI-MDES se aprobó el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015. Y en el año 2016, a través del Decreto Supremo 008-2016-MIMP, se aprobó el vigente Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2020, el mismo que obliga a todos los actores institucionales a actuar desde sus propios espacios conforme a esta medida pública.
82. En el año 2013, con la publicación de la Ley N.º 30068, se estableció en el Código Penal la tipificación autónoma del tipo penal de feminicidio en su artículo 108º-B. La descripción del delito y sus alcances punitivos han sido objeto de modificaciones en el tiempo, siendo la Ley N.º 30819, publicada el 13 de julio de 2018, la que precisa sus alcances que se encuentran vigentes a la fecha.

83. En opinión de este Tribunal, una de las medidas legislativas más importantes adoptada por el Estado es la Ley N.º 30364, porque tiene como objetivo prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.
84. A consecuencia de su dación, mediante Decreto Legislativo N.º 1368, publicado el 29 de julio de 2018, se creó el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar; el mismo que está integrado por el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el MIMP. Este Sistema es competente para conocer las medidas de protección y las medidas cautelares que se dicten cumpliendo lo dispuesto por la Ley N.º 30364, así como para conocer los procesos penales que se siguen por la comisión de los delitos de feminicidio, lesiones, violación sexual y actos contra el pudor en menores.
85. Y otra de las tantas consecuencias importantes de la aprobación de la Ley N.º 30364 es que dispone la creación en cada Comisaría de secciones de Familia y Violencia contra las Mujeres y Grupo Familiar para que sean las responsables de recibir e investigar todas las denuncias de faltas y delitos que constituyan expresión de violencia contra la mujer.
86. El 24 de enero del presente año se ha publicado el Decreto de Urgencia 023-2020, que establece como mecanismo para prevenir los casos de violencia contra las mujeres la entrega gratuita por parte de la Policía Nacional del Perú de información sobre los antecedentes policiales de las parejas. Tal medida tiene como finalidad que las personas puedan tomar una decisión informada respecto a su proyecto de vida, cautelando su derecho fundamental a la integridad y a una vida libre de violencia.
87. Desde la administración de justicia se han emitido pronunciamientos con carácter vinculante para proteger distintos derechos de las mujeres y también con el claro propósito de contribuir a la lucha estatal contra la violencia hacia las mujeres. Así se tiene que la Corte Suprema de Justicia de la República en el mes de junio del año 2017 adoptó tres acuerdos plenarios, los que vistos desde una perspectiva integral han sido considerados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una manifestación de buenas prácticas en torno a la protección, prevención integral y acceso a la justicia en casos de violencia contra la mujer⁷:
- Acuerdo Plenario 001-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017, sobre los alcances típicos del delito de feminicidio.
 - Acuerdo Plenario 002-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017, sobre lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*. Informe aprobado el 14 de noviembre de 2019.

- Acuerdo Plenario 005-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017, sobre delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar (Ámbito procesal: Ley 30364).

88. Por su parte, el Tribunal Constitucional firme en su función de garante y promotor de los derechos fundamentales ha emitido a la fecha distintos pronunciamientos en el marco de procesos de amparo y de hábeas corpus a través de los cuales (i) ha sido enfático en proscribir todos aquellos actos públicos y privados que signifiquen una discriminación basada en la condición de mujer; (ii) ha reconocido la importancia que reviste el respeto y la promoción de los derechos a la educación y al trabajo en el caso particular de las mujeres, a fin de que puedan expresarse como ciudadanas libres; (iii) ha advertido de la autonomía sexual que también le asiste a las mujeres y del respeto que su integridad personal exige; y, (iv) ha resaltado la necesidad de un enfoque de género en todo el sistema de administración de justicia, el mismo que, *mutatis mutandis*, debería ser trasladado a todos los otros ámbitos del ejercicio de poder público.

Derecho a la no discriminación (y su relación con los derechos al trabajo y a la educación)	STC N.º 5652-2007-PA, Rosa Gambini Vidal (7 noviembre 2008)	Discriminación por razón de embarazo y derecho al trabajo
	STC N.º 5527-2008-HC, Nidia Baca Barturen (13 febrero 2009)	
	STC N.º 1151-2010-PA, Marthyory Pacheco Cahuana (9 diciembre 2010)	Discriminación por razón de embarazo y derecho a la educación
	STC N.º 1423-2013-PA, Andrea Álvarez Villanueva (8 setiembre 2016)	
Derechos sexuales y reproductivos	STC N.º 0014-96-I, Congresistas de la República (31 mayo 1997)	Métodos de planificación familiar
	STC N.º 0008-2012-PI, Más de 10,000 ciudadanos (7 enero 2013)	Relaciones sexuales de menores
	STC N.º 5121-2015-PA, (14 marzo 2018)	Libertad sexual
	STC N.º 1479-2018-PA, (7 marzo 2019)	Enfoque de género en la administración de justicia
Derechos Sociales	STC N.º 6572-2006-PA, Janet Rosas Domínguez (14 marzo 2008)	Derecho a la Pensión (reconocimiento de pensión a conviviente)
	STC N.º 0853-2015-PA, Marleni Cieza Fernández (18 setiembre 2017)	Derecho a la Educación (acceso a la educación en el ámbito rural)

89. Todas estas acciones estatales probablemente sean percibidas por la ciudadanía como un punto de partida, dado que la existencia de casos de violencia contra las mujeres subsiste. Sin embargo, constituyen la expresión de un compromiso estatal decidido por combatir la violencia contra la mujer y que invita también a la ciudadanía en general a suscribirlo.

D.3) SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA DEL AGRESOR A CONSECUENCIA DEL DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

90. La violencia contra la mujer existente en nuestro país, tal como ha sido descrita precedentemente, explica o, en todo caso, justifica las distintas medidas (preventivas o sancionadoras) que desde el Estado se adoptan para combatirla, incluso, aquellas como la que en el caso de autos, suponen una intervención en los derechos.
91. Frente a una denuncia de violencia, el aparato estatal tiene que activar todas las condiciones necesarias para que la víctima se sienta en confianza de declarar y le asista la seguridad de que se adoptarán medidas que garantizarán su integridad y su vida (prevención), pero que también se promoverán las investigaciones pertinentes con el objeto de imponer, si es que corresponde, las sanciones debidas (sanción y reparación).
92. De ahí que se encuentra justificado que para el desarrollo del acto en el que se formula a la víctima las preguntas contenidas en la Ficha de “Valoración de Riesgo” no se convoque al agresor, así como que el legislador haya previsto la posibilidad de que tratándose de casos que reportan “riesgo severo” el Juzgado de Familia pueda prescindir de la audiencia para el dictado célere de medidas de protección impidiendo, por tanto, que el agresor sea escuchado en esa oportunidad.
93. Garantizar a las mujeres su derecho a una vida libre de violencia es de suma importancia para el Estado y es por ello que ha regulado las medidas de protección como un mecanismo idóneo para alcanzar ese objetivo. En consecuencia, la intervención que se produce en el derecho de defensa del agresor cuando la judicatura dicta tales medidas de protección es menor si se compara con la satisfacción del derecho a una vida libre de violencia que se alcanza. Para este Tribunal la intervención en el derecho de defensa del agresor no resulta desproporcional ni irrazonable.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.
2. De conformidad con lo señalado en los fundamentos 35, 36 y 37 de la presente sentencia, este Tribunal reconoce la plena vigencia del derecho a una vida libre de violencia,

el cual ya se encuentra previsto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ**

En el presente caso, coincido con el sentido de la sentencia que declara infundada la demanda y los fundamentos que la sustentan; empero, considero necesario efectuar algunas precisiones en torno al delito de feminicidio:

1. Nuestro Código Penal, en su artículo 108-B, regula el tipo penal de feminicidio en los siguientes términos:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.

9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacentes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

2. Tal como ha sido descrito, el tipo penal de feminicidio protege la vida de las mujeres –se mata o se pone en peligro la vida de una mujer por su condición de tal– no obstante, su ámbito de protección también alcanza a la igualdad material, en tanto que como delito se caracteriza porque la muerte o puesta en peligro de la vida de la mujer constituye una respuesta frente al incumplimiento por parte de esta de un estereotipo de género que refuerza su posición de subordinación y que se busca perpetuar.
3. Conforme a la descripción del artículo 108-B del Código Penal, la conducta prohibida por el tipo penal puede ser cometida por “*el que* mata a una mujer por su condición de tal” (cursiva nuestra). Esta forma de redacción generalmente es usada por el Código Penal en la tipificación de otros delitos comunes, de la que se infiere que los mismos pueden ser cometidos por cualquier persona. Y es así porque de lo contrario se incurriría en una vulneración del principio de culpabilidad, en estricto, de la garantía de prohibición de derecho penal de autor¹. Es decir, si se concluye que solo los hombres pueden ser autores del delito de feminicidio, se les estaría sancionando por el hecho cometido y por su condición de hombre. El tipo penal de feminicidio sanciona la muerte de mujeres por el incumplimiento de un estereotipo de género que se busca perpetuar, por lo que tal conducta delictiva es perfectamente posible que también sea realizada por mujeres².
4. En cuanto al comportamiento típico en el delito de feminicidio, esto es, matar a una mujer *por su condición de tal* en el marco de contextos específicos, cabe advertir que no solo tiene relación con la vida de las mujeres como el bien jurídico protegido por el feminicidio, sino también con la igualdad material como ya se afirmó. Por ello es que constreñir el elemento *por su condición de tal* del delito a un significado exclusivamente biológico sería incorrecto, toda vez que se estaría excluyendo a la razón que motiva la muerte, esto es, la preservación de un sistema de género dominante apoyado en

1 Cfr. Villavicencio, Felipe (2014) *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Editora Jurídica Grijley, volumen 1, p. 195.

2 La Corte Suprema de Justicia de la República en su Acuerdo Plenario N.º 001-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017 en el diario oficial El Peruano, ha precisado que el feminicidio es un delito especial que solo puede ser cometido por hombres.

concepciones y costumbres asentadas en ideas de inferioridad y subordinación de las mujeres frente a la superioridad y poder de los hombres.

5. Y a este respecto en particular, cabe precisar que pueden suscitarse homicidios donde las víctimas son mujeres y que no constituyen casos de feminicidios. El principal criterio para distinguir entre un homicidio y un feminicidio es que la razón que motiva a este último se encuentra vinculada al género y al desprecio que origina en el sujeto activo del delito. Por ejemplo, puede fallecer una mujer atropellada en un accidente de tránsito ocasionado por la impericia del conductor, o puede morir porque se encontraba en las instalaciones de un banco que fue asaltado y se emitieron disparos sin objetivo fijo. En ninguno de los dos ejemplos propuestos se evidencia un acto de discriminación, de desprecio hacia la mujer y hacia su vida, o de manifestación de patrón cultural arraigado en ideas misóginas. Por tanto, a fin de determinar si el caso que se presenta es uno de feminicidio será determinante evaluar el contexto en que se desarrollan los hechos delictivos, así como comprender la situación de discriminación estructural basada en el género que caracteriza a la sociedad donde se produjo el hecho.
6. Finalmente, en torno a los elementos del delito de feminicidio también corresponde señalar que para la acreditación del dolo se tomará en cuenta los hechos objetivos propios del caso que permitan determinar la muerte de una mujer justificada en el incumplimiento o la imposición de algún estereotipo de género. No se requerirá comprobar la intención feminicida del sujeto activo, esto es, su odio hacia las mujeres. Para el delito de feminicidio el dolo solo se interpreta desde una perspectiva normativa³.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

3 Cfr. Acuerdo Plenario N.º 001-2016/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicado el 17 de octubre de 2017 en el diario oficial *El Peruano*.

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA**

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto.

Considero que todos debemos auspiciar la protección del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, que persigue la presente sentencia.

Sin embargo, no suscribo sus fundamentos 54, 56, 69 y 88, pues en estos la sentencia da un contenido específico al denominado “género” o “enfoque de género” y pretende que así sea entendido en todos los ámbitos del poder público.

No considero necesario para el propósito de la sentencia que este Tribunal, en el caso de autos, asuma tal contenido, tratándose de un asunto altamente controvertido y disputado.

S.

FERRERO COSTA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI**

Si bien me encuentro conforme con declarar **INFUNDADA** la demanda, en los términos que expresa la parte resolutive de la sentencia de autos, discrepo de ella respecto de la aplicación del test de proporcionalidad, que se evidencia en los fundamentos 31 a 52, por cuanto, considero que tal herramienta viene siendo utilizada innecesaria e indebidamente en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional para resolver las causas.

A mi juicio, el denominado test de proporcionalidad encierra un análisis teórico que se asienta en preconceptos que no son de recibo como prioritarios ni condicionantes frente al análisis del caso que se controvierte; análisis que debe partir de la apreciación de la situación fáctica que genera la controversia (no de preconceptos teóricos, que se invocan cual si fueran apotegmas bíblicos o verdades absolutas) y, a partir de ahí, aplicar el Derecho que corresponde y las demás fuentes permitidas, dentro de una lógica que, sin tantas digresiones ni envolturas teóricas, permita al juez, aplicando su sano juicio y criterio común, apreciar si la autoridad ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad, y no ha incurrido en una actitud arbitraria.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con lo resuelto en la sentencia de autos, así como con la mayor parte de su fundamentación, pero me aparto tanto del punto de partida conceptual como de la conclusión final de la sección “D.1. La violencia contra la mujer en el Perú”, contenidas en sus fundamentos 54 y 81.

La violencia contra la mujer debe ser condenada *per se*, así no derive de “las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” de las que habla el fundamento 54, sino del abuso de la mayor fuerza, peso y tamaño que suelen tener los hombres. Sea lo uno o lo otro, ello no hace que esta violencia sea menos despreciable y condenable.

Además, el Tribunal Constitucional –que es un ente eminentemente jurídico– no puede definir al *género* como:

la construcción social y cultural que responde al conjunto de roles asignados a las personas tomando en cuenta su sexo biológico. Son características propias de una cultura y que [sic] con el transcurso del tiempo pueden variar.

Esto es una digresión sociológica sin asidero en la Constitución. En la segunda oración del inciso 2 del artículo 2, la Constitución dice que:

Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, *sexo*, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole [*énfasis añadido*].

El término *género* aparece más adelante, en el artículo 191, como sinónimo de *sexo*:

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de *género*, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales [*énfasis añadido*].

No hay asidero en la Constitución para considerar al *género* como una “construcción social y cultural”, es decir, artificial.

Por otro lado, como he manifestado anteriormente, considero que la constitucionalidad es un atributo que corresponde a las normas jurídicas, no a la realidad. Se puede decir que una ley es inconstitucional, no que un hecho lo sea. El que exista violencia contra la mujer es, efectivamente, un hecho aterrador, pero no inconstitucional, como dice el fundamento 81.

Finalmente, me aparto también del fundamento 93, pues hace referencia a algunos casos en los que he emitido votos singulares: 01423-2013-PA/TC, 00853-2015-PA/TC y 01479-2018-PA/TC.

Por estas razones, mi voto es por declarar la demanda **INFUNDADA**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido en el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, pero, debo señalar lo siguiente:

Sobre las medidas de protección

1. Las medidas de protección en el marco de procesos por actos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, incorporadas por la Ley 30364, se encuentran previstas como elementos de vital relevancia en la protección de un grupo vulnerable, y en el contexto de una Sociedad que aun hoy mantiene patrones cada vez más repudiables de violencia contra la mujer. Muchas pueden ser las posiciones al respecto, pero lo cierto es que desafortunadamente existen hechos y se cuenta con cifras que demuestran la innegable actualidad de este problema.
2. En nuestro voto en el Expediente 01479-2018-PA/TC ya habíamos dado cuenta de datos recogidos en la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar del INEI, en la que se señala que en los últimos años alrededor del 65% de mujeres ha sufrido algún tipo de violencia por parte del esposo o compañero. El Derecho, y en especial, el Derecho Constitucional, no puede mantenerse al margen de la contundencia de estas cifras, y lo lamentable que ellas comprueban. Por ende, y como hoy es de conocimiento general, es labor central del juez(a) constitucional desarrollar espacios de integración social a partir de sus sentencias, realizando interpretaciones que, dentro del margen de lo constitucionalmente posible, permitan otorgar la tutela más adecuada a esta población vulnerable, máxime si, por ejemplo, hay parámetro convencional que abona en favor de ello.
3. Siendo esto así, la pregunta que surge a propósito de este caso pone en cuestionamiento las medidas provisionales en el marco de una concepción del debido proceso a la cual algunos reclaman como “garantista”, en la cual se valora la posibilidad de confrontar en audiencia a la contraparte como el componente más importante del derecho de defensa.
4. En realidad, para responder a este cuestionamiento, debe partirse de comprender que los derechos que se encuentran comprendidos en el debido proceso no tienen la misma aplicación en todos los ámbitos en que los que se hace presente dicho derecho. Así lo hemos también sostenido en la jurisprudencia de este Tribunal cuando se ha tratado la manifestación del debido procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador o en el Derecho parlamentario, por citar algunos ejemplos.

5. En este sentido, la identificación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, el cual sería el vulnerado bajo la tesis del demandante requiere reconocer si *prima facie* resulta factible que existe una norma de derecho fundamental aplicable al caso concreto. En esta ocasión, tenemos que los hechos del caso concreto, diferencia de lo que señala la ponencia, si parecen subsumibles dentro de los contenidos que se han presentado como propios de un “contenido básico e inderogable”, en la medida que se trata del “derecho a hacerse oír ante un tribunal que dispone alguna medida que lo afecte en el ejercicio y goce de sus derechos (...)”. En consecuencia, recurrir al concepto de “ámbito *prima facie* del derecho” no parece lo más adecuado para analizar la justificación de la medida.
6. A diferencia de lo señalado en la ponencia, considero que es posible ingresar a discutir la pretensión si se deja de lado, tal como el Tribunal ha hecho (cada vez menos, por cierto, afortunadamente) haciendo, una concepción cerrada de “núcleo duro” de los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, la evaluación de la procedencia a partir del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional se manifiesta en el test que ya se ha aplicado en la jurisprudencia (ATC 02988-2013-PA/TC, ATC 04490-2013-PA/TC, entre otros). En términos prácticos, la diferencia entre nuestra postura y la otra radica en que nosotros asumimos que si bien el derecho de defensa puede estar siendo vulnerado por la dación de medidas de protección ello debe ser objeto de un test de proporcionalidad que permita evaluar la medida adoptada. Lo contrario llevaría a despojar de sentido, contenido y eficacia a estas medidas.

Sobre el derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia.

7. Los fundamentos 32 y siguientes de la ponencia desarrollan el derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia. Al respecto, es importante recalcar que, antes que la creación de un derecho o un supuesto carácter implícito, este derecho ya se encuentra reconocido en el ordenamiento peruano a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Este tratado fue suscrito por el Perú el 12 de julio de 1995 y ratificado el 2 de abril de 1996. Cuenta, entonces, con plena vigencia en el ordenamiento jurídico peruano.
8. Por ello no es necesario apelar al artículo 3 de la Constitución peruana de 1993, como bien señala la ponencia, pero tampoco es necesario apelar a una interrelación de los derechos a la vida, integridad personal, libre desarrollo e igualdad, como también parece sugerir la ponencia. Este derecho a una vida libre de violencia es pues, un derecho autónomo, que responde a una dinámica de convencionalización del Derecho, la cual en contextos como el latinoamericano ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

9. Así, la apuesta por la “convencionalización del Derecho” permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia supranacional (que ya es interna, y que debe comprenderse en una dinámica de Derechocomún, incluso frente a aquella normativa con carácter de *ius cogen*). También implica conocer la normativa y jurisprudencia de otros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional, máxime si se trata de la tutela de los derechos fundamentales. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Involucra más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.
10. Por ende, los contenidos del derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia presentados en el fundamento 36 de la ponencia, antes que formar parte de un “núcleo inderogable”, conforman más bien un contenido constitucionalmente protegido que debe comprenderse en forma dinámica, la cual se podrá ir precisando en la jurisprudencia para así dar una respuesta tuitiva a todas aquellas situaciones que puedan requerir protección en el futuro.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito con fecha posterior el presente voto con el propósito de manifestar que comparto lo resuelto por el resto de mis colegas. En ese sentido, estimo que la demanda debe ser declarada como **INFUNDADA** con las precisiones efectuadas en la parte resolutive de la sentencia.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lima, 06 de Marzo del 2020

EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2019, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

Además, se incluye el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marco Antonio Bocanegra Ruiz contra la resolución de fojas 79, de fecha 9 de setiembre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de abril de 2016, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), mediante la cual solicita que se declare la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, del 23 de marzo de 2016, que le denegó la pensión de viudez derivada de la pensión de jubilación del régimen del Decreto Ley 19990 que percibía su causante doña Ysabel Vargas de Bocanegra; y que, por consiguiente, se le otorgue la pensión de viudez solicitada, al amparo del artículo 53 del Decreto Ley 19990, con el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales.

El demandante manifiesta que la ONP le denegó su solicitud de pensión de viudez al aducir que no estuvo a cargo de la causante y que tiene ingresos propios, dado que percibe pensión de jubilación. Sin embargo, expresa que sí dependía económicamente de su causante, puesto que el monto de su pensión de jubilación es diminuta, mientras que su difunta esposa percibía una pensión de jubilación por el monto de S/ 1086.98; y que, por otro lado, su salud se encuentra muy deteriorada. Agrega que las normas referidas a la seguridad social no pueden ser analizadas desde su aspecto estrictamente legal, sino con respeto a la dignidad, a los fines de la seguridad social y a los principios de solidaridad y progresividad, y que debe realizarse una interpretación de la norma que sea favorable al pensionista.

La ONP contesta la demanda y solicita que se la declare infundada, aduciendo que se le ha denegado al actor la solicitud de pensión de viudez debido a que, si bien es cierto que acreditó su relación conyugal con la causante, no cumple con el requisito prescrito en el

artículo 53 del Decreto Ley 19990, esto es, haber estado a cargo de la asegurada o pensionista fallecida, puesto que percibe una pensión de jubilación por derecho propio.

El Cuarto Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 27 de junio de 2016, declaró infundada la demanda por estimar que el actor no dependió económicamente de su causante, debido a que cuando la causante adquirió derecho a la pensión de jubilación, él era trabajador activo y obtuvo la condición de jubilado en el año 1996, por lo que actualmente tiene un ingreso económico mensual y permanente; y que el hecho de que su pensión de jubilación haya sido menor al monto del que percibía su causante no constituye un supuesto fáctico contemplado en el régimen del Decreto Ley 19990, aunque sí en el régimen previsional regulado por el Decreto Ley 20530, que no resulta aplicable al recurrente, ni lo fue a su causante.

La Sala superior competente confirma la apelada, por considerar que el actor no ha acreditado haber estado a cargo de su causante, pues cuenta con los recursos previsionales que le permiten cubrir sus necesidades de subsistencia.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, el demandante pretende que se le otorgue pensión de viudez dentro de los alcances del artículo 53 del Decreto Ley 19990, con el pago de los devengados y los intereses legales.
2. En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha señalado que aun cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse con los requisitos legales para obtenerla, por tratarse de un acceso, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Análisis de la cuestión controvertida

3. El artículo 53 del Decreto Ley 19990, en la versión aplicable al momento de expedir la resolución cuestionada, establecía que “*tiene derecho a la pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas*”. (cursiva y subrayado agregados).
4. Mediante la Resolución 16559-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990 (f. 35), de fecha 23 de marzo de 2016, la ONP denegó la solicitud de pensión de viudez presentada por el actor,

en aplicación del artículo 53 del Decreto Ley 19990, al aducir que no le corresponde el otorgamiento de pensión de viudez debido a que no estaba a cargo de la causante.

5. Como se advierte del tenor de la mencionada resolución administrativa, el argumento principal de la ONP para denegar la pensión de viudez tiene que ver con la aplicación del mencionado artículo 53 del Decreto Ley 19990. Es por esta razón que este Tribunal estima necesario hacer un control de constitucionalidad de dicha norma a efectos de verificar su compatibilidad con la Norma Fundamental, específicamente con el derecho a la igualdad.

El principio-derecho de igualdad

6. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución consagra el derecho-principio de igualdad en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.
7. La igualdad consagrada constitucionalmente tiene la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo al ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes.
8. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquel, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad.
9. Es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley debe ser interpretado, entre otras disposiciones, conforme al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.
10. En tanto que principio fundamental, la igualdad, entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el Legislador, entre otros, se encuentra reconocida en los artículos 103 y 2.2. de la Constitución. El primero establece que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)”, y el segundo que “toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (...)”.

La igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”

11. El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*. La primera constituye un límite para el Legislador, toda vez que la actividad de legislar deberá efectuarse con respeto a la igualdad, sin establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. La segunda manifestación, que no será examinada en la presente causa, se configura como límite al actuar de los órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos.
12. De aquí que el tratamiento de la igualdad no se verifique solamente “ante la ley” sino “en la ley”. Es decir, no basta con que la ley sea aplicada con carácter de universalidad e igualmente respecto de todos aquellos que se encuentren en situaciones iguales, sino que la ley misma establezca un tratamiento igual para todos los individuos, o los grupos, que se encuentren en identidad de situaciones.
13. De la “igualdad ante la ley” se ha dicho que “una disposición es contraria al artículo 2.2. de la Constitución cuando carece de base objetiva o sólida, sin sentido ni fin, o establece distinciones sin justificación razonable en los hechos. Se exige que las situaciones se traten de manera similar cuando sean similares y de manera diferente en cuanto sean diferentes. Se trata de respetar el principio de igualdad en la ley misma.
14. Dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional.

Control constitucional del artículo 53 del Decreto Ley 19990.

15. Examinando el artículo 53 del Decreto Ley 19990, cabe destacar que versa sobre el fallecimiento de un trabajador o trabajadora afiliados al régimen de la seguridad social que ha efectuado las correspondientes aportaciones y del derecho de su cónyuge supérstite a obtener pensión de viudez. No obstante, a simple vista se aprecia que el Legislador ha dispensado un tratamiento legislativo significativamente diferente entre el derecho a la pensión de viudez de las viudas y aquel que le corresponde a los viudos.
16. Es por esta razón que se hace necesario aplicar el test de igualdad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Expediente 00045-2004-AI/TC), con la finalidad de verificar la constitucionalidad del artículo 53 del Decreto Ley 19990.
17. En la citada sentencia, se establecen los siguientes pasos del test de igualdad: a) determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación; b) determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad; c) determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) examen de idoneidad; e) examen de necesidad; y, f) examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

18. Como se recuerda, los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación

19. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En este caso, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo aplicable al presente caso, establece un trato diferenciado entre hombres y mujeres que pretenden acceder a una pensión de viudez, cuando exige al hombre, y no a la mujer, acreditar “*que haya estado a cargo de ésta*”.

b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad

20. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades: intensidad grave, intensidad media e intensidad leve. En este caso, la intervención legislativa tiene un grado de intensidad *grave*, toda vez que la diferenciación se sustenta en uno de los motivos proscritos por la propia Norma Fundamental, como es la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 2, inciso 2, de la Constitución) y tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio del derecho a la pensión (de viudez).

c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)

21. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La *finalidad* o *fin* viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.

22. En este caso, los artículos 10 y 11 de la Constitución establecen que “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida” y que “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones (...)”.

23. Teniendo en cuenta dichas disposiciones constitucionales, así como la interpretación teleológica sobre la finalidad perseguida por el legislador al consagrar el extremo “que haya estado a cargo de ésta” del artículo 53 del Decreto Ley 19990, este Tribunal estima que una de las exigencias que implícitamente se desprenden de los artículos 10 y 11

de la Constitución, es la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*. Esta obligación sería la *finalidad* perseguida por el legislador al establecer el trato diferenciado.

24. En cuanto al *objetivo* del trato diferenciado del legislador, se desprende que cuando el artículo 53 del Decreto Ley 19990 establece el extremo “que haya estado a cargo de ésta”, pretende *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*.
25. En tal sentido, el impugnado extremo “que haya estado a cargo de ésta” del artículo 53 del Decreto Ley 19990, tiene como objetivo *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*, lo cual estaría justificado por la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*, que se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

d) Examen de idoneidad

26. Habiendo identificado el objetivo y la finalidad del trato diferente, toca ahora examinar su idoneidad. Ésta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –*medio*- y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención.
27. Sobre si existe idoneidad o nexo de causalidad entre la medida estatal impugnada y el *objetivo*, se puede concluir afirmativamente. En efecto, la exigencia al hombre que solicita la pensión de viudez en el sentido de probar “que haya estado a cargo de ésta” del artículo 53 del Decreto Ley 19990, sirve para lograr el *objetivo* de *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*.
28. Luego, dicho *objetivo* también guarda relación con la finalidad de la medida impugnada. Así, el objetivo de *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*, pretende cumplir con la finalidad de la medida impugnada, como es la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*.

e) Examen de necesidad

29. En este punto se debe analizar si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis

de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que, siendo igualmente idóneos, hubieran podido adoptarse para alcanzar el mismo fin.

30. Por ello, debe examinarse: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo y, b), si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que aquella de la medida estatal cuestionada.
31. Respecto de los medios alternativos. La exigencia a un hombre que solicita la pensión de viudez en el sentido de probar “que haya estado a cargo de ésta” (la causante), prevista por el artículo 53 del Decreto Ley 19990, tiene un medio alternativo, igualmente idóneo y que pudo adoptarse para lograr el mismo fin, como es *la acreditación mediante un vínculo como el matrimonio*. En efecto, si el objetivo de tal disposición legislativa era *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*, ello podía realizarse, de igual modo e incluso de mejor modo, a través de la exigencia de acreditar la existencia de dicho vínculo con la respectiva constancia de matrimonio.
32. Por otra parte, la adopción de este medio alternativo (acreditación mediante un vínculo como el matrimonio) no ocasiona una intervención en el principio-derecho de igualdad, pues tal medio alternativo ya era exigido para el caso de la mujer que solicita la pensión de viudez. Es más, el propio artículo 53 del Decreto Legislativo 19990, ya exige que, para otorgar la pensión de viudez a un hombre, éste debía estar casado, sólo que con el extremo “que haya estado a cargo de ésta”, se exigía un requisito adicional a aquel de estar casado.
33. La prueba de haberse casado, tanto para hombres como para mujeres, permite acreditar fehacientemente el vínculo entre el solicitante de la pensión y el/la cónyuge fallecido/a.
34. Un tratamiento discriminatorio en función del sexo (sólo para hombres) no es conforme con *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*. Evidentemente, el legislador es libre de optar por cualquier medio conducente a la realización u optimización de un bien o principio constitucional como, en este caso, la aludida obligación estatal; sin embargo, el medio adoptado no podría ser discriminatorio. En este caso es claro que el legislador disponía, al menos, de un medio alternativo igualmente idóneo al empleado, que no contravenía la igualdad. En consecuencia, el tratamiento diferenciado establecido por el extremo “que haya estado a cargo de ésta” (la causante), previsto por el artículo 53 del Decreto Ley 19990, no supera el test de necesidad, de modo que debe ser declarado inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad.
35. En tal sentido, teniéndose en cuenta la existencia de una norma lesiva de derechos fundamentales, cuya aplicación desconoce la supremacía de la Constitución, se hace necesario declarar inaplicable al presente caso el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en la versión vigente al momento de dictarse la resolución impugnada, en el extremo que exige al

viudo haber estado a cargo de la cónyuge fallecida y, como consecuencia de ello, declarar la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990 y disponerse que la ONP expida una nueva resolución administrativa otorgando pensión de viudez al actor, con el pago de las pensiones devengadas, de conformidad con lo establecido por el artículo 81 del Decreto Ley 19990 y de los intereses legales conforme a lo dispuesto en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 02214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial, y al artículo 1246 del Código Civil; y los costos procesales conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

36. Teniéndose en cuenta que el actor tiene más de 80 años de edad, las instancias judiciales deberán observar el criterio vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02214-2014-PA/TC, en el sentido que todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de estas, bajo responsabilidad.
37. Adicionalmente a lo expuesto, cabe precisar que en las sentencias recaídas en los Expedientes 00313-2010-PA/TC, 02380-2010-PA/TC y 04045-2016-PA/TC, entre otras, este Tribunal ha venido desestimando las demandas de amparo mediante las cuales los viudos solicitaban la prestación del artículo 53 del Decreto Ley 19990, bajo el argumento de que no se había demostrado que el cónyuge supérstite haya tenido una relación de dependencia con relación a su causante. Por tal motivo, este Tribunal considera que corresponde apartarse de dicho criterio puesto que atenta contra el derecho a la igualdad en la ley. Asimismo, en la sentencia emitida en los Expedientes acumulados 00050-2004-AI/TC, 00051-2004-AI/TC, 00004-2005-PI/TC, 00007-2005-PI/TC, 00009-2005-PI/TC, se declaró constitucional el artículo 32 del Decreto Ley 20530, por estimar que las condiciones exigidas al viudo eran razonables y que, por no tanto, no eran discriminatorias. Teniéndose en cuenta que no se trata de la misma norma legal, no existe cosa juzgada; por otro lado, en la presente sentencia el Tribunal Constitucional se aparta de ese pronunciamiento.

Declaración de estado de cosas inconstitucional

38. De otro lado, el Tribunal Constitucional estima necesario agregar que el mismo texto “que haya estado a cargo de ésta” del artículo 53 del Decreto Ley 19990, ha sido repetido en el nuevo texto de dicho artículo, aprobado por el artículo 2 de la Ley 30907, publicada el 11 de enero de 2019, reiterando con ello el mismo vicio contra el derecho a la igualdad en la ley identificado en el presente caso. Resalta además que en la sentencia emitida en el Expediente 06572-2006-PA/TC, publicada el 2 de julio de 2012 en el portal web institucional, este Tribunal interpretó el artículo 53 del Decreto Ley 19990, de modo tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez, siempre que la unión de hecho se acredite por medio de documentación idónea para ello. En virtud de ello, aun cuando el nuevo texto del artículo 53 del Decreto Ley 19990, aprobado por la Ley 30907, incorpora como beneficiario de la pensión de viudez

al integrante de la unión de hecho, es claro que se mantiene el mismo contenido en el requisito que establece “haber estado a cargo de la cónyuge superviviente”.

39. Asimismo, este vicio no solamente se da en el régimen previsional del Decreto Ley 19990, sino también en otros regímenes previsionales, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

40. En efecto, del referido cuadro se advierte que en los regímenes del Decreto Ley 20530, así como del régimen militar policial regulado por el Decreto Ley 19846, en el caso								
	PENSION DE VIUEZ SISTEMA CIVIL				SISTEMA MILITAR-POLICIAL			
	Decreto Ley 19990 (Artículos 53, 54 y 55)	Pensión de cesantía -Decreto Ley 20530 (Artículo 32, 33 y 54)	Renta Vitalicia e Indemnización (D.L. N° 18846)	Pensión de Rescate Complementaria- PRC (Régimen de Seguridad Social Pesquero - Ley N° 30003) (Artículos 4 y 8)	Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud Ley N° 26790	Ley de Jubilación Minera Ley N° 25009	Decreto Ley 19846 (Artículo 23)	Decreto Legislativo 1133 (Art.28: Pensión de viudez, Art.27: Acceso de sobrevivientes)
Mujeres	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.
	2) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento del causante.		2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento del causante. 3) Acreditación laboral del causante en modalidad de trabajo de mina.	2) Los causantes debieron fallecer a causa de acto de servicio o situación de actividad. .	2) Los causantes debieron fallecer a causa de acto de servicio o situación de actividad.
Hombres	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años
	2) Invalidez o dependencia con la pensionista fallecida.	2) Discapacidad.	2) Fallecimiento de la causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Invalidez o dependencia con la pensionista fallecida. 3) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento de la causante.	2) Incapacidad para subsistir por sí mismo,	2) Los causantes debieron fallecer a causa de acto de servicio o situación de actividad.
	3) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento de la causante.	3) Carencia de rentas y no contar con seguro social.				4) Acreditación laboral del causante en modalidad de trabajo de mina.	3) Carencia de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenencia al Régimen de Seguridad Social.	

de los viudos, además del matrimonio, se les exige carecer de rentas y no contar con seguro social y carecer de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenecer al Régimen de Seguridad Social; requisitos que generan desigualdad con relación a las pensiones de las viudas.

41. Al respecto, conviene mencionar que el Tribunal Constitucional ha venido utilizando la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela a los derechos fundamentales cuando el caso evidencie efectos lesivos respecto de un grupo importante de personas o sector poblacional, con la finalidad de fijar una respuesta inmediata a dicha problemática a fin de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas con dicha situación, se involucren de manera efectiva con su solución.
42. Habiéndose identificado en el presente caso una diferenciación legislativa injustificada por razón de sexo respecto a los requisitos y condiciones para obtener pensión de viudez, y que esta ha sido repetida en la modificatoria vigente del artículo 53 del Decreto Ley 19990, además de haberse verificado diferentes regímenes previsionales

en los que existen similares vicios por razón de sexo, el Tribunal Constitucional estima que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a dicho tratamiento legislativo, por lo que corresponde que el Poder Legislativo adopte las medidas necesarias para corregir dicho estado en el plazo de 1 (un) año; esto es, restablecer la igualdad entre viudos y viudas, de modo tal que los viudos de las aseguradas tengan el derecho a la pensión de viudez en las mismas condiciones que las viudas. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la ley y a la pensión del actor.
2. Declarar **INAPLICABLE** el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo que exige que el viudo debe haber dependido económicamente de su causante para tener derecho a la pensión de viudez; en consecuencia, se declara la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, ordenándose a la Oficina de Normalización Previsional que expida nueva resolución otorgando pensión de viudez del régimen del Decreto Ley 19990 al recurrente, con el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales.
3. **DECLARAR** un estado de cosas inconstitucional en relación al tratamiento legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos para obtener pensión de viudez, correspondiendo que el Poder Legislativo adopte, en el marco de las disposiciones constitucionales y presupuestarias, las medidas adecuadas para corregir dicho estado en el plazo de un año. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.
4. **DISPONER** la notificación de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, al Poder Legislativo para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero estimo pertinente dejar sentado las siguientes consideraciones:

Sobre la disposición cuestionada

1. Del análisis del artículo 53 del Decreto Ley 19990, se advierte que el supuesto de hecho es bastante claro: se trata del fallecimiento de un trabajador o trabajadora afiliados al régimen de la seguridad social que han efectuado las correspondientes aportaciones y del derecho de su cónyuge o conviviente a obtener pensión de viudez. No obstante, el legislador ha dispensado un tratamiento legislativo significativamente dispar entre el derecho a la pensión de viudez de las viudas y de los viudos. Y es que el derecho a pensión del viudo es mucho más limitado, pues se establecen cuatro desventajosas condiciones en su contra, como se apreciará claramente en el siguiente cuadro:

PENSIÓN DE VIUDEZ		
Decreto Ley 19990 (Artículos 53)		
CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN	MUJERES	VARONES
Condición de salud	Sana	Inválido (sano, solo si es mayor de 60 años de edad)
Edad mínima para obtener la pensión de viudez	No hay edad mínima.	60 años (si no es inválido)
Edad máxima del cónyuge a la fecha de celebración del matrimonio o de la unión de hecho	60 años	50 años
Dependencia económica del causante	NO	Sí

2. Como se aprecia, el tratamiento legislativo que se dispensa al varón en estos casos es mucho más desventajoso que el de la mujer, puesto que ella: 1) puede obtener pensión de viudez siendo sana a cualquier edad; en cambio el varón siendo sano solo puede tener pensión de viudez a partir de los 60 años de edad; 2) puede derivar pensión de viudez incluso habiendo contraído matrimonio o establecido unión de hecho con una persona de 60 años de edad, mientras que el varón solo puede derivar pensión de viudez de una persona de hasta 50 años de edad. Además, hay una diferencia de 10 años a favor de la mujer; y 3) puede obtener pensión de viudez aunque no haya dependido económicamente de su causante; y, por el contrario, el varón sano no puede obtener pensión de viudez si no ha dependido económicamente de su causante.

3. Es así que puede constatarse que aquí el único elemento diferenciador de cada una de las situaciones jurídicas mencionadas es el sexo de la persona, viuda/conviviente o viudo/conviviente, distinción que, evidentemente, no resulta justificada.
4. Y es que, a pesar de estar los viudos en igual situación fáctica que la de las viudas (fallecimiento de su cónyuge o conviviente), el derecho a la pensión les será reconocido o denegado en función de: a) si están sanos o inválidos hasta los 60 años de edad b) si dependieron o no económicamente de sus causantes, c) si, pese a haber dependido económicamente de su cónyuge, son menores o mayores de 60 años de edad; y d) si se casan o establecen una unión de hecho con una persona de entre 50 y 59 años de edad o no.
5. En ese orden de ideas, resulta manifiesto que el tratamiento que se ha dispensado al varón no resulta justificado y, por tanto, es inconstitucional, puesto que no existen razones objetivas para el trato diferenciado en perjuicio de este.
6. Ahora bien, considero que, más allá de lo hasta aquí mencionado, este tipo de controversias sirven para visibilizar, una vez más, como el día de hoy aún persisten disposiciones que atentan directamente contra la igualdad de género. Y es que si convenimos en que aquí se ha producido un trato diferenciado no justificado en perjuicio del varón, debemos señalar que ello se ha dado precisamente en función de los roles tradicionales de género que tanto perjuicio causan, al afianzar prejuicios y estigmas que impiden el desarrollo, en igualdad de condiciones, de varones y mujeres en nuestra sociedad.
7. Aquí concretamente se trata de una visión que, bajo la supuesta idea de autosuficiencia y fuerza del varón, en contraste con la supuesta dependencia y debilidad de la mujer, el primero solo puede acceder a una pensión de viudez solo si cumple los requisitos señalados en el cuadro ya consignado en el presente fundamento de voto. Ello resulta a todas luces inaceptable, y sirve también para poner de manifiesto como los roles tradicionales de género no solo son dañinos para la mujer (que, sin duda, es la principal perjudicada con dichos roles) sino también con el varón, lo cual debe generar la convicción de una lucha constante y sistemática por hacer retroceder el lamentable flagelo de la desigualdad.
8. De otra parte, pero no menor relevante, es dejar sentado que la situación aquí señalada no solamente se da en el régimen previsional del Decreto Ley 19990, sino también en otros regímenes previsionales, como se aprecia en el cuadro adjunto en el fundamento jurídico 39 de la ponencia. Ello no hace sino fortalecer la idea de que resulta necesario declarar un estado de cosas inconstitucional en relación al trato legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos obtener pensión de viudez.

Sobre el término “contenido esencial”

9. De otro lado, en la sentencia se utiliza la noción de “contenido esencial” para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que “merece protección a través

del proceso de amparo”, a diferencia de otros ámbitos que, si bien forman parte del derecho, no están incluidos su “contenido esencial” y, por ende, no merecerían tutela a través del proceso de amparo, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los llamados contenido “no esencial” o “adicional”).

10. Al respecto, conviene además tener presente que en la jurisprudencia de este Tribunal se encuentra que la expresión “contenido esencial” se ha usado de distinto modo. En especial, ha sido entendida como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales; como un contenido iusfundamental que solo puede hallarse tras realizar un examen de proporcionalidad; o como aquel contenido iusfundamental protegido directamente por la Constitución que permite la procedencia del amparo, entre otros usos.
11. En lo que concierne al uso que se le da en esta sentencia, dicha comprensión ha requerido que este órgano colegiado establezca “listas” de contenidos iusfundamentales, a través de las cuales el Tribunal instituye cuáles ámbitos del derecho considera como parte del contenido esencial y cuáles quedan fuera. Esta operación, qué duda cabe, es sumamente discrecional, y por ello, corre el riesgo de devenir en arbitraria, máxime si nos encontramos ante derechos de configuración legal como el derecho a la pensión.
12. Además de ello, su consecuencia es que se presentan casos en lo que algunos contenidos, los cuales realmente forman parte del derecho, y por ende merecerían protección a través del amparo, han quedado excluidos de esta posibilidad de tutela urgente pues no fueron incluidos en la decisión del Tribunal Constitucional. Esto ha pasado, por ejemplo, con respecto de algunas personas de edad avanzada, a quienes este Tribunal ha tutelado su derecho a acceder a una pensión, pese a no encontrarse dentro de los supuestos considerados como “contenido esencial” del derecho a la pensión. Por el contrario, sigue excluyendo de tutela aquellos casos en los que se demanda acceder a pensiones mayores de 415 nuevos soles, a pesar de que el “mínimo vital” que en su momento justificó establecer la mencionada cifra, ha variado notoriamente.
13. Al respecto, y como hemos explicado en otras oportunidades, consideramos que esta noción de “contenido esencial” suele generar confusión y no aporta mucho más que la noción de “contenido de los derechos”, a secas. Téngase presente que, finalmente, la expresión utilizada por el Código Procesal Constitucional es la de “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos.
14. En este sentido, considero que casos como el presente podrían analizarse a partir del *análisis sobre la relevancia constitucional del caso*, fórmula establecida en la STC 02988-2013-AA, tomando en consideración reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí se recordó que tanto el artículo 5, inciso 1, como el artículo 38 del Código Procesal Constitucional prescriben la improcedencia de la demanda si esta no está

dirigida a la defensa de ámbitos protegidos por derechos constitucionales. Con más detalle, se indicó que su determinación requiere, básicamente¹:

- 1) Verificar que existe una *norma de Derecho Constitucional* pertinente para el caso (es decir, una interpretación válida de disposiciones que reconocen derechos constitucionales). Esto exige encontrar, primero, una disposición (enunciado normativo) que reconozca el derecho fundamental invocado, que puede ubicarse tanto en la Constitución, como en los tratados de derechos humanos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en la jurisprudencia supranacional vinculante para el Estado peruano. Seguidamente, será necesario establecer las normas (interpretaciones, significados) que se desprendan válidamente de las disposiciones que reconocen derechos, de tal forma que pueda reconocerse qué protege realmente el derecho invocado.

Ahora bien, esto de ninguna forma descarta la posibilidad de que se tutelen derechos constitucionales no reconocidos de modo expreso (derechos implícitos o no enumerados); sin embargo, en tal caso será necesario vincular interpretativamente el derecho invocado en la demanda con lo dispuesto en la cláusula constitucional que reconoce los derechos fundamentales no enumerados (artículo 3 de la Constitución²).

Asimismo, de lo anterior no se desprende que los derechos constitucionales de desarrollo legal queden desprotegidos; al respecto, debe tenerse en cuenta que, en general, los derechos constitucionales siempre son desarrollados, concretados o actualizados por los jueces y el poder político (legislativo y administrativo), sin que ello contradiga o disminuya su naturaleza iusfundamental. Solo en caso que la legislación de desarrollo rebalse el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho, que se trate de derechos de origen legal, o si el contenido del derecho merece protección en otra vía (lo que corresponderá ser analizado a partir de otra causal de improcedencia) se declarará improcedente la demanda³.

- 2) Constatar que el demandante se beneficie de la posición jurídica amparada por la norma iusfundamental encontrada. Es decir, luego de analizado el ámbito protegido del derecho, debe determinarse si lo alegado en la demanda (en la pretensión, en los hechos descritos) son subsumibles en el ámbito normativo del derecho, describiéndose a estos efectos quién es el titular del derecho (sujeto activo), el obligado (sujeto pasivo) y la concreta obligación iusfundamental. En otras palabras, es

1 Con matices, cfr. STC Exp. N° 00665-2007-PA/TC, f. j. 5.a y b, STC Exp. N° 06218-2007-HC/TC, f.j.10.

2 Constitución Política del Perú
“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

3 Cfr. STC Exp. N° 03227-2007-PA/TC, f. j. 3; RTC Exp. N° 9096-2006-PA/TC, f. j. 2.

necesario acreditar la titularidad del derecho, más aun, la existencia de una “relación jurídica de derecho fundamental”⁴.

- 3) Finalmente, debe verificarse que la afectación o restricción cuestionada incida en forma negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en el ámbito protegido por el derecho invocado, cuando menos de modo preliminar o *prima facie*, es decir, sin necesidad de ingresar a analizar el contenido de la pretensión invocada. En efecto, a través de esta causal de improcedencia no se trata de demostrar la existencia de una intervención justificada o ilegítima (lo que solo se conocerá con certeza al finalizar el proceso constitucional), sino de descartar que estemos ante un caso de “afectación aparente”, en la medida que la lesión o amenaza, si bien perturba de alguna forma intereses del actor, finalmente no incide en algún contenido constitucionalmente relevante.
15. Además de ello, debe tenerse en cuenta que en algunos casos excepcionales este análisis de relevancia iusfundamental puede ser insuficiente; por ejemplo: cuando la Constitución prevé excepciones al ejercicio del referido derecho; cuando la interpretación que se hace de la disposición que reconoce el derecho es irrazonable o absurda; cuando la demanda reivindica un contenido manifiestamente ilícito y tal ilicitud no es puesta en duda; cuando la titularidad del derecho requiere, de modo necesario, condiciones adicionales de aplicación; se busca tutelar un ámbito aparentemente protegido, pero que el Tribunal Constitucional ha excluido expresamente en su jurisprudencia de observancia obligatoria, entre situaciones que casuísticamente puedan presentarse. En este supuesto, atendiendo al caso concreto, será necesario tener en cuenta consideraciones adicionales al examen de tres pasos señalado *supra*, para determinar si lo alegado hace referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y con ello resolver la procedencia de la demanda
16. Considero que a partir de este análisis puede determinarse, de manera ordenada y con coherencia conceptual, si la vulneración o la amenaza alegada en una demanda incide realmente en el contenido protegido por el derecho fundamental invocado y, en ese sentido, si *prima facie* merece tutela a través de un proceso constitucional; prescindiéndose, pues, de nociones equívocas como la de “contenido esencial”.
17. Esto, desde luego, sin perjuicio de que casos auténticamente referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que se invocan finalmente puedan ser declarados improcedentes, en atención a las otras causales de improcedencia, contenidas también en el Código Procesal Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

⁴ Cfr., *mutatis mutandis*, RTC Exp. N° 01581-2010-PHD/TC, f. j. 6, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, f. j. 25-27.

Pleno. Sentencia 779/2020

EXP. N.º 01701-2016-PA/TC

LORETO

TRIPLAY IQUITOS S.A.C

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 16 de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, ha emitido, por mayoría, la siguiente sentencia, que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

La magistrada Ledesma Narváez, y los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados, Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada aprobado en sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Triplay Iquitos S.A.C. contra la sentencia de fojas 689, de fecha 27 de marzo de 2015, expedida por la Sala Civil (antes Sala Mixta) de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 16 de agosto de 2019, Triplay Iquitos S.A.C. interpuso demanda de amparo contra los integrantes de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Plantea como única pretensión que se deje sin efecto la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en el extremo que dispuso la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 38 del Código Tributario, vigentes en el momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa subyacente. En líneas generales, aduce que esa decisión no cuenta con una motivación y que la referida disposición del Código Tributario quebranta la igualdad, por lo que no le debe ser aplicada. En cuanto a la alegada violación de su derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de debida motivación de las resoluciones judiciales, la parte demandante manifiesta que –sin mayor fundamento–, se ha decretado la aplicación del marco jurídico vigente al momento de la interposición de la demanda subyacente, pese a que ello ni siquiera fue exigido por la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) al apelar la Resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2009, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima (*Cfr.* fojas 42).

En lo concerniente a la denunciada conculcación de su derecho a la igualdad, arguye que no existe una paridad real entre el interés que se le abona cuando es morosa respecto del que percibirá cuando se le devuelva lo indebidamente pagado.

Auto de primera instancia o grado

Ante lo manifestado por la demandante, el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto declaró la improcedencia liminar de la demanda, por considerar que lo que en realidad se prende es un reexamen de lo resuelto en el proceso contencioso- administrativo subyacente.

Auto de segunda instancia o grado

A su turno, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto confirmó la recurrida por la misma consideración. A mayor abundamiento, añadió que la presente demanda fue interpuesta de manera extemporánea.

Auto del Tribunal Constitucional

Mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2012 recaída en el Expediente 04018-2011- PA/TC, el Tribunal Constitucional ordenó admitir a trámite la demanda debido a que, contrariamente a lo decretado por los jueces que han conocido el presente proceso, no es manifiestamente improcedente.

Contestaciones de la demanda

La Procuraduría Pública del Poder Judicial contestó la demanda. Solicitó que sea declarada improcedente puesto que la judicatura constitucional no es competente para reexaminar el mérito de lo decidido en la etapa de ejecución del proceso contencioso- administrativo subyacente.

Por su parte, la Procuraduría Pública de la Sunat contestó la demanda requiriendo que sea declarada improcedente o infundada, pues, a su criterio, no se ha conculcado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que la parte recurrente ha invocado. En suma, alega que, si bien el marco normativo aplicado en la sentencia es incorrecto, la resolución judicial impugnada está suficientemente motivada. En su opinión, la actora pretende tergiversar lo decidido en la sentencia estimatoria emitida en su favor, la cual no hace mención a la forma en que se abonarán los intereses y, en todo caso, lo resuelto perjudica al fisco en beneficio de la propia actora. Siendo ello así, no entiende el motivo de la interposición de la presente demanda.

Finalmente, en lo relativo a la alegada conculcación de su derecho a la igualdad, afirma que, en realidad, lo que la accionante pretende es un tratamiento privilegiado respecto del resto de contribuyentes.

Sentencia de primera instancia o grado

El Segundo Juzgado Civil de Maynas estimó la demanda porque, a su criterio, han violado los derechos fundamentales de la empresa demandante al debido proceso, en su

manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones, e igualdad. En cuanto a lo primero, señala que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República no ha justificado, aunque sea de manera mínima, por qué ha decidido que el marco normativo aplicable sea el vigente a la fecha de la interposición de la demanda subyacente. En lo relativo a lo segundo, manifiesta que el interés que percibe la Administración Tributaria generado por la mora del deudor debería ser el mismo que pagará al restituir las sumas que indebidamente percibió, dado que no existe justificación para tratarlas de manera diferente.

Recurso de apelación

La Procuraduría Pública de la Sunat apeló lo resuelto en primera instancia o grado. Al respecto, alegó que (i) la sentencia materia de ejecución no ha ordenado que la devolución se realice a modo de pago indebido; (ii) no se puede reexaminar lo decidido en el auto cuestionado; (iii) la interpretación efectuada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que fue dejada sin efecto no causa perjuicio alguno a la demandante, puesto que le otorga un 20 % adicional de intereses que, en principio, no le corresponden; y, finalmente, (iv) no se pueden hacer distingos en cuanto a la aplicación de intereses, pues implicaría dar un arbitrario trato preferente a la demandante.

La Procuraduría Pública del Poder Judicial también impugnó lo resuelto en primera instancia o grado, pues, contrariamente a lo resuelto, consideró que la judicatura constitucional no es competente para examinar el mérito de lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala Mixta de Loreto de la Corte Superior de Justicia de Maynas revocó la recurrida declarándola infundada, por considerar que el auto cuestionado cuenta con una justificación que respalda, de manera suficiente, lo ordenado en él.

Recurso de agravio constitucional

En su recurso de agravio constitucional la parte recurrente insiste en los mismos argumentos planteados inicialmente en la demanda y agrega, además, que la motivación brindada en la resolución recurrida adolece de un vicio de motivación externa.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso y examen del caso en concreto

1. Conforme se aprecia de lo argüido por la demandante a lo largo del presente proceso, sus alegaciones se sintetizan en lo siguiente: (i) que se ha tergiversado, en etapa de ejecución, lo resuelto en la sentencia de fecha 19 de marzo de 2008; (ii) que la aplicación, en su caso, del artículo 38 del Código Tributario es inconstitucional, por cuanto se le pretende pagar una tasa de interés menor a la que correspondería si, en vez de exigir

la devolución de un pago indebido a la Sunat, fuera ella quien estuviera en mora; por lo que plantea el control difuso de esa disposición; y (iii) que no se ha fundamentado el porqué de la aplicación, para su caso, del artículo 38 del Código Tributario pese a haberse confirmado que la devolución que debe hacer Sunat es en modo de pago indebido.

2. En su momento, y con una conformación distinta a la actual, este Tribunal Constitucional ordenó la admisión a trámite de la demanda mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2012 dictada en el Expediente 04018-2011-PA/TC (fojas 219). En dicha resolución se consideró que no eran aplicables los incisos 1 y 10 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, dado que las alegaciones de la recurrente estaban relacionadas, *prima facie*, con el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos fundamentales al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, así como en su derecho a la igualdad. Queda claro, entonces, que en aquella ocasión únicamente se determinó que la demanda de autos no es manifiestamente improcedente.
3. Ahora, si bien la parte demandante reclama también la tutela de sus derechos a la igualdad y a la propiedad, así como la aplicación del control difuso, este Tribunal se pronunciará solo respecto de la alegada vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, puesto que, de verificarse la inexistencia de una fundamentación, corresponderá a la judicatura ordinaria decidir motivadamente sobre la aplicación o no de determinado marco normativo, resultando inadecuado que este Tribunal emita un juicio de valor *ex ante* respecto a si determinada motivación –sobre la aplicación de uno u otro marco normativo- vulnera o no los derechos alegados por la recurrente.
4. Así, en cuanto a la alegada violación de su derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la demandante refiere que, si bien la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República estimó su oposición -al ratificarse que la devolución debe ser efectuada a modo de pago indebido y no como reintegro tributario, ordenó, no en su parte resolutive sino en la expositiva, que el cómputo de los intereses se efectúe conforme a las reglas vigentes al momento de la interposición de la demanda subyacente y no bajo las establecidas en el momento en que requirió, a nivel administrativo, la devolución de lo indebidamente cobrado. Según la actora, tal decisión resulta inconstitucional no solamente por carecer de fundamento, sino porque ni ella ni la Sunat lo requirieron. La incongruencia, a su criterio, es manifiesta.
5. Así las cosas, corresponde dilucidar, en primer lugar, si en un escenario en el que, en primera instancia o grado, se ha establecido la aplicación de las reglas vigentes en el momento en que surge el cobro indebido conforme a lo requerido por Triplay Iquitos S.A.C. (fojas 69), y ello es apelado únicamente por la Sunat, quien solicitó la aplicación de las reglas vigentes en el momento que requirió la devolución (fojas 40); es

constitucionalmente válido que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República descarte, sin mayor fundamento, ambas posiciones y se decante por disponer la aplicación del marco normativo vigente al momento de la interposición de la demanda (fojas 47).

6. Este asunto litigioso –planteado en esos puntuales términos, reviste especial trascendencia constitucional, al encontrarse comprometido de manera directa el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, al denunciarse una arbitrariedad muy concreta: la carencia de fundamentación de la Resolución de fecha 22 de diciembre de 2009 (fojas 46), cuya aclaración fue declarada improcedente mediante Resolución de fecha 23 de marzo de 2010 (fojas 55).

Sobre el cómputo del plazo para interponer la presente demanda

7. Aunque al ordenar la admisión a trámite de la demanda, no se expusieron las razones sobre por qué la demanda no era extemporánea, este Tribunal considera que debe tenerse en cuenta que la aclaración presentada en el marco de la ejecución de la sentencia expedida a favor de la actora no califica como una articulación inoficiosa.
8. En cuanto a lo primero, este Tribunal juzga que la interpretación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional –que supedita la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales a que las mismas sean firmes– y del artículo 44 del referido código –que establece el cómputo del plazo para la interposición de la demanda de amparo– tiene que realizarse desde y conforme al contenido material y axiológico de la Constitución.
9. En tal sentido, corresponde desechar toda aquella interpretación conjunta de ambas disposiciones que, en lugar de optimizar su finalidad consistente en ser un mecanismo rápido, adecuado y eficaz para garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales así como la primacía de la Constitución, opte por la mera improcedencia de la demanda, al entender mecánicamente que toda aclaración es inoficiosa.
10. En concordancia con esto último, la determinación de (i) qué resoluciones califican como firmes para efectos del cómputo del plazo de prescripción, y (ii) qué articulaciones procesales resultan inoficiosas y cuáles no lo son; no puede realizarse de manera superficial, sin sopesar los hechos del caso desde una óptica garantista, puesto que desconocería la naturaleza eminentemente tutelar del proceso de amparo, más aún si se tiene en cuenta que, en caso de duda sobre la continuidad de este, se debe optar por expedir un pronunciamiento de fondo, en virtud del principio de *in dubio pro actione*.
11. Atendiendo a ambas consideraciones, y a la luz de los hechos del caso, es válido inferir que dicho pedido de aclaración no tuvo por finalidad dilatar la ejecución de lo resuelto porque la actora es la principal interesada en que lo ordenado en esa sentencia capital más intereses, se le devuelva de manera celeré. Siendo ello así, es un sinsentido asumir que Tripley Iquitos S.A.C. ha consentido tal decisión.

12. Muy por el contrario, todo hace indicar que esa aclaración fue presentada con el propósito de que (i) la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, última instancia de la judicatura ordinaria, tome conocimiento de que se ha pronunciado, en la parte considerativa, sobre algo ajeno a la impugnación; y (ii) evitar acudir a un nuevo proceso judicial esta vez ante la judicatura constitucional, con todos los costos monetarios que eso conlleva tanto para ella como para la sociedad en su conjunto (externalidad), para enmendar esa agresión *iusfundamental* de una manera más rápida que acudir a la judicatura constitucional.
13. A mayor abundamiento, debe tenerse en consideración que, exigir a la demandante solicitar la aclaración de dicha resolución y que, en simultáneo, acuda a la judicatura constitucional a buscar tutela contradice el principio hermenéutico de economía procesal, en tanto ello implicaría que un mismo reclamo se ventile en dos vías paralelas, generando una duplicidad de costos para la impartición de justicia, lo que genera además la posibilidad de que existan resultados contradictorios, lo cual es una situación no deseada.
14. Tampoco se puede obviar que el sustento de la exigencia de la firmeza como requisito de procedencia se basa, precisamente, en dar a la judicatura la oportunidad de rectificar el agravio en que ella hubiera incurrido, a fin de evitar que el justiciable cuestione tal decisión en la vía constitucional y que, eventualmente, se corrija esa arbitrariedad mucho tiempo después.
15. En ese contexto, negar a la actora la posibilidad de requerir a la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República la aclaración del auto de fecha 22 de diciembre de 2009, en aras de evitar incoar una ulterior demanda de amparo –cuya tramitación viene durando más de 8 años- no resulta constitucionalmente admisible.
16. Atendiendo a tales razones, este Tribunal Constitucional considera que el pedido de aclaración formulado no califica como una articulación inoficiosa, más aún si de manera concurrente a la violación del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales, que forma parte del derecho fundamental al debido proceso, también se puede apreciar cierta incidencia en el derecho a la garantía de la cosa juzgada, que a su vez forma parte del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.
17. En estos supuestos, la agresión persistirá mientras no se cumpla con ejecutar la sentencia estimativa que con ese carácter se ha dictado [Expediente 036112012- PA/TC]. Y es que, como bien ha sido advertido por este Tribunal Constitucional:

(...) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido (*cfr.* sentencia emitida en el Expediente 15-2001-AI y acumulados).

[...]

(...) quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables –y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no– las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento (cfr. sentencia emitida en el Expediente 15- 2001-AI y acumulados).

En esa línea, es válido concluir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva necesariamente impone a los jueces el ineludible deber de velar por el cabal cumplimiento de lo resuelto.

18. Por ello, el incumplimiento del citado deber origina que, en estos casos, la agresión *iusfundamental* califique como una omisión, más aún si se entiende que, de acuerdo con la dimensión objetiva de éste, la ejecución de las sentencias importa un conjunto de obligaciones a los poderes públicos [Cfr. Expediente 02598-2010-PA/TC] en aras de promover su efectividad. En consecuencia, resulta de aplicación lo estipulado en el inciso 3 del artículo 44 del Código Procesal Constitucional, que dispone que “[s]i los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución”.

Examen de la alegada violación de derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

19. En la sentencia expedida en el Expediente 00966-2014-PA/TC, este Tribunal Constitucional indicó que el derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, exige a) la fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión [Cfr. Expediente 04348-2005-PA/TC].
20. A la luz de anteriormente mencionado, este extremo de la demanda debe ser estimado porque, al fin y al cabo, lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la parte considerativa de la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, no da cuenta -aunque sea de manera mínima- de las razones por las cuales ordenó que se aplique el marco normativo vigente en la interposición de la demanda subyacente, pese a que aquello no fue requerido por la Sunat al apelar la Resolución 40, por lo que ni siquiera era materia de revisión.
21. En efecto, en el marco de la ejecución de la sentencia de fecha 19 de marzo de 2008 la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de la Corte Superior

de Justicia de Lima emitió la Resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2009 (fojas 42), que declaró fundada la oposición que formuló Triplay Iquitos S.A.C. Por consiguiente, ordenó a la Sunat “devolver el capital y calcular los intereses bajo el concepto de devolución y no de reintegro, como impropia ha (sido) calificado. Empero, dicho auto solamente fue apelado por la Administración Tributaria (fojas 37) quien solicitó que el cálculo de la liquidación de los intereses se realice conforme al criterio plasmado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 1102-2008 Lima, de fecha 14 de agosto de 2008, esto es, bajo las reglas del “reintegro y no del “pago indebido”. Y es que, de acuerdo con dicha entidad, no se efectuó “un análisis jurídico del por qué aplicaba la norma vigente a la fecha de pago y no la vigente a la fecha de presentación de la solicitud, apartándose del criterio contenido en la Casación reseñada anteriormente”.

22. No obstante lo argüido por la Sunat, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, confirmó la Resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2009, por lo que ratificó que el pago se efectúe según las reglas del pago indebido. Sin embargo, en un acto de notorio decisionismo estableció, sin detallar el porqué y sin que la apelante lo haya solicitado, que se debe aplicar el marco normativo vigente en el momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa. En efecto, como se puede apreciar de fojas 46 a 48, la referida resolución no fue motivada en el extremo de la aplicación del artículo 38 del Código Tributario:

“[...] Que, en principio, cabe señalar que del examen de la sentencia recaída en el proceso de autos, obrante en copia certificada a fojas nueve del cuaderno acompañado, Sala Superior la sentencia, en fecha veintinueve de noviembre del año dos mil seis, resolvió de acuerdo con lo peticionado en la demanda, es decir, ordenó que la Administración Tributaria procediera a la devolución de lo indebidamente pagado por la demandante por concepto de Impuesto General a las Ventas, correspondiente a los años mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis, mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho. Por consiguiente, estando a lo establecido en la mencionada sentencia, la misma que fue confirmada por esta Sala Suprema, mediante sentencia de fecha diecinueve de marzo del año dos mil ocho el pago a ser efectuado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) deberá ajustarse a lo previsto en el artículo treinta y ocho del Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo número ciento treinta y cinco-noventa y nueve-EF, según el vigente a la fecha de interposición de la demanda [...]”

23. En tal sentido, corresponde declarar la nulidad de la resolución de fecha 22 de noviembre de 200, en el extremo en el que se emite pronunciamiento respecto a la aplicación en el tiempo del artículo 38 del Código Tributario, al no haber sido impugnado por la Sunat, así como de la resolución de fecha 23 de marzo de 2010 -que declaró

improcedente la solicitud de aclaración presentada por la ahora recurrente- a fin de que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República expida una nueva resolución.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la conculcación del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.
2. En consecuencia, declarar **NULA** la resolución de fecha 22 de noviembre de 2009, en el extremo en el que se emite pronunciamiento respecto la aplicación en el tiempo del artículo 38 del Código Tributario; y **NULA** la resolución de fecha 23 de marzo de 2010.

Publíquese y notifíquese

SS.

FERRERO COSTA

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ**

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de la posición de emitir sentencia estimatoria, pues considero que debe declararse **improcedente la demanda**. Mis fundamentos son los siguientes:

1. La demandante pretende que se deje sin efecto la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en el extremo en que dispuso la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 38° del Código Tributario, vigentes al momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa subyacente. En líneas generales, aduce que esa decisión no cuenta con una motivación y que la referida disposición del Código Tributario quebranta su derecho a la igualdad, por lo que no debe aplicársele.

En cuanto a la alegada violación de su derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, manifiesta que –sin mayor fundamento– se ha decretado la aplicación del marco jurídico vigente al momento de la interposición de la demanda subyacente, pese a que ello ni siquiera fue exigido por la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) al apelar la Resolución 40 (cfr. fojas 42), de fecha 19 de mayo de 2009, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Agrega que habiéndose ordenado el pago del capital bajo la figura de la devolución debe aplicarse la tasa de interés prevista en el artículo 33 del Código Tributario, esto es, la tasa de interés moratorio (TIM).

En lo concerniente a la denunciada conculcación de su derecho a la igualdad, arguye que no existe una paridad real entre el interés que se le abona cuando es morosa respecto del que percibirá cuando se le devuelva lo indebidamente pagado

2. Revisados los autos se advierte que, en el proceso subyacente, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2006 (fs. 32), confirmada por resolución de 19 de marzo de 2008 (fs. 37), se ordenó a la Administración Tributaria devolver a Triplay Iquitos SA la suma que pagó por concepto de Impuesto General a las Ventas, por la adquisición de insumos durante los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998.
3. En la etapa de ejecución de dicho proceso, mediante resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2019 (fs. 42-44) se declaró fundada la oposición formulada por la demandante a la liquidación del monto a pagar, con sus respectivos intereses, presentada por la demandada. La decisión fue apelada por ésta última y la Corte Suprema confirmó la decisión precisando que los intereses debían devolverse bajo el concepto de devolución

y de no de reintegro (fs. 46 a 48). El pedido de aclaración formulado por la actora contra esta última fue desestimado (fs. 65).

4. Ahora bien, en relación a los pedidos de aclaración, el artículo 406 del Código Procesal Civil establece que

“El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión”.

5. Así pues, la aclaración opera ante la presencia de conceptos oscuros o dudosos en una resolución, haciéndola ininteligible. Al respecto, Enrique Falcón, citado por Juan Morales Godo¹, señala que “Conceptos oscuros son los que no aparecen como una consecuencia clara y lógica dentro del pronunciamiento, por falta de pasos intermedios en la elaboración del concepto o no hallarse clara la afirmación o negación del derecho por ambigüedad o vaguedad de la expresión, etcétera. En este caso, la aclaratoria busca la precisión de la sentencia. Es decir, que no tenga palabras, frases u oraciones vagas o ambiguas”.

6. En relación a este tema, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la aclaración es procedente si se refiere a conceptos o frases que

“ofrezcan verdadero motivo de duda, lo cual se presenta cuando los conceptos o frases objeto de aclaración “influyen para el entendimiento pleno y el cumplimiento de lo decidido en el fallo en cuestión”. También la Corte ha expresado que “lo que ofrece duda, [es] lo que es ambiguo, lo que es susceptible de ocasionar perplejidad en su intelección”².

7. En ese sentido, tal como lo señala la norma citada en el fundamento 3 *supra*, el pedido de aclaración no puede servir para modificar el alcance o contenido de las resoluciones judiciales, pues “[no] tiene por objeto la rescisión o sustitución de las resoluciones por otra, sino lo que busca es interpretarla, ponerla de acuerdo con la intención del juzgador, subsanar una deficiencia de expresión”³.

8. En el caso de autos, en la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009 (fs. 46) la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, actuando como órgano de segundo grado,

1 Morales Godo, Juan; “Aclaración y corrección de resoluciones judiciales”; en Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 5(1), 2014 (ISSN 2072-7976) (<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocetal/article/download/47-78/10823/>)

2 Auto 197/12 emitido en razón de la solicitud de aclaración de la sentencia T-053 de 2012, fundamento jurídico 1.3

3 Ledesma Narváez, Marianella; Comentarios al Código Procesal Civil Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, Pag. 863.

confirmó la resolución emitida por el A quo declarando fundada la oposición formulada por la recurrente a la liquidación presentada por la Administración Tributaria, dejando precisado que esta debía devolver lo indebidamente pagado por la demandante por concepto de IGV, conforme a lo previsto en el artículo 38 del TUO del Código Tributario vigente a la fecha de interposición de la demanda. En la parte resolutive que se dispuso que los intereses debían abonarse bajo el concepto de devolución y no de reintegro.

9. Mediante escrito que en copia corre a fojas 49 y escrito de reiteración del pedido de la página 53, la recurrente solicitó que se aclare la resolución referida en el fundamento *supra* en el extremo concerniente a la aplicación del artículo 38 del TUO del Código Tributario, pues, a su consideración, tendría que aplicarse la norma vigente a la fecha de presentación de su reclamo a la SUNAT para que le devuelva los montos que indebidamente se le cobró, y que resultaba de aplicación la tasa de interés moratorio (TIM) a que se refiere el tercer párrafo del citado artículo 38 ya que se trató de un pago es exceso por requerimiento indebido, por ello considera contradictorio la aplicación de la tasa TIPMN, aplicable a las devoluciones de pago realizadas indebidamente sin que medie requerimiento de la administración, regulado por el primer párrafo del mismo artículo.
10. De lo expuesto se puede concluir que en realidad lo que la recurrente buscaba con el pedido de aclaración, no era que se aclare un concepto oscuro o dudoso, sino que la Sala Civil de la Corte Suprema modifique el contenido de la resolución que resolvió la apelación, en el extremo en que precisó la norma aplicable para el cálculo de los intereses que debía pagar la Administración Tributaria, lo que evidentemente excede de la finalidad de los pedidos de aclaración, conforme los precisé en los fundamentos 4 a 7 de este voto.
11. Por ello, no comparto los argumentos de los fundamentos 12 a 16 de la sentencia, no sólo porque la aclaración no ha sido prevista para “enmendar” agresiones iusfundamentales, ni errores en los que se hubiere podido incurrir, y tampoco el amparo es una vía para “aclarar resoluciones”, sino también porque en ningún extremo del pedido de aclaración de la recurrente ni del escrito en el que reitera dicho pedido, se alega que la Corte Suprema se hubiere pronunciado sobre algo ajeno al recurso de apelación, como lo señala mis colegas magistrados en la sentencia en mayoría. Siendo ello así, el pedido de aclaración, tal como fue planteado, resultaba inoficioso.
12. Ahora bien, el artículo 44° del Código Procesal Constitucional, tratándose del amparo contra resoluciones judiciales *“el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución, que ordena se cumpla lo decidido”*, salvo que se trate de resoluciones que por su naturaleza no requieran de ejecución, supuesto en el cual, el cómputo del plazo se efectuará desde la notificación de la resolución firme que considera vulneratoria de los derechos constitucionales. Por otro lado, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal

Constitucional ha establecido que cuando el justiciable interponga medios impugnatorios o recursos que no tengan real posibilidad de revertir los efectos de una resolución, el inicio del plazo prescriptorio deberá contabilizarse desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución firme que se considera lesiva.

13. En el presente caso, se aprecia que la resolución judicial firme es la cuestionada resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en la medida en que el pedido de aclaración formulado contra ella con la finalidad de modificarla, resultaba inoficioso. Asimismo, se trata de una resolución judicial firme que no requiere ser ejecutada y/o cumplida, pues fue emitida en un proceso que se encuentra en la etapa de ejecución y el recurso de apelación que la motivó fue concedido sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, no imponiendo al juez o a las partes la realización de una actuación específica cuya ejecución debe ser requerida por otra resolución que ordene se “cumpla lo decidido”; de ahí que el plazo de los 30 días hábiles para interponer la demanda debe computarse a partir del día siguiente de la notificación de la referida resolución. Así las cosas, se advierte que la cuestionada resolución de fecha 22 de diciembre de 2009 fue notificada el **12 de marzo de 2010** (fs. 43); asimismo, se advierte que la demanda fue presentada el **16 de agosto de 2010** (fs. 90), es decir, luego de haber transcurrido el plazo de los 30 días hábiles para interponer la demanda de amparo contra resoluciones judiciales, por lo que la misma resulta extemporánea, incurriendo en la causal de improcedencia prevista en el numeral 10 del artículo 5° y el artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
MIRANDA CANALES**

Con el debido respeto que merecen mis colegas magistrados, debo emitir un voto singular, conforme a las siguientes consideraciones:

1. El presente caso es de amparo contra resoluciones judiciales. No puede obviarse en el presente caso, que el Código Procesal Constitucional es bastante claro respecto al plazo que existe para cuestionar una resolución judicial vía el amparo, asimismo este Tribunal ha emitido reiterados pronunciamientos al respecto.
2. El recurrente pretende que se declare la nulidad de la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en el extremo que dispuso la aplicación de reglas contenidas en el artículo 38 del Código Tributario, vigentes en el momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa subyacente (sic).
3. Ahora bien, cabe preguntarse desde cuándo debe computarse el plazo. Al respecto, este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que el plazo para interponer una demanda de amparo contra resolución judicial empieza a transcurrir con la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo ejecutoriado, en caso exista algo que tenga que ejecutarse. De lo contrario, debería empezar a correr desde el momento en que es notificada.
4. En el presente caso, la resolución de fecha del 22 de diciembre de 2009 cuestionada se trata de una resolución judicial firme que no requería ser ejecutada y/o cumplida, pues fue emitida en un proceso que se encontraba en ejecución. En este sentido, el plazo de 30 días hábiles debe computarse desde la notificación de dicha resolución.
5. De fojas 43 se puede advertir que fue notificado con la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009 el 12 de marzo de 2010. En tanto la demanda fue presentada el 16 de agosto de 2010, ha transcurrido en exceso el plazo de 30 días hábiles para interponer la demanda de amparo; en este sentido, conforme al artículo 44 y el inciso 10 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, mi voto es porque la demanda se declare **IMPROCEDENTE**.

S.

MIRANDA CANALES

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, que han declarado fundada la demanda. Por mi parte, considero que la demanda debe ser declarada improcedente, tal como pasaré a explicar seguidamente:

1. El artículo 44 del Código Procesal Constitucional regula el plazo para interponer la demanda de amparo. En especial, sobre el caso del amparo contra resolución judicial, se señala que:

“Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

[...] Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.” (resaltado agregado)

2. Respecto de la “firmeza” requerida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, este órgano colegiado ha establecido que una resolución adquiere el carácter de firme cuando se han agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada (Cfr. STC 02494-2005-AA, f. j. 16). En el mismo sentido, ha dicho asimismo que por “(...) resolución judicial firme, debe entenderse a aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia (Cfr. STC 4107-2004- HC, f. j. 5).” (RTC 05281 -2011-PA, f. j. 3; RTC 02233-2011-PA, f. j. 3; RTC 08518- 2013-PA).
3. Con base en lo anterior, es claro que la presentación de recursos inoficiosos contra resoluciones judiciales que se alegan como lesivas de derechos (es decir, recursos que no tengan posibilidad real de modificar lo que ellas resuelven) no hace que estas resoluciones dejen de considerarse como firmes a efectos de presentar una eventual demanda constitucional en su contra. Siendo así, el plazo de prescripción establecido en el artículo 44 de la Constitución empieza a correr desde que la resolución judicial que se reputa lesiva de derechos adquirió la condición de firme, sin tomarse en cuenta la existencia de cualquier articulación procesal posterior que resulte inconducente para revertir los efectos de la resolución impugnada.
4. En el caso de autos, a efectos de admitir a trámite la demanda de “amparo contra resolución judicial”, para contabilizar el plazo para demandar la resolución suscrita por la mayoría ha tomado en cuenta, no el momento en que fue expedida la sentencia de fondo, sino la fecha de notificación de la resolución que resuelve el pedido de aclaración.

5. Esto, que podría ser razonable en algún caso (por ejemplo, si la sentencia tiene un problema de motivación y este podría solucionarse con una aclaración), no aplica al presente caso. Como puede apreciarse de los actuados, el pedido de aclaración estaba orientado a que se modifique un extremo de la sentencia, por lo cual dicha articulación resultaba inconducente, de manera indubitable.
6. Por tales razones, considero que la demanda debe declararse improcedente, pues no se observó el plazo prescriptorio para interponer una demanda de amparo contra una decisión judicial firme y por haberse consentido el agravio contenido en la resolución judicial, conforme a lo establecido en los artículos 4 y 44 del Código Procesal Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 1087/2020

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC

LIMA

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de noviembre de 2020, los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez, y Sardón de Taboada han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo dio origen al Expediente 03150-2017-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto.

Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

FlavioReáteguiApaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DETABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Interno del Tribunal Constitucional, y con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Domingo García Belaúnde contra la resolución de fojas 208, de fecha 1 de diciembre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 19 de abril de 2013, don Domingo García Belaúnde interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a fin de que se le permita ser considerado proveedor de servicios para el Estado.

Aduce que, pese a haberse inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013, se vio forzado a renunciar a su condición de proveedor de servicios para el Estado, pues se le hizo saber, de modo extraoficial, que había incurrido en una incompatibilidad prevista en la normativa sobre contrataciones del Estado, ya que tiene un hermano congresista, por lo que debía renunciar, caso contrario será denunciado penalmente.

Sostiene que, si bien es cierto resulta razonable que la ley fije impedimentos para contratar con el Estado a los congresistas, el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, extiende dichas prohibiciones al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, desconociendo que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes, pues no realizan obra pública, no tienen iniciativa de gasto y, en todo caso, forman parte de un órgano colegiado, el Congreso de la República, cuyas decisiones se adoptan colectivamente.

Alega que dicha prohibición vulnera sus derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia. Por lo tanto, solicita que se le permita inscribirse nuevamente en el Registro Nacional de Proveedores y se inaplique el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, así como el pago de costas y costos procesales.

Contestación de la demanda

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) contestó la demanda y negó que exista amenaza alguna contra el actor, pues como lo refiere él mismo, las presuntas amenazas le fueron comunicadas por personas ajenas al OSCE. Asimismo, señaló que el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017 no afecta los derechos fundamentales del demandante, pues el artículo 2, inciso 14 de la Constitución, fija límites a la libertad de contratación, al establecer que se puede contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público, mientras que el artículo 76 de la Constitución establece la obligación de realizar un procedimiento previo para contratar con el Estado. Asimismo, señala que la disposición cuestionada es una regla de transparencia en el gasto del Estado y no constituye una norma arbitraria.

Sentencia de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 29 de setiembre de 2014, declaró fundada la demanda, porque, conforme a una interpretación finalista, lo que busca el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, es evitar que la condición de congresista pueda ser aprovechada para contratar los servicios de un familiar de este. A su juicio, tal influencia se puede dar en el ámbito del órgano donde labora el hermano del actor, esto es, el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, ello no ocurre, pues el hermano congresista no tiene injerencia en otras entidades públicas, al ser un congresista de oposición al gobierno de turno; y, por otro lado, el actor reúne las calificaciones del caso para ser proveedor del Estado, pues es un conocido especialista en Derecho Constitucional y docente con amplia experiencia. Por consiguiente, interpretando la norma cuestionada según su finalidad, concluye que el actor sí puede ser proveedor del Estado, excepto del Congreso y ordena al OSCE que permita la inscripción del demandante en el Registro Nacional de Proveedores.

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues, a su juicio, se ha producido la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del asunto litigioso

1. En líneas generales, el demandante solicita lo siguiente: a) que se le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado; y b) que se inaplique, en su caso,

el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales citados en el artículo 10.a de la citada norma. En consecuencia, corresponde determinar si dicha norma, previo análisis de su vigencia, vulnera los derechos fundamentales del actor a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

§2. Consideraciones previas

2. En el presente caso, cabe mencionar que, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República (artículo 1), revocándose el mandato parlamentario a todos los congresistas que no integraron la Comisión Permanente (artículo 2). Aunado a ello, en la actualidad, los congresistas que conforman el Congreso de la República han sido elegidos en las elecciones celebradas el 26 de enero de 2020, entre los cuales no se encuentra el hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.
3. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado que el recurrente ya no tiene impedimentos para reincorporarse al Registro Nacional de Proveedores, y consecuentemente contratar con el Estado, toda vez que su hermano ya no es congresista.
4. No obstante, este Tribunal, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, procederá a emitir pronunciamiento de fondo, a fin dilucidar si es que la aplicación de la norma en otros casos futuros que eventualmente puedan ser similares, supone o no una violación de derechos según la Constitución.
5. En tal sentido, dado que la pretensión consiste en que se inaplique la norma que prohíbe, entre otros, a los hermanos de los congresistas postular como proveedores del Estado, a juicio de este Colegiado, corresponde analizar la presunta amenaza de vulneración de los derechos fundamentales del actor en el presente caso. Siendo así, es menester evaluar si dicha norma es autoaplicativa, supuesto en el que procede el amparo contra normas, conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Constitucional.
6. Al respecto, se debe señalar que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En este supuesto, tal como se indicó en la sentencia recaída en el Expediente 04677-2004-PA/TC (fundamento 4) cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g., el artículo 1 del derogado Decreto Ley 25446: “Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)”), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2 del Decreto Ley 25454: “No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de

los Decretos Leyes N°s 25423, 25442 y 25446.”). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable.

7. Ambos casos se encuentran previstos en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, que dispone:

Cuando se invoque una amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

8. Se debe analizar entonces, si el extremo de la Ley de Contrataciones del Estado cuestionado constituye una norma autoaplicativa o no, y, de ser afirmativa la respuesta, verificar de qué tipo de norma autoaplicativa se trata, conforme a la distinción planteada en el fundamento 6 *supra*. Para ello, es necesario que previamente se formulen algunas precisiones acerca de la vigencia de la norma.

Acerca de la vigencia de la norma contenida en el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado

9. Corresponde ahora evaluar si la norma cuya inaplicación se solicita continúa vigente en el ordenamiento jurídico nacional. Con relación a ello, la Sala Superior que resolvió la presente causa en segunda instancia o grado, usó como argumento para declarar la improcedencia de la demanda, la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.
10. Al respecto, se debe precisar que, si bien es cierto formalmente el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 9 de enero de 2016, se aprecia que esta contiene la misma prohibición de contratar con el Estado alusiva a los parientes de algunos altos funcionarios del Estado. Así, se aprecia que el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017 establecía lo siguiente:

Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

- a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;

(...)

- f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

(...)

Mientras que el artículo 11 de la Ley 30225 (modificado a su vez por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341) establece lo siguiente:

Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

- a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

(...)

- h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

(...)

Recientemente, con fecha 16 de setiembre de 2018, se publicó en el diario oficial *El Peruano* una nueva modificatoria, a través del Decreto Legislativo 1444 en los siguientes términos:

Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

- a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

(...)

- h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:
 - (i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de éstas;
- (...)

Más allá del matiz que se observa al reducir hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad el citado impedimento, la nueva redacción de la norma alcanza al cónyuge, conviviente y parientes cercanos de ciertos altos funcionarios del Estado, tal como estaba contemplado en el Decreto Legislativo 1017. Por consiguiente, materialmente, la prohibición denunciada (aquella que alcanza al actor en cuanto a su condición de hermano de un congresista) persiste, pues la relación entre hermanos se ubica en el segundo grado de consanguinidad. Siendo así, este Colegiado estima que no corresponde declarar la sustracción de la materia, en relación a este extremo de la demanda.

Acerca del carácter autoaplicativo de la norma bajo análisis

11. Establecida entonces la vigencia de la norma que fija impedimentos al cónyuge, conviviente y algunos parientes cercanos de determinados altos funcionarios públicos, corresponde señalar que esta, tal como fluye de su redacción, constituye una norma autoaplicativa en tanto, estando vigente, resulta de aplicación inmediata e incondicionada.
12. Refuerza esta calificación lo afirmado por la propia demandada en su escrito de contestación de la demanda, quien aduce que “la controversia en el presente proceso está referida al inciso f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones (...) y que la pretensión del demandante está dirigida a que se efectúe una interpretación especial de la ley (...) sin considerar el principio jurídico relativo a que no es posible distinguir donde la ley no distingue, habiéndose planteado el impedimento como un (sic) general a todos los representantes del Congreso, no teniendo nuestra entidad la prerrogativa de efectuar una interpretación especial (...) más aún, cuando la citada interpretación desnaturaliza la interpretación gramatical de la norma y la regla establecida (...)” (fundamento 18 de la contestación de la demanda a fojas 41 y 42) y “la decisión de inscribir a un proveedor en el Registro de nuestra entidad no es un tema de evaluación subjetiva relativa a la presunción de inocencia, ni la denegatoria una sanción administrativa al proveedor, siendo el caso del demandante uno de aplicación de los impedimentos previstos en los incisos a) y f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones (...)” (fundamento 20 de la contestación de la demanda a fojas 42).
13. Quiere esto decir que corresponde analizar la presunta transgresión de derechos fundamentales por la aplicación automática de la norma en cuestión, pues se trata de una norma autoaplicativa, la cual, a consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada, genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos a los

que va dirigida, máxime si, como se detalla en el fundamento anterior, OSCE efectúa una aplicación gramatical de la ley. Dicho de otra manera, nos encontramos ante el supuesto de procedencia del amparo contra norma jurídica, la que representaría una amenaza a los derechos fundamentales.

§3. Análisis de fondo

Acerca del derecho a la libertad de contratación

14. El artículo 2, inciso 14, de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de contratación en los términos siguientes: “Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Del mismo modo, el artículo 62 del texto constitucional precisa:

La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...]

15. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la libertad de contratación garantiza la facultad para crear, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales o jurídicas. Igualmente ha expresado que tal vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga las leyes de orden público (cfr. sentencia recaída en el Expediente 07339-2006-PA/TC, fundamento 47).
16. En reiterada jurisprudencia (cfr. sentencias recaídas en los Expedientes acumulados 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, fundamento 52, y 02185-2002-PA/TC, fundamento 2), el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:
- a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y
 - b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

17. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libre contratación (cfr. sentencia recaída en los Expedientes 00004-2004-PI/TC, 00011-2004-PI/TC, 00012-2004-PI/TC, 00013-2004-PI/TC, 00014-2004-PI/TC, 00015-2004-PI/TC, 00016-2004-PI/TC y 00027-2004-PI/TC, fundamento 8), está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales:
- i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante;
 - ii) Autonomía para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual;
18. Si bien, desde una perspectiva preliminar, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, ello no quiere decir que la totalidad de su contenido se agote en la tutela de su dimensión individual y se prescindan de consideraciones institucionales. Con relación a ello, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la libre contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances por límites implícitos y explícitos. Límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. (cfr. sentencia recaída en el Expediente 02670-2002-PA/TC, fundamento 3)
19. Siendo así, resulta evidente que la norma que fija el impedimento para contratar con el Estado a familiares y parientes cercanos de los congresistas tal como se detalla en el fundamento 10 *supra* constituye una limitación al derecho a la libertad de contratación del recurrente, pues este es hermano del congresista Víctor Andrés García Belaúnde y, consecuentemente, no puede contratar con el Estado.
20. Frente a ello, este Tribunal reconoce que los procesos de contratación del Estado se rigen por una serie de principios que la propia legislación contempla. Así, el artículo 2 de la Ley 30225 (modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341), presenta una relación abierta de principios, entre los cuales cabe resaltar los siguientes:
- Libertad de concurrencia. Las entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.
 - Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese

trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

- Transparencia. Las entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.
- Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.
- Integridad. La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la cual, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

Estos principios informan a todo el procedimiento de contrataciones del Estado, constituyendo las bases sobre las que se erige todo el sistema de contrataciones estatal. Siendo así, las normas sobre la materia deben tener presente estos principios y no transgredirlos.

21. Atendiendo a estos principios, la existencia de restricciones o impedimentos a la participación de ciertas personas naturales o jurídicas, debe entenderse a la luz de que dichas prohibiciones coadyuven al logro o cumplimiento de los mencionados principios. En el presente caso, se aprecia una tensión entre la libertad de contratación y la potestad del legislador de establecer restricciones a dicho derecho, plasmado concretamente en el impedimento de contratar con el Estado que tiene como destinatario a los familiares de los congresistas, detallados en el artículo 11, inciso “h” de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativos 1341 y 1444).
22. En esa línea, resulta razonable el impedimento si es que la contratación se realiza con el Congreso de la República, pues se trata de la entidad a la que pertenece el congresista y, resulta evidente, sobre la cual puede ejercer influencia directa, generándose suspicacias y notorios conflictos de interés. Este mismo razonamiento puede hacerse extensivo a todos aquellos familiares o parientes de los funcionarios públicos mencionados en el citado artículo 11.1, inciso “a”. Sin embargo, lo mismo no puede predicarse respecto a extender el impedimento a las contrataciones que el cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales señaladas en dicho artículo realicen con cualquier otra entidad estatal, supuesto respecto al cual se centrará el análisis contenido en los fundamentos 23 a 27 de la presente sentencia.
23. A efectos de resolver esta controversia corresponde hacer uso del test de proporcionalidad, herramienta de la que ha hecho uso el Tribunal Constitucional en varias ocasiones

(v.g., sentencia recaída en el Expediente 00045-2004-PI/TC). Así, se deberá determinar lo siguiente: i) si la medida restrictiva descrita en los fundamentos 21 y 22 *supra* responde a un fin constitucional legítimo; ii) si la medida es adecuada para cumplir dicho fin (juicio de idoneidad); iii) si no existe otro medio alternativo menos gravoso respecto de los derechos comprometidos (juicio de necesidad); y (iv) si la medida adoptada es proporcional (test de proporcionalidad en sentido estricto). La aplicación de cada examen o juicio es sucesiva, de modo tal que no será necesario pasar al siguiente examen si es que no se supera el juicio que lo antecede. Es decir, solo si la medida bajo examen es idónea, se pasará al juicio de necesidad. Si es que se determina la necesidad de la medida, se pasará al test de proporcionalidad en sentido estricto.

24. Respecto a los fines constitucionalmente legítimos, se debe señalar que el impedimento de que familiares cercanos de los funcionarios públicos mencionados en el artículo 11.1, inciso “a”, de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativo 1341 y 1444) puedan contratar con el Estado tiene como propósito evitar favoritismos en las contrataciones del Estado que tengan como destinatarios a familiares de autoridades que ostentan poder político y así velar por que prime el mérito y las calificaciones personales para la provisión de un bien o servicio al Estado, por lo que la norma examinada cumple con fines como, garantizar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y contribuir a asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; por ejemplo, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (para lo cual el Estado necesita contratar con particulares que coadyuven al cumplimiento de su misión).
25. Con relación a la idoneidad de la norma descrita, este Colegiado considera que efectivamente, es probable que exista la posibilidad que se produzca una disminución de las posibilidades de que alguno de los altos funcionarios mencionados pretenda ejercer influencia para que se favorezca la contratación de algún familiar o pariente suyo. Por consiguiente, la prohibición bajo análisis, efectivamente, elimina una posible fuente de interferencia indebida o direccionamiento irregular en las contrataciones del Estado. En atención a ello, el impedimento establecido es idóneo para la consecución de los fines indicados.
26. Acerca del juicio de necesidad, se debe dilucidar si existen otras alternativas menos gravosas, es decir que no afecten los derechos comprometidos o generen en ellos la menor restricción posible. Partiendo de esta premisa, cabe enfatizar que, sí es posible establecer medidas menos gravosas, para impedir favoritismos que rompan con la igualdad de trato que merece todo postulante a celebrar un contrato con el Estado.

Dichas medidas están contempladas en la propia Ley 30225. Por ejemplo, en el artículo 10 de la misma (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativos 1341 y 1444) se establece la obligación de la entidad de supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. Asimismo, conforme al

artículo 52 de la misma ley (modificado por el Decreto Legislativo 1444), OSCE tiene entre sus funciones:

(...)

- a) Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.
- b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento, y disponer la adopción de las medidas que correspondan. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.

(...)

Quiere esto decir que existen mecanismos o herramientas que la propia ley prevé para supervisar los procesos de contratación del Estado y garantizar la regularidad de estos, eliminando cualquier atisbo de favoritismo en función al parentesco de las personas con alguna autoridad estatal.

Atendiendo a este hecho, existe un conjunto de alternativas que resultan menos onerosas para conseguir los fines que la norma bajo análisis persigue. Queda claro, entonces, que, a juicio de este Colegiado, las medidas bajo examen no superan el juicio de necesidad y, por consiguiente, no logran sortear el test de proporcionalidad, a consecuencia de lo cual las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) relativo al impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, resulta desproporcionada y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) conforme se establece en el fundamento 22 supra, la prohibición de contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la excepción que se describe en los fundamentos 28 a 32 infra, relativa al cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República, las cuales sí se encuentran justificadas.

27. Se advierte, además, que la norma bajo análisis contraviene algunos de los principios que, según la propia ley, deben regir las contrataciones del Estado, tales como el principio de la libre concurrencia (al limitar el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación estatales) y el principio de competencia (pues los procesos de contratación deben incluir disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés

público que subyace a la contratación, encontrándose prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia).

28. Llegado a este punto, se debe dejar claramente establecido que, si bien es cierto que este Colegiado juzga que el impedimento bajo análisis resulta desproporcionado y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, con la excepción de la prohibición de contratación con la propia entidad en la que laboren los altos funcionarios públicos mencionados, se debe precisar la peculiar situación que ostentan el presidente a y los vicepresidentes de la República, personas naturales también mencionadas en la norma en evaluación.
29. Así, conforme al artículo 110 de la Constitución, el presidente de la República es jefe de Estado. Sin embargo, fluye del artículo 118 de la Constitución, particularmente del inciso 3, que establece la competencia del presidente de la República para dirigir la política general de Gobierno, que el ostenta también la condición de jefe de Gobierno. Ello significa que, además de encabezar el Poder Ejecutivo (como jefe de Gobierno), se coloca por encima de los demás poderes constituidos (como jefe de Estado). La categoría de Jefe de Estado “pone al Presidente de la República por encima de los demás poderes existentes y como un gran regulador de la vida política” (cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 247). La condición de jefe de Estado se ve reflejada, además, en el artículo 39 de la Constitución al señalarse que “El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional (...)”.
30. No estamos, en el caso del presidente de la República, frente a una persona natural como las otras mencionadas en el artículo 11.1 inciso “a” bajo análisis, pues a diferencia de estos (congresistas, jueces supremos titulares y miembros de organismos constitucionales autónomos), que ejercen funciones en instituciones públicas claramente delimitadas (Congreso de la República, ministerios, Poder Judicial, organismos constitucionales autónomos), el presidente de la República, al tener la doble condición de jefe de Estado y la de jefe de Gobierno, extiende su ámbito de influencia y poder formal sobre todo el aparato estatal.
31. Siendo así, al cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del presidente de la República, sí puede aplicárseles el impedimento de contratación con el Estado siguiendo la misma la misma lógica de validez del impedimento descrita en el fundamento 22 supra (en el sentido de que al tener un ámbito de influencia sobre todo el aparato estatal, puede ejercer influencia directa y generar suspicacias, además de notorios conflictos de interés), haciéndola extensiva a todas las instituciones del Estado.
32. De otro lado, también es necesario realizar precisiones respecto a la figura de los vicepresidentes de la República. Conforme al artículo 115 de la Constitución: “Por

impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso”. Consecuentemente, los vicepresidentes, en cuanto tales, solo ejercerán un rol en el aparato estatal, en cuanto asuman la Presidencia de la República en los supuestos de impedimento temporal o permanente del presidente de la República. Siendo así, este Colegiado, juzga que el mismo razonamiento realizado respecto a lo desproporcionado del impedimento evaluado, descrito en los fundamentos 23 a 27 supra, resulta de aplicación con relación al cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los vicepresidentes de la República, en tanto estos últimos ostenten el rol como tales.

33. En base a todo lo expuesto, se observa que las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) relativas al impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, configuran una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) la contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la contratación del cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República.
34. Y, consecuentemente, tras advertirse que la aplicación del impedimento de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales como los congresistas, para contratar con el Estado –siempre que, entre las excepciones, el contrato no sea con la misma entidad en la que labore dicha persona natural–, vulnera el derecho a la libertad de contratar, corresponde estimar la solicitud de reincorporación del actor al Registro Nacional de Proveedores.

Acerca del derecho a la presunción de inocencia

35. En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada” (cfr. sentencia emitida en el caso *Suárez Rosero versus Ecuador*, párrafo 77).

36. En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24, de la Constitución establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, artículo 1 de la Constitución), como en el principio *pro hómine*.
37. Se ha señalado en anterior oportunidad (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tantum*, implica que “(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”. De igual forma, se ha dicho (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02915-2004-PHC/TC, fundamento 12) que “la presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”.
38. En sede administrativa sancionatoria, este derecho se denomina presunción de licitud y se encuentra previsto en el artículo 246, inciso 9, del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto dispone:
- Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
- (...)
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
- (...)
39. Si bien es cierto el caso bajo análisis no se enmarca dentro de un procedimiento administrativo sancionador, sino plantea un cuestionamiento a los impedimentos para contratar con el Estado, queda claro que es razonable hacer extensivo el derecho a la presunción de inocencia al ámbito administrativo, presumiéndose la licitud a los actos protagonizados por los postulantes para contratar con el Estado, quienes no pueden ser descalificados a priori o excluidos de los procesos de contratación del Estado por el solo vínculo de parentesco con altos funcionarios del Estado en un ámbito que abarca a todas las entidades públicas. Sostener lo contrario significaría que se está presumiendo

que una persona por el sólo hecho de ser familiar o pariente de dichos funcionarios estatales, está recurriendo a influencias indebidas para obtener un contrato con algún ente público, presunción que no se condice con el aludido principio de licitud. Siendo así, a juicio de este Colegiado, a través de la norma bajo análisis también se amenaza el derecho a la presunción de inocencia en el presente caso, en su faceta administrativa, es decir, respecto al derecho a la presunción de licitud de la conducta de los ciudadanos.

40. Finalmente, en atención a que se encuentra acreditada la amenaza de vulneración de los derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago de los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, mas no así al pago de costas por encontrarse exonerada del pago de estas conforme al citado dispositivo, al tratarse de una entidad estatal.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, en virtud del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad de contratación y el principio de presunción de inocencia.
2. **ORDENAR** a la emplazada el pago de costos procesales a favor del recurrente.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el pago de costas procesales.
4. **DISPONER** que la entidad demandada no vuelva a incurrir en los actos de amenaza de violación que motivaron la interposición de la presente demanda de amparo, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien me encuentro conforme con declarar fundada la demanda, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. Expreso mi discrepancia con relación a la aplicación del “test de proporcionalidad”, como el instrumento para dar solución al conflicto iusfundamental planteado, ya que el Tribunal Constitucional viene utilizado innecesaria e indebidamente en diversas ocasiones este instrumento para resolver las causas.
2. A mi juicio, el denominado test de proporcionalidad encierra un análisis teórico que se asienta en preconcepciones que no son de recibo como prioritarios ni condicionantes frente al análisis del caso que se controvierte; análisis que debe partir de la apreciación de la situación fáctica que genera la controversia (no de preconcepciones teóricas, que se invocan cual si fueran apotegmas bíblicos o verdades absolutas) y, a partir de ahí, aplicar el Derecho que corresponde y las demás fuentes permitidas, dentro de una lógica que, sin tantas digresiones ni envolturas teóricas, permita al juez, aplicando su sano juicio y criterio común, apreciar si la autoridad ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad, y no ha incurrido en una actitud arbitraria.
3. Por otro lado, también discrepo y me aparto del análisis subjetivo contenido en los fundamentos 28 a 33, que señalan como constitucionalmente correcto impedir legalmente la contratación con el Estado por 5 años de los familiares consanguíneos o afines del presidente de la República y vicepresidentes.
4. Discrepo de tales argumentos porque considero que se encuentran basados solo en presunciones o prejuicios sociales destinados únicamente a negar el trabajo a un grupo de ciudadanos sin que de por medio existan hechos que demuestren con total rotundidad que por ser familiares del presidente de la República y vicepresidentes durante el periodo que les toca asumir dichos cargos, estos carezcan de méritos suficientes para trabajar o contratar con el Estado.
5. El desarrollo de las capacidades, destrezas o competencias de una persona de acuerdo con sus conocimientos no dependen de un familiar consanguíneo o por afinidad, sino de la aplicación de dichos conocimientos a través de su trabajo. En tal sentido, es imposible que el simple hecho de que un ciudadano sea elegido presidente de la República o vicepresidentes, incida en el desarrollo de las capacidades personales o profesionales de sus familiares, como si ello se tratará de una fórmula mágica de incompetencia laboral.
6. Por ello, no comparto la suerte de estigmatización en perjuicio de los familiares del presidente de la República y los vicepresidentes que contienen normas como el artículo

11.1, inciso “h” de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444), para que aquellos puedan ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, por cuanto, en abstracto no se puede presumir de manera razonable la potencial existencia de favoritismos o ventajas para este grupo de personas.

7. Es más, toda persona, por el hecho de ser tal, tiene sus derechos constitucionales al trabajo, al ejercicio de una profesión u oficio, a contratar y a realizar todas sus actividades en igualdad de condiciones, debiendo el Estado garantizar su pleno ejercicio, no siendo admisible, lógico ni justo, que, basándose en una inconstitucional presunción de culpabilidad y en una cuestionable lógica de desconfianza, se le convierta en una suerte de minusválido en el ejercicio de sus derechos constitucionales por situaciones o circunstancias que le son totalmente ajenas, como el que algún pariente ingrese al sector público.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, estimo que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE** por haber operado la sustracción de la materia.

El demandante pretende que se inaplique, en su caso, el artículo 10, literal f, del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales; y, en consecuencia, que se ordene al OSCE le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado.

En su demanda afirma que su hermano se desempeña como Congresista de la República y que, por esa razón, se encuentra impedido por el dispositivo legal precitado de contratar con el Estado en calidad de proveedor, lo cual considera una medida irrazonable, toda vez que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes. Agrega que, por ese motivo, ha sido forzado a renunciar a su condición de proveedor que tenía.

Sobre el particular, debe precisarse que, en la actualidad, el Decreto Legislativo 1017 ha sido reemplazado por la Ley 30225, la cual, no obstante, también contiene similar prohibición legal a la que se denuncia. El artículo 11, inciso h, de esta última ley (modificado por el Decreto Legislativo 1444) establece que están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la ley, entre otros altos funcionarios, los Congresistas de la República mientras ejerzan el cargo y hasta doce meses después de haber dejado el mismo; así como su cónyuge, conviviente o los parientes hasta el “segundo grado de consanguinidad” o afinidad, de acuerdo a los criterios que ahí se mencionan.

En mi opinión, considero que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, en la medida que ha desaparecido el hecho que habilitaba el impedimento legal del demandante de contratar como proveedor del Estado, ya que su hermano ha dejado de ser Congresista de la República. Como es de conocimiento público, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República y se revocó el mandato parlamentario de los congresistas, incluido, el del hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.

De ahí que, en la actualidad, el recurrente ya no está prohibido de reinscribirse como proveedor del Estado, más aún cuando han transcurrido los doce meses luego de haberse dejado el cargo que establece el artículo 11, inciso a, de la Ley 30225; y, además, el hermano

en cuestión tampoco ha sido reelegido como congresista en las Elecciones Congresales Extraordinarias del 26 de enero de 2020 para completar el periodo 2016- 2021. Por ello, la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por la ponencia de la mayoría, emito el presente voto singular por las siguientes razones:

Delimitación del Petitorio

1. Con fecha 19 de abril de 2013, don Domingo García Belaúnde interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a fin de que se le permita ser considerado proveedor de servicios para el Estado.
2. Aduce que, pese a habersele inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013, se vio forzado a renunciar a su condición de proveedor de servicios para el Estado, pues se le hizo saber, de modo extraoficial, que había incurrido en una incompatibilidad prevista en la normativa sobre contrataciones del Estado, ya que tiene un hermano congresista, por lo que debía renunciar, caso contrario será denunciado penalmente.
3. Sostiene que, si bien es cierto resulta razonable que la ley fije impedimentos para contratar con el Estado a los congresistas, el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, extiende dichas prohibiciones al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, desconociendo que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes, pues no realizan obra pública, no tienen iniciativa de gasto y, en todo caso, forman parte de un órgano colegiado, el Congreso de la República, cuyas decisiones se adoptan colectivamente.
4. Alega que dicha prohibición vulnera sus derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia. Por lo tanto, solicita que se le permita inscribirse nuevamente en el Registro Nacional de Proveedores y se inaplique el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, así como el pago de costas y costos procesales.

Contestación de la demanda

5. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) contestó la demanda y negó que exista amenaza alguna contra el actor, pues como lo refiere él mismo, las presuntas amenazas le fueron comunicadas por personas ajenas al OSCE. Asimismo, señaló que el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017 no afecta los derechos fundamentales del demandante, pues el artículo 2, inciso 14 de la Constitución, fija límites a la libertad de contratación, al establecer que se puede contratar con fines

lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público, mientras que el artículo 76 de la Constitución establece la obligación de realizar un procedimiento previo para contratar con el Estado. Asimismo, señala que la disposición cuestionada es una regla de transparencia en el gasto del Estado y no constituye una norma arbitraria

Sentencia de primera instancia o grado

6. El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 29 de setiembre de 2014, declaró fundada la demanda, porque, conforme a una interpretación finalista, lo que busca el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, es evitar que la condición de congresista pueda ser aprovechada para contratar los servicios de un familiar de este. A su juicio, tal influencia se puede dar en el ámbito del órgano donde labora el hermano del actor, esto es, el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, ello no ocurre, pues el hermano congresista no tiene injerencia en otras entidades públicas, al ser un congresista de oposición al gobierno de turno; y, por otro lado, el actor reúne las calificaciones del caso para ser proveedor del Estado, pues es un conocido especialista en Derecho Constitucional y docente con amplia experiencia. Por consiguiente, interpretando la norma cuestionada según su finalidad, concluye que el actor sí puede ser proveedor del Estado, excepto del Congreso y ordena al OSCE que permita la inscripción del demandante en el Registro Nacional de Proveedores.

Resolución de segunda instancia o grado

7. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues, a su juicio, se ha producido la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.

Delimitación del asunto litigioso

8. En líneas generales, el demandante solicita lo siguiente: a) que se le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado; y b) que se inaplique, en su caso, el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales citados en el artículo 10.a de la citada norma. En consecuencia, corresponde determinar si dicha norma, previo análisis de su vigencia, vulnera los derechos fundamentales del actor a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

Consideraciones procesales

9. En el presente caso, cabe mencionar que, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República (artículo 1), revocándose el mandato parlamentario a todos los congresistas que no integraron la Comisión Permanente (artículo 2). Aunado a

ello, en la actualidad, los congresistas que conforman el Congreso de la República han sido elegidos en las elecciones celebradas el 26 de enero de 2020, entre los cuales no se encuentra el hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.

10. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado que el recurrente ya no tiene impedimentos para reincorporarse al Registro Nacional de Proveedores, y consecuentemente contratar con el Estado, toda vez que su hermano ya no es congresista. En ese sentido, se ha producido la sustracción de la materia.
11. De igual manera, el decreto legislativo 1017 ha sido derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 9 de enero de 2016, por lo cual tampoco existe documento normativo por el cual pronunciarse. Aquí, nuevamente, se ha producido la sustracción de la materia.

En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, que han declarado fundada la demanda. Por mi parte, considero que la demanda debe ser declarada improcedente, tal como pasaré a explicar seguidamente:

1. Me parece evidente que en el presente caso ha operado la sustracción de la materia. En efecto, como aparece en autos, la inscripción del amparista en el Registro Nacional de Proveedores se encuentra vencida y, además de ello, su hermano ya no es congresista. Con base en ambas consideraciones, es evidente que el recurrente actualmente no se beneficia de la posición iusfundamental alegada y que es imposible que exista una posible vulneración iusfundamental.
2. Además de lo anterior, en el presente caso no se encuentra acreditada debidamente la amenaza que se invoca, que se sustenta básicamente en comentarios extraoficiales que habría recibido y que no se encuentran corroborados del algún modo en autos.
3. En este orden de ideas, considero que el Tribunal Constitucional está impedido de emitir un pronunciamiento de fondo. El caso analizado versa sobre una norma autoaplicativa, como el Decreto Legislativo 1017, que por una parte no constituye una amenaza cierta e inminente para el demandante, y que por otra no resulta aplicable al caso concreto debido a la sustracción que ha operado. En este orden de ideas, la demanda solo puede ser declarada improcedente con base en los artículos 1 y 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.
4. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que podría plantearse alguna discusión constitucional en torno a los límites que la regulación prevista en el Decreto Legislativo 1017 establece en torno a los impedimentos para contratar; sin embargo, tomando en cuenta las particularidades de nuestro modelo de control constitucional, calificado por algunos como “dual” o “paralelo”, y atendiendo a que no existe posibilidad de que el Decreto Legislativo 1017 sea aplicado al caso concreto, una pretensión así solo podría tramitarse, por lo pronto, mediante la vía del proceso de inconstitucionalidad.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**B. PROCESOS DE
TUTELA DE DERECHOS**

**B.2. PROCESOS
DE HABEAS CORPUS**

Pleno. Sentencia 502/2020

EXP. N.º 04374-2015-PHC/TC

TUMBES

HARRY DANILO DIOSES ÁVILA

Con fecha 21 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, por mayoría, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **IMPROCEDENTE** y **FUNDADA en parte** la demanda de *habeas corpus*.

Asimismo, los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada formularon fundamentos de voto. El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera presentó su voto en fecha posterior. Los magistrados Ledesma Narváez y Ferrero Costa formularon votos singulares.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Ferrero Costa, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Enrique Villarreal Pinillos contra la resolución de fojas 149, de fecha 15 de junio de 2015, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de marzo de 2015, don Jorge Enrique Villarreal Pinillos interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Harry Danilo Dioses Ávila y la dirige contra los jueces superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, señores Torre Muñoz, Marchán Apolo y Cerrón Rengifo. Solicita que se declare nula la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012 (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01).

Puntualiza el demandante que mediante la resolución en cuestión se revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado, y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad. A su entender, con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado el derecho a la pluralidad de instancias del beneficiario, pues a pesar de que interpuso oportunamente recurso de casación contra la resolución en cuestión, que condenó al favorecido a pesar de que en primera instancia había sido absuelto, se le denegó el derecho constitucional que le asiste al beneficiario de que un órgano superior revise en segunda instancia dicha condena, toda vez que dicho recurso excepcional fue rechazado. Asimismo, considera que con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que, al momento de resolver, no se valoró convenientemente la documentación probatoria recabada durante el trámite del proceso. En ese sentido, manifiesta lo siguiente: 1) no se consideró que el favorecido negó en todo momento ser el dueño del arma de fuego incautada; 2) no se consideró que el agraviado en el proceso

penal no sindicó en ningún momento al beneficiario como uno de los autores del delito materia de investigación; y 3) únicamente existen declaraciones testimoniales que lo incriminan como autor del delito que se le atribuye, lo cual resulta insuficiente para sustentar una condena como la impuesta, es por ello que fue absuelto en primera instancia; y 4) no existe una pericia dactilar que acredite de manera fehaciente que el favorecido tuvo en su poder el arma de fuego utilizada para concretar el acto delictivo materia de investigación. Por lo cual, solicita la nulidad de la resolución judicial en cuestión.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, al contestar la demanda, solicita que sea desestimada en tanto que se pretende la nulidad de un pronunciamiento judicial con base en argumentos infraconstitucionales referidos a la valoración de las pruebas, lo cual excede el objeto de los procesos constitucionales por invocar alegatos de mera legalidad que compete analizar a la judicatura ordinaria; y, además, porque la resolución cuya nulidad se solicita no es firme (folio 88).

El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, mediante Resolución 4, de fecha 15 de mayo de 2015, declaró improcedente la demanda por considerar que no se vulneraron los derechos constitucionales que alega el demandante. En esa línea, se sostiene que los cuestionamientos que realiza el accionante tienen connotación penal, vinculados con un reexamen de las pruebas valoradas para sustentar la condena impuesta contra el beneficiario, lo cual excede el objeto de los procesos constitucionales por tratarse de argumentos de carácter legal que le corresponde ser dilucidados por la judicatura ordinaria (folio 94).

A su turno, la recurrida, mediante Resolución 8, de fecha 15 de junio de 2015, confirmó la apelada por similares fundamentos.

En el recurso de agravio constitucional se reiteran los fundamentos de la demanda.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, que revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió a don Harry Danilo Dioses Ávila de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado; y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01).
2. Se alega la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Análisis del caso

3. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella;

no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o los derechos conexos a ella puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus*.

4. En el caso de autos, en un extremo, se cuestiona que los magistrados demandados no valoraron convenientemente la documentación probatoria recabada durante el trámite del proceso. En ese sentido, manifiesta que no se tomó en consideración que el favorecido negó en todo momento ser el dueño del arma de fuego incautada. Asimismo, se alega que no se consideró que el agraviado en el proceso penal no sindicó en ningún momento al beneficiario como uno de los autores del delito materia de investigación. De igual forma, afirma que únicamente existen declaraciones testimoniales que incriminan al favorecido como autor del delito que se le atribuye, lo cual resulta insuficiente para sustentar la condena impuesta en su contra, razón por la cual fue absuelto en primera instancia; además, señala que no existe una pericia dactilar que acredite de manera fehaciente que don Harry Danilo Dioses Ávila tuvo en su poder el arma de fuego utilizada para concretar el acto delictivo materia de investigación.
5. Al respecto, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a calificar los hechos, valorar pruebas penales y determinar su suficiencia, ya que dichos asuntos no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria, los que no le competen a la judicatura constitucional.
6. En consecuencia, respecto de lo señalado en el considerando 4 y 5 *supra* es de aplicación el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

Pluralidad de instancias

7. El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 8, inciso 2, párrafo “h”, ha previsto que toda persona tiene el “[...] Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior [...]”.
8. En esa misma dirección, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.
9. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de instancia, este Tribunal tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios

impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Expedientes 3261-2005-PA/TC, 5108-2008-PA/TC, 5415-2008-PA/TC, 0607-2009-PA/TC). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución.

10. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Expedientes 1243-2008-PHC/TC, 5019-2009-PHC/TC y 2596-2010-PA/TC).
11. En el caso de autos, se cuestiona que mediante Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, se haya revocado el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, que absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado; y, reformándola, haya sido condenado a doce años de pena privativa de la libertad. Dicho pronunciamiento judicial, a criterio del demandante, vulnera el derecho a la pluralidad de instancias del beneficiario, pues, a pesar de que se interpuso recurso de casación contra la resolución en cuestión, se le denegó el derecho constitucional que le asiste de que un órgano superior revise en segunda instancia dicha condena, toda vez que dicho recurso excepcional fue rechazado.
12. Al respecto, se advierte que la Sala demandada, para sustentar su decisión expresada en los términos precedentemente expuestos, se remitió únicamente a lo dispuesto en el artículo 425, inciso 3, literal “b”, del Nuevo Código Procesal Penal, el cual textualmente señala: “[...] Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria [...]”, y no consideró que nuestra Carta Magna, al igual que instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, consagra el derecho constitucional a la pluralidad de instancias.
13. A partir de ello, este Tribunal considera que el que se permita condenar a la persona absuelta, conforme a lo dispuesto en el artículo 425, inciso 3, literal “b”, del Nuevo Código Procesal Penal, vulnera el derecho a la pluralidad de instancia en tanto no se permite que la sentencia condenatoria pueda ser objeto de revisión por una segunda instancia en la que se analicen los hechos, las pruebas y las cuestiones jurídicas.
14. De otro lado, si bien nuestro marco legal contempla el derecho del favorecido a interponer el recurso excepcional de casación –en el caso de autos se interpuso y se declaró improcedente–, conforme a lo dispuesto en el artículo 429, incisos 1 y 2 del Nuevo Código Procesal Penal, alegando la 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 antes mencionado código procesal. Debe tenerse presente, al ser el recurso de casación uno de carácter extraordinario, no permite que la Corte Suprema actúe como órgano superior con la facultad de realizar una revisión integral de esta primera sentencia condenatoria impuesta a don Harry Danilo Dioses Ávila, en los mismos términos en que actuó la Sala penal emplazada, al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes.

15. En consecuencia, con la finalidad de garantizar el derecho a pluralidad de instancia en los términos precedentemente expuestos, y en tanto nuestro sistema procesal no contemple el derecho de recurrir la condena del absuelto ante un órgano jurisdiccional que esté facultado a revisar de manera integral la recurrida, se tiene que, en el caso de que se considere que la sentencia absolutoria carece de fundamentos que sustenten una decisión en ese sentido, se deberá declarar la nulidad de esta última a fin de que se realice un nuevo juicio en el que se debata nuevamente la responsabilidad penal del procesado, para que, en el supuesto de que se le encuentre responsable de los cargos que se le atribuyen, este tenga el derecho de impugnar dicho fallo condenatorio.
16. Por todo ello, este Tribunal declara que en el presente caso se violó el derecho a la pluralidad de instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución. Por lo tanto, la demanda debe ser estimada en este extremo.

Efectos de la sentencia

17. Por lo expuesto, este Tribunal declara la nulidad de la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, que revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de robo agravado; y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad y dispuso que se realice un nuevo juicio oral al beneficiario.
18. Este Colegiado ha determinado que la vulneración del derecho a la pluralidad de instancia está referida a la imposibilidad de interponer un recurso ordinario de revisión que permita que la sentencia condenatoria sea revisada por una segunda instancia, por lo cual considera que se debe exhortar al Congreso de la República para que establezca una modificación al artículo 425, inciso 3. b del nuevo Código Procesal Penal que posibilite la revisión, a través de un recurso ordinario, de la condena de la persona absuelta.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a lo señalado en los fundamentos 4 y 5 *supra*.

2. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pluralidad de instancia; en consecuencia, **NULA** la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01), debiéndose realizar un nuevo juicio oral contra don Harry Danilo Dioses Ávila, de conformidad con las consideraciones expresadas en los fundamentos 11 al 15 *supra*.
3. Exhortar al Congreso de la República para que establezca una modificación en la legislación que permita un recurso de revisión ordinario de aquellas sentencias que condenen a la persona absuelta.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la presente sentencia, discrepo y me aparto de lo afirmado en el fundamento 5, en cuanto consigna literalmente lo siguiente:

“Al respecto, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a calificar los hechos, valorar pruebas penales y determinar su suficiencia, ya que dichos asuntos no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria, los que no le competen a la judicatura constitucional”.

La razón de mi discrepancia se basa en las siguientes consideraciones:

1. No obstante que, en principio, la calificación de los hechos, la valoración de los medios probatorios y su suficiencia le competen a la judicatura ordinaria, la revisión de lo resuelto por los órganos que integran tal jurisdicción no es un asunto ajeno a la Justicia Constitucional, como se desprende en aquel fundamento. En tal sentido, no le compete en forma exclusiva y excluyente a la justicia ordinaria.
2. En efecto, y a contramano de lo que se señala en el fundamento citado, hay casos excepcionales en que la Justicia Constitucional puede ingresar, por ejemplo, a la apreciación de los hechos, entre otros. Ello se da cuando se ha producido la violación de algún derecho fundamental o se ha afectado la Constitución de alguna forma, lo cual incluye a sus principios, valores e institutos, entre otros aspectos inherentes a la misma.
3. Asimismo, puede ingresar a revalorar los medios probatorios en todos aquellos supuestos en los que se detecte un proceder manifiestamente irrazonable o inconstitucional, lo que a criterio del suscrito se presenta, entre otros casos, cuando se valoran irrazonablemente los hechos o, por ejemplo, se da una actuación arbitraria de la prueba, sea al momento de seleccionar los medios probatorios, prescindir antojadizamente de los mismos u otorgar una valoración absolutamente incompatible con lo que de aquellos se desprende.
4. Nuestra jurisprudencia, por lo demás, ha abordado este tipo de supuestos en diversas oportunidades (como por ejemplo, lo hizo en los expedientes 0613-2003-AA/TC; 0917-2007-PA/TC, entre otros), por lo que mal haría nuestro Colegiado en abandonar dicha orientación de suyo garantista y tutelar.
5. Más aún, esa habilitación es propia y consustancial al Tribunal Constitucional, si se tiene en cuenta que a él le corresponde garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, como instancia final en la jurisdicción nacional.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

En el Expediente 04374-2015-PHC/TC, considero necesario hacer la siguiente precisión:

En el proceso penal subyacente, el demandante cuestionó la decisión condenatoria emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, vía el recurso de casación, pues es el único recurso previsto para llegar a la instancia suprema. Sin embargo, aquel fue declarado inadmisibile al no cumplir los requisitos legales que lo regulan.

El Código Procesal Penal, en su artículo 429, regula las causales para la interposición del recurso de casación:

Artículo 429 Causales.- Son causales para interponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Entonces, solo si el recurso de casación se funda en las causales citadas, es posible acceder a la instancia suprema. Se trata, pues, de un recurso extraordinario que no permite el ofrecimiento de nuevas pruebas o la valoración de los hechos del caso, lo que impide la revisión integral de la decisión recurrida.

Por ello, en este caso, no es razonable exigir su interposición, ni tampoco que, ante su denegatoria, deba interponerse el recurso de queja.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Coincido con el sentido de la ponencia, en razón a lo allí expuesto. En consecuencia, me encuentro de acuerdo con que la demanda sea declarada **IMPROCEDENTE** de acuerdo con lo señalado en los fundamentos 4 y 5 de la ponencia, **FUNDADA EN PARTE** en el extremo referido a la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la pluralidad de instancias o grados, así como con la exhortación planteada.

Sin embargo, cabe aclarar que en la presente sentencia solo ha quedado acreditada la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la pluralidad de instancias o grados. Por tanto, lo aquí decidido no se traduce necesariamente en la liberación del condenado en la presente controversia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de la posición de emitir sentencia estimatoria, pues considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda. Mis fundamentos son los siguientes:

Con fecha 27 de marzo de 2015, don Jorge Enrique Villarreal Pinillos interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Harry Danilo Dioses Ávila y la dirige contra los jueces superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, señores Torre Muñoz, Marchán Apolo y Cerrón Rengifo. Solicita que se declare nula la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012 (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01). Alega la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Aduce que, mediante la resolución en cuestión se revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado, y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad. A su entender, con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado el derecho a la pluralidad de instancias del beneficiario, pues a pesar de que interpuso oportunamente recurso de casación contra la resolución en cuestión, que condenó al favorecido a pesar de que en primera instancia había sido absuelto, se le denegó el derecho constitucional que le asiste al beneficiario de que un órgano superior revise en segunda instancia dicha condena, toda vez que dicho recurso excepcional fue rechazado.

Asimismo, considera que con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que, al momento de resolver, no se valoró convenientemente la documentación probatoria recabada durante el trámite del proceso. En ese sentido, manifiesta lo siguiente: 1) no se consideró que el favorecido negó en todo momento ser el dueño del arma de fuego incautada; 2) no se consideró que el agraviado en el proceso penal no sindicó en ningún momento al beneficiario como uno de los autores del delito materia de investigación; y 3) únicamente existen declaraciones testimoniales que lo incriminan como autor del delito que se le atribuye, lo cual resulta insuficiente para sustentar una condena como la impuesta, es por ello que fue absuelto en primera instancia; y 4) no existe una pericia dactilar que acredite de manera fehaciente que el favorecido tuvo en su poder el arma de fuego utilizada para concretar el acto delictivo materia de investigación. Por lo cual, solicita la nulidad de la resolución judicial en cuestión.

Al respecto, corresponde señalar que, conforme al artículo 4 del Código Procesal Constitucional, constituye un requisito de procedibilidad del hábeas corpus contra resoluciones judiciales la firmeza de la resolución cuestionada. Ello implica que antes de interponer una demanda constitucional es preciso que se agoten los recursos legalmente previstos contra la resolución cuestionada al interior del proceso (cfr. STC Exp. 04107-2004-HC/TC, caso Lionel Ricchi de la Cruz Villar).

De autos se advierte la sentencia de vista, Resolución 16 (fojas 2), de fecha 25 de julio de 2012, expedida por la sala penal emplazada, que, revocando la apelada en el extremo que absuelve al favorecido, la reformó y lo condenó como autor del delito de robo agravado a doce años de pena privativa de libertad efectiva, la cual será cumplida una vez que sea aprehendido, puesto a disposición del juzgado e ingresado al Establecimiento Penitenciario Puerto Pizarro.

No obstante, contra dicha sentencia, el favorecido interpuso recurso de casación ante la sala demandada, la cual mediante Resolución 19 (foja 36), de fecha 23 de agosto del 2012, resolvió declarar inadmisibile el referido recurso impugnatorio, en vista que no cumplió con los requisitos legales exigibles para el recurso de casación.

Ahora bien, luego de denegado el recurso, no se aprecia de autos que la parte demandante haya interpuesto el respectivo recurso de queja regulado en el artículo 437 del Código Procesal Penal, que establece que “También procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de casación”.

Siendo ello así, a mi consideración, el demandante no agotó todos los recursos impugnatorios legalmente habilitados en el interior del proceso penal que se cuestiona, debe concluirse que ha dejado consentir la resolución judicial que alega viciada de inconstitucionalidad. Por tanto, en aplicación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, la presente demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA**

Con el debido respeto, en la presente causa me adhiero al voto suscrito por la magistrada Ledesma Narváez, esto es, declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, por las razones expuestas en el citado voto.

S.

FERRERO COSTA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de mayo de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular en parte del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don C.C.B. contra la resolución de fojas 99, de fecha 6 de octubre de 2014, expedida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de setiembre de 2014, don C.C.B. interpone demanda de *habeas corpus*, refiriendo que en el Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay) se han vulnerado sus derechos a la razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena y a su integridad personal. Afirmo que se encuentra recluso desde el 21 de marzo de 2012 y que las enfermedades de gripe y bronquitis que padecía se han tornado en crónicas al no haber sido atendido oportunamente. Alega que dio a conocer sus antecedentes clínicos ante el órgano correspondiente y solicitó la atención médica de un especialista que realice los diagnósticos y el tratamiento; sin embargo, el médico no verificó las condiciones en las que vive. Refiere que, debido a que duerme en el suelo, no puede recuperar su salud. Agrega que la asistente social ha hecho un informe desfavorable indicando que el actor no asiste a los “seguimientos”, pese a no ser cierto, puesto que, cuando él ha concurrido a los seguimientos, no ha sido atendido por la asistente social, quien lo ha amenazado con efectuarle informes desfavorables.

Realizada la investigación sumaria, el recurrente se ratificó en el contenido de su demanda y señaló que ha presentado pruebas de sus problemas de salud ante la dirección, pero no ha recibido respuesta; y que lleva dos años y medio durmiendo en el suelo.

De otro lado, el director del Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay-Varones), don Gregorio Bonifacio Tacuri Galindo, en referencia a que el interno pernocta en el suelo, afirma que en el establecimiento penitenciario existe un hacinamiento que ha dado lugar a que haya sido declarado en emergencia por falta de infraestructura, lo que no permite albergar a los internos en camas individuales; sin embargo, indica que se están gestionando los trámites de remodelación y ampliación del penal y se cumple con el abastecimiento de colchones para los internos.

Agrega que, con fecha 12 de setiembre de 2014, ha sido recibida la solicitud del interno que pide visita médica en un ambiente-dormitorio, pese a tener conocimiento de que las atenciones médicas se realizan en el tópico del establecimiento penitenciario; y precisa que el interno cuenta con evaluaciones desfavorables por no registrar trabajo y estudios, ni asistencia a los seguimientos social, psicológico y legal.

Por otra parte, el médico del referido establecimiento penitenciario, don Luis Alberto Herrera Pimpincos, señala que el interno ha sido evaluado en seis oportunidades en el consultorio médico del penal, que tiene antecedente de haber padecido tuberculosis pulmonar y que los exámenes auxiliares han arrojado resultados negativos; asimismo, afirma que no existe complicación o persistencia de dicho cuadro, por lo que el interno se encuentra en situación estable. Finalmente, la asistente social del establecimiento penitenciario señala que, en la evaluación de octubre de 2012, el interno obtuvo un resultado desfavorable porque no se apersonó al área social ni cumplió con su tratamiento social; sin embargo, al haberse apersonado entre el 28 de enero y el 2 de setiembre de 2013 ha recibido el resultado favorable y que es falso que haya sido tratado mal o retirado de sus oficinas.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, con fecha 16 de setiembre de 2014, declaró infundada la demanda por estimar que el demandante ha recibido la atención oportuna en el servicio de salud del penal, conforme se aprecia de su historia clínica, que no se ha verificado la amenaza por parte de la asistente social que alega el interno y que, conforme al acta del consejo técnico penitenciario, se autorizó la evaluación especializada del interno y se concluyó que no requiere evaluación especializada.

La Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna confirmó la resolución apelada por considerar que la Administración Penitenciaria no ha incumplido con la obligación de brindar la atención médica que requiere el demandante. Agrega que no existe acervo probatorio que demuestre los supuestos maltratos de parte del personal del servicio de asistencia social.

A través del escrito del recurso de agravio constitucional, de fecha 27 de octubre de 2014, el demandante alega que no se han verificado las condiciones en las que vive, pues a los demás internos se les ha otorgado una cama y viven en mejores condiciones.

Posteriormente, mediante decretos de fechas 3 de febrero de 2019, este Tribunal solicitó información en materia sanitaria, relativa a las personas reclusas en establecimientos penitenciarios, al Instituto Nacional Penitenciario (en adelante INPE) y al Ministerio de

Salud, lo que no fue atendido oportunamente. Posteriormente, con fecha 18 de octubre de 2019, este Tribunal solicitó información adicional al INPE, la que fue enviada mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, de fecha 26 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, los objetivos de la demanda son los siguientes: i) que se disponga que al interior del Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay Varones) se brinde el tratamiento médico que corresponda a las dolencias médicas que presenta don C.C.B.; ii) que se dejen sin efecto los informes desfavorables emitidos por la asistencia social de citado establecimiento penitenciario por resultar arbitrarios; y iii) que se disponga que el interno deje de dormir en el suelo del establecimiento penitenciario durante la ejecución de la sentencia por la que fue condenado a prisión.
2. Al respecto, el demandante sostiene que tales pedidos se encuentran amparados por el derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena y por el derecho a la integridad personal.
3. Con relación a lo pedido por el demandante, este Tribunal advierte que el director del Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay Varones) explicitó, durante el presente proceso de *habeas corpus*, que en dicho establecimiento penitenciario existe un *hacinamiento* que ha conllevado a que sea declarado en emergencia por falta de infraestructura, lo que impedía que los internos cuenten con camas individuales.
4. Siendo ello así, este Tribunal estima necesario y pertinente, como paso previo a la resolución del caso concreto, desarrollar algunas consideraciones en torno a los retos que plantea, para nuestro Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), la problemática del hacinamiento en los establecimientos penitenciarios de nuestro país, en el marco de las exigencias dimanantes de los principios, reglas y valores constitucionales, lo que incluye evidentemente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado peruano en materia de derechos humanos.

El *habeas corpus* en defensa de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad personal

5. La libertad personal es un derecho fundamental que no solo ha sido reconocido en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, sino también a nivel de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, como es el caso del artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sistema universal de derechos humanos) y del artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sistema interamericano de derechos humanos).

6. Como derecho fundamental, la libertad personal no solamente tiene una dimensión subjetiva, sino que, en atención a su dimensión objetiva, constituye también uno de los valores fundamentales de nuestro Estado constitucional; en la medida en que, por un lado, dota de fundamento a diversos derechos constitucionales y, por otro, justifica la propia organización constitucional (cfr. Sentencia 02663-2003-HC/TC, fundamento 3).
7. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que, al igual que los demás derechos fundamentales, la libertad personal no es un derecho absoluto. Efectivamente, ningún derecho fundamental puede ser considerado ilimitado en su ejercicio; antes bien, los límites que a estos se puedan establecer son intrínsecos; es decir, que se desprenden de la naturaleza y configuración de este derecho, y extrínsecos, que se derivan del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales (cfr. Sentencia 02663-2003-HC/TC, fundamento 3).
8. Con relación a la tutela jurisdiccional de este derecho, en el inciso 1 del artículo 200 de la Constitución se ha previsto el proceso de *habeas corpus*, a fin de proteger la libertad individual y los derechos conexos a ella. De ahí que este Tribunal haya sostenido que dicho proceso tiene como propósito esencial, aunque no exclusivo, tutelar al individuo ante cualquier privación arbitraria del ejercicio de este derecho y ante la eventual amenaza o vulneración de los derechos fundamentales conexos con dicha libertad.
9. Ahora bien, este Tribunal considera que, a través de un proceso constitucional como el *habeas corpus*, lo que se tutela es la libertad personal en sentido amplio. Ello en razón a que esta no solo se vulnera cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad personal en sentido estricto, o *ius ambulandi*, sino también cuando, pese a encontrarse legalmente justificada esta medida, es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces, vale decir, cuando, a pesar de existir fundamentos legales para la restricción o privación de la libertad, estas son agravadas ilegítimamente en su forma o condición, entre otros supuestos.
10. Con respecto a esto último, en el marco de dicho proceso constitucional, el juez es competente para evaluar también la constitucionalidad de las condiciones en las que se desarrolla la detención y, en general, la privación de la libertad de una persona de conformidad con los principios y valores constitucionales y, especialmente, según el principio-derecho de dignidad humana y los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a lo que se ha denominado en variada jurisprudencia de este Tribunal como *habeas corpus correctivo*.
11. En efecto, el inciso 17 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional refiere que el *habeas corpus* procede para tutelar “el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena”. De esta manera, el juez, a través de este proceso constitucional, tutela aquellos derechos conexos a la libertad personal y, en general, los derechos fundamentales distintos al *ius ambulandi* que

resulten amenazados o vulnerados por actos u omisiones realizados como consecuencia directa de la restricción o privación de dicha libertad.

12. En lo que respecta a las detenciones previstas por ley y a las privaciones de la libertad personal en el ámbito penitenciario, el juez, en el ejercicio de sus competencias, debe tutelar el principio-derecho de dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la salud, entre otros; y, en suma, el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena, entre otros, en los casos que así lo ameriten (cfr. Sentencias 00590-2001-HC/TC, 02663-2003-HC/TC, 01429-2002-HC/TC, entre otras).
13. Ahora bien, más allá de los alcances de este proceso constitucional, le corresponde al Estado, en el caso de las personas con restricción de su libertad personal, o privadas legítima y legalmente de ella, garantizar que, como consecuencia directa de dicho acto o disposición, no se vulneren los derechos fundamentales mencionados *supra* ni los demás derechos que no han sido restringidos de conformidad con la Constitución, como ha indicado este Tribunal, entre otros casos, en la Sentencia 00726-2002-HC/TC, fundamento 16.
14. Ello supone que, dentro de márgenes sujetos a los principios de legitimidad, legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, las autoridades competentes en materia penitenciaria, cuando ejerzan sus funciones, adopten las medidas adecuadas, estrictamente necesarias y proporcionales a fin de evitar la existencia de condiciones que menoscaben, obstaculicen o pongan en peligro cierto e inminente el ejercicio de los derechos fundamentales de los detenidos o reclusos, como consecuencia directa de las restricciones o privaciones legítimas y legales a la libertad personal, mencionados previamente y, en general, el ejercicio de todos aquellos derechos que no hayan sido objeto de restricción, de conformidad con el orden jurídico-constitucional.
15. Al respecto, este Tribunal ha resuelto diversos casos en los que se dilucidó sobre la alegada arbitrariedad de la restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; sobre la presunta ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; sobre la supuesta determinación penitenciaria de cohabitación, en un mismo ambiente de reos en cárcel, de procesados y condenados, entre otros.
16. Además de ello, debe tenerse especialmente presente que este Tribunal Constitucional, en anteriores ocasiones, ha utilizado la técnica de la declaración del estado de cosas inconstitucionales en materia de salud mental de las personas con restricciones o privadas de su libertad. Al respecto, en la Sentencia 03426-2008-PHC/TC, este Tribunal estableció lo siguiente:
 30. La situación descrita en los fundamentos que preceden permite constatar a este Tribunal Constitucional la violación masiva y/o generalizada de uno o varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) que afectan

a un número significativo de personas que adolecen de enfermedad mental. Pero, además, esta situación de hecho contraria a la Constitución, permite reconocer a este Colegiado la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecen de enfermedad mental, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación. En efecto, se aprecia que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación. Los existentes no están debidamente articulados entre los sectores e instituciones del Estado [...].

31. Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución (fundamento 30-31).

17. Sin embargo, varios años después, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 04007-2015-PHC/TC, indicó lo siguiente: “Han pasado 8 años de tal sentencia [en alusión a la Sentencia 03426-2008-HC/TC] y aún no se aprecia ni la existencia, ni la efectividad, de una política pública que restablezca la capacidad institucional de las respectivas instituciones, tal como fue dispuesto por este Tribunal” (fundamento 80).
18. Asimismo, en aquella oportunidad, este Colegiado indicó que pese a la declaratoria de emergencia del INPE y a las medidas dictadas para su reestructuración y la del Sistema Nacional Penitenciario por un plazo de dos años, establecidos en el Decreto Legislativo 1325, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 6 de enero de 2017, el propio INPE, luego de vencido dicho plazo, a través del Oficio 091-2019-INPE/12-04, de fecha 18 de febrero de 2019, elaborado por su Dirección de Tratamiento Penitenciario y la Subdirección de Salud Penitenciaria, informó lo siguiente:
 - i) [...] no contaba con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental;
 - ii) que no existían estudios epidemiológicos sobre la prevalencia de diferentes enfermedades y trastornos mentales en la población penitenciaria nacional;
 - iii) que existe un médico psiquiatra a nivel nacional; y,
 - iv) que existen graves deficiencias en infraestructura, etc. [Sentencia 4007-2015-PHC/TC, fundamento 80].

19. Lo anterior explica que, como muestra de la falta de efectividad de las medidas establecidas para reestructurar el Sistema Nacional Penitenciario y el INPE, se haya prorrogado por única vez la declaratoria de emergencia dispuesta en el aludido Decreto Legislativo 1325, a través del Decreto Supremo 013-2018-JUS, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2018, prórroga vigente a partir del 7 de enero de 2019 hasta el 7 de enero de 2021.
20. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional concluyó, en el fundamento 80 de la Sentencia 04007-2015-PHC/TC, lo siguiente:

Todo ello, demuestra que en 2 años de haberse dictado la declaratoria de emergencia no se han establecido medidas mínimas y básicas sobre el diagnóstico y tratamiento de la salud mental de tales internos.

Todas estas razones justifican ineludiblemente el control de dicha actividad estatal por parte del Tribunal Constitucional, así como la adopción de medidas que conlleven a restablecer la capacidad institucional de las respectivas instituciones.
21. Tales medidas, a las que hizo referencia este Tribunal Constitucional en dicha sentencia, fueron dispuestas en el marco de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional respecto de “la falta de diagnóstico y tratamiento de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país y que, a pesar de tener problemas de salud mental, no reciben un tratamiento médico especializado” (fundamento 81).
22. Por lo expuesto, esta ocasión no sería la primera vez en la cual este Tribunal Constitucional, en el marco de un proceso constitucional de protección de derechos fundamentales, realiza el control de la actividad estatal en el ámbito penitenciario.
23. Así, en la línea de la tutela de los derechos fundamentales y de la afirmación del principio de supremacía constitucional en toda actuación pública o privada, este Tribunal Constitucional estima indispensable desarrollar algunas consideraciones básicas en materia de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú, por cuanto, como se indicó *supra* con relación a una de las pretensiones del demandante, el director del establecimiento penitenciario donde este se encontraba recluso refirió, durante la tramitación del presente proceso, que existe en dicho establecimiento penitenciario un *hacinamiento* por el que fue declarado en emergencia ante la falta de infraestructura, lo que impedía que los internos cuenten con camas individuales.

Sobre el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios

24. La problemática generada por el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios ha sido objeto de estudio y discusión por diversas disciplinas, no solo jurídicas, lo que incluye distintos enfoques para aproximarse al fenómeno, definirlo y determinarlo numéricamente, según cada realidad.

25. Asimismo, esta problemática ha ameritado la resolución de casos emblemáticos por parte de los máximos tribunales de justicia nacionales, altas cortes internacionales, así como también los pronunciamientos de los organismos que supervisan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos a nivel regional y universal.
26. En todo caso, el hacinamiento no es un problema reciente, ni exclusivo de la región ni de nuestro país. Asimismo, no es causado únicamente ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de establecimientos penitenciarios, sino, en realidad, por diversas políticas sobre aumento de penas y persecución penal.
27. Si a lo anterior se añade la disminución de la efectividad de los mecanismos de garantía y tutela de los derechos humanos (*zero tolerance*), el abandono de las medidas resocializadoras y las alternativas a la privación de la libertad, entonces se generan, en gran medida, las condiciones para que cada vez más se califique jurídicamente como conductas delictivas a comportamientos que anteriormente no lo eran, además del incremento de penas¹. Como consecuencia de lo anterior, ha estado incrementándose la población reclusa a nivel mundial desde hace décadas, lo que en el caso peruano no ha ido acompañado de un aumento y mejora de la infraestructura penitenciaria, y ello ha traído como consecuencia el hacinamiento carcelario.
28. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha indicado lo siguiente:

[...] el hacinamiento es la consecuencia previsible de los siguientes factores fundamentales: (a) la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria; (b) la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana (llamadas de “mano dura” o “tolerancia cero”; (c) el uso excesivo de la detención preventiva y de la privación de libertad como sanción penal; y (d) la falta de una respuesta rápida y efectiva por parte de los sistemas judiciales para tramitar, tanto las causas penales, como todas aquellas incidencias propias del proceso de ejecución de la pena (por ejemplo en la tramitación de las peticiones de libertad condicional)².
29. Por otro lado, debe considerarse el alcance del problema generado por el hacinamiento. Al respecto, este Tribunal estima oportuno indicar que resulta insuficiente, a la luz de las exigencias dimanantes del principio-derecho de dignidad humana, considerar como hacinamiento únicamente a la sobrepoblación de un establecimiento penitenciario,

1 Cfr. LARA AMAT Y LEÓN, Joan. “El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: Entre las nuevas guerras y el populismo punitivo”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, 2013, n.º 4, p. 141.

2 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 60.

sobre la base de la relación existente entre la cantidad de personas reclusas *intra muros* en dicho establecimiento y la capacidad oficial o la determinación del número de personas que este puede alojar cuando fue diseñado.

30. Por ello, deberá evaluarse también el cumplimiento de estándares básicos sobre la infraestructura de los establecimientos penitenciarios relacionados directamente con el espacio del que efectivamente debe disponer la persona reclusa, que garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales no restringidos.
31. En primer lugar, a nivel del sistema de protección universal de los derechos humanos, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) reconoce lo siguiente:
 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
 - b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.
32. Al respecto, en la Observación General N.º 21 del Comité de Derechos Humanos se estableció lo siguiente:
 3. El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, [...] sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión.
 4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado

Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición. [...]

10. [...] Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso [...]³.

33. Este principio, previsto en el artículo 10 del PIDCP, según el cual toda persona privada de su libertad deberá ser tratada humanamente, ha sido contemplado también en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en su Protocolo Facultativo.

34. En el caso de la referida Convención, debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 10 y 11, según los cuales:

Artículo 10

1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.
2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Artículo 11

Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

35. Asimismo, debe destacarse que, en el marco de la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1957) bajo la consideración de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como los mencionados previamente, entre otros, se han aprobado las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)⁴.

3 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N.º 21, 4.º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at. 176 (1992).

4 Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015.

36. Aun cuando este último instrumento no sea vinculante *per se*, nada obsta que los Estados, como el Estado peruano, puedan “adaptar la aplicación de las Reglas en función de sus marcos jurídicos internos, según corresponda, teniendo presentes el espíritu y los propósitos de las Reglas⁵”.
37. Tales reglas están basadas en principios fundamentales que son de aplicación general:
- [...] a todas las categorías de reclusos, independientemente de que su situación sea el resultado de un proceso criminal o civil, de que se encuentren en espera de juicio o estén cumpliendo condena, e incluso de que se les haya o no sometido a “medidas de seguridad” o medidas correccionales por mandamiento judicial” (Observación Preliminar 3).
38. Ahora bien, entre los principios fundamentales, este Tribunal estima pertinente destacar los siguientes:

Regla 1

Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

Regla 2

[...]

Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, *las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario.* Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.

[...]

Regla 4

1. *Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia.*

Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.

5 Ibid.

2. Para lograr ese propósito, *las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte.* Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos.

Regla 5

1. *El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.*
 2. Las administraciones penitenciarias *facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables* para asegurar que los reclusos con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión [...] [énfasis agregado].
39. Asimismo, dentro de las reglas de aplicación general se encuentran las referidas a la separación por categorías (regla 11), alojamiento (reglas 12-17), higiene personal (regla 18), ropas y cama (regla 19-21), alimentación (regla 22), ejercicio físico y deporte (regla 23), servicios médicos (reglas 24-35), restricciones, disciplina y sanciones (reglas 36-46), instrumentos de coerción física (reglas 47-49), registros de reclusos y celdas (reglas 50-53), contacto con el mundo exterior (reglas 58-63), biblioteca (regla 64), religión (reglas 65-66), traslado de reclusos (regla 73), personal penitenciario (reglas 74-82), etc.
40. Además, dentro de las reglas especiales se encuentran las destinadas a los reclusos penados, como los beneficios (regla 95), trabajo (reglas 96-103), instrucción y recreo (reglas 104-105); reclusos con discapacidades o enfermedades mentales (reglas 109-110), personas detenidas o en espera de juicio (reglas 111-120), personas encarceladas por causas civiles (regla 121), personas detenidas o encarceladas sin imputación de cargos (regla 122).
41. De manera complementaria, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en el año 2012, adaptó el manual titulado *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles*, que inicialmente había sido publicado en el año 2005⁶. Se trata de recomendaciones para mejorar las condiciones de las personas detenidas, menores de edad, madres con sus niños o niñas y madres embarazadas, a partir de una mejor comprensión de las relaciones entre agua saneamiento, higiene y hábitat⁷.

6 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles. Guía Complementaria*. Ginebra, agosto de 2013. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/icrc-002-4083.pdf>

7 Íd., p. 8.

42. A nivel interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha establecido lo siguiente en el artículo 5, relativo a la integridad personal:

5.1.Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

5.2.Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

[...]

5.6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados [...]* [énfasis agregado].

43. Asimismo, la CIDH ha desarrollado los “Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”⁸, que están comprendidos por i) principios generales, ii) principios relativos a las condiciones de privación de libertad y iii) principios relativos a los sistemas de privación de libertad.

44. Con relación a los principios generales, cabe destacar los siguientes:

Principio I

Trato humano

Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, *con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, *se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.*

Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona.

No se podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, *situaciones de emergencia*, inestabilidad política interna, u otra emergencia

8 Adoptados por la Comisión durante el 131 periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad.

[...]

Principio III

Libertad personal

1. Principio básico

[...]

Por regla general, la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario.

[...].

2. Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad

Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

[...].

4. Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia.

Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.

45. Con respecto a los principios relativos a las condiciones de privación de libertad, se han establecido los principios de salud (Principio X), alimentación y agua potable (Principio XI), albergue, condiciones de higiene y vestido (Principio XII), educación y actividades culturales (Principio XIII), trabajo (Principio XIV), contacto con el mundo exterior (Principio XVIII), separación de categorías (Principio XIX), entre otros.
46. Especialmente, corresponde destacar el Principio XVII, sobre medidas contra el hacinamiento, según el cual:

Principio XVII

Medidas contra el hacinamiento

La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes.

La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, esta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva.

Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos [énfasis agregado].

47. Sobre la base de dichos estándares, la CIDH ha sostenido, en su “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, lo siguiente:

El hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano y degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos reconocidos internacionalmente. En definitiva, esta situación constituye una grave deficiencia estructural que trastoca por completo el cumplimiento de la finalidad esencial que la Convención Americana le atribuye a las penas privativas de libertad: la reforma y la rehabilitación social de los condenados⁹ [énfasis agregado].

48. En lo que respecta a la jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta ha sostenido de forma reiterada que “los Estados deben abstenerse de

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 60.

crear condiciones incompatibles con la existencia digna de las personas privadas de libertad”¹⁰.

49. Al respecto, en el Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, La Corte sostuvo lo siguiente:

221. De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal [...]. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten sus derechos fundamentales y una vida digna.

[...]

223. Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita [...]. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de trato o pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas [...]”¹¹.

50. Además, en el caso *Caso López Álvarez vs. Honduras*, La Corte sostuvo lo siguiente:

108. Está probado que durante la detención del señor Alfredo López Álvarez en los centros penales de Tela y de Támara había sobrepoblación carcelaria; la presunta víctima se encontraba en situación de hacinamiento permanente; estuvo en una celda reducida, habitada por numerosos reclusos; tuvo que dormir en el suelo durante un largo período; no contó con una alimentación adecuada ni agua potable, ni dispuso de condiciones higiénicas indispensables [...].

10 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de 22 de noviembre de 2018. Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, párr. 69.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 221 y 223.

110. De lo anteriormente expuesto se desprende que la presunta víctima no fue tratada con el debido respeto a su dignidad humana, y que el Estado incumplió los deberes que le corresponden en su condición de garante de los derechos de los detenidos¹².

51. Asimismo, en el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, La Corte precisó lo siguiente:

90. La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante “el CPT”), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es meramente enunciativo. Asimismo, el CPT estableció que 7 m² por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2 m² para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no podía considerarse como un estándar aceptable, y que una celda de 7 m² para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación de mismo artículo. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65 m² en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio.

91. En el presente caso, el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana.

92. De igual forma, dormitorios de gran capacidad como los que existían en el Retén de Catia inevitablemente implicaban una falta de privacidad para los presos en su vida diaria. Además, el riesgo de intimidación y violencia era alto. *Tales condiciones de alojamiento son propensas a fomentar el desarrollo de subculturas delictivas y a facilitar el mantenimiento de la cohesión de organizaciones criminales. También pueden volver extremadamente difícil, si no imposible, el apropiado control por parte del personal penitenciario; más específicamente, en caso de disturbio, las intervenciones externas que impliquen un uso considerable de fuerza son difíciles de evitar.* Con tales alojamientos, la apropiada distribución individual de presos, basada en una

12 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 108 y 110.

evaluación caso por caso de riesgos y necesidades, también llega a ser una práctica casi imposible¹³.

52. Bajo dichos estándares, en aplicación de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde interpretar los mandatos de la Constitución en lo que respecta a las condiciones básicas que el Estado debe garantizar a una persona que ha sido detenida o recluida en establecimientos penitenciarios.
53. Sobre ello, este Tribunal advierte que el principio-derecho de dignidad humana, fundante de nuestro edificio constitucional, exige que el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas reclusas en establecimientos penitenciarios, distintos de la libertad personal, que no hayan sido restringidos, debe ser garantizado en la mayor medida posible por el Estado.
54. Solo así, podrá cumplirse, a su vez, con el mandato constitucional establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Norma Fundamental, según el cual “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.
55. Con respecto a dicho principio, este Tribunal sostuvo en la Sentencia 0010-2002-PI/TC lo siguiente:

[...] detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. *Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.*

En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena [...].

El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en

13 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 90-92.

cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad (fundamento 186-188) [énfasis agregado].

56. En suma, este Tribunal advierte que en el caso concreto de las personas detenidas o de las reclusas en establecimientos penitenciarios, el Estado peruano debe garantizarles que sean tratadas humanamente (principio del trato humano), esto es, con respeto irrestricto a su dignidad, lo que se manifiesta en la práctica en que puedan ejercer sus derechos fundamentales, distintos de la libertad, que no hayan sido restringidos, lo que a su vez es una condición necesaria para su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad.
57. Sin embargo, lejos de intentar garantizar dicho trato humano, se advierte que el Estado, de manera permanente y sin mayores eventuales justificaciones que las de índole presupuestaria o de similar naturaleza, no toma medidas concretas y controlables a fin de reducir, en los centros de detención o en los establecimientos penitenciarios, la sobrepoblación o exceso de población cuya magnitud prácticamente imposibilita o menoscaba gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales de estas personas, entre las que se encuentran las personas en condiciones de vulnerabilidad. Dicho escenario, como es de conocimiento general, evidencia que el Estado peruano no ha venido cumpliendo con los mandatos constitucionales ni con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos sobre el particular.

Sobre el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del Perú

58. Teniendo en cuenta lo antes expuesto y la documentación adjuntada en autos, este Tribunal advierte que la realidad de la gran mayoría de establecimientos penitenciarios en el Perú no se ajusta a los estándares previamente mencionados, pese a su legitimidad constitucional y fuerza normativa.
59. Así, ya en el año 2000, la Defensoría del Pueblo, en su Informe “Derechos Humanos y Sistema Penitenciario. Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998-1999”, daba cuenta de una sobrepoblación carcelaria como consecuencia de distintos factores, entre ellos, el aumento de penas¹⁴. Con relación precisamente a este aspecto, la Defensoría concluyó lo siguiente:

Los 86 establecimientos penales del país tienen una capacidad de albergue de 19,974 personas. Teniendo en consideración que la población penal a junio de 1999 ascendía a 27,428 internos, es evidente que existe una sobrepoblación promedio nacional del 37.32%.

14 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe “Derechos Humanos y Sistema Penitenciario. Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998-1999”*, p. 77.

La Dirección Regional Lima presenta el índice más alto de sobrepoblación con el 82.74%. Es particularmente preocupante la situación del penal de Lurigancho que tiene una sobrepoblación del 265.45%, pues teniendo una capacidad de albergue para 1,500 internos, tiene una población real de 6,633 personas. Igualmente, el penal de Mujeres de Chorrillos Comunes que fue construido para 250 internas, tiene una población de 854 personas lo que significa un exceso del 241.6%.

Los 42 establecimientos penales que fueron comprendidos en la supervisión defensorial, presentaban un índice de sobrepoblación promedio del 59.28%¹⁵.

60. Casi 20 años después, en diciembre de 2018, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe de Adjuntía N.º 006-2018-DP/ADHDP “Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la de mujeres y varones”. En dicho informe, se realizó un balance de la situación actual de aquel entonces en los siguientes términos:

Como fue señalado en el primer informe de la Defensoría del Pueblo sobre la realidad de las cárceles a nivel nacional [...], el exceso de internos e internas sobre la capacidad de los establecimientos penitenciarios para albergarlos, constituye el principal factor que menoscaba los derechos humanos de las personas privadas de libertad:

“La sobrepoblación y el hacinamiento resulta ser el elemento detonante de la situación de violencia cotidiana que se vive en algunos penales”.

Tómese en cuenta, que, a la fecha del citado informe, el total de personas privadas de libertad ascendía a 24,888 personas. Hoy, casi 20 años después, se alberga a casi 70,000 reclusos/as más. De acuerdo a cifras del Instituto Nacional Penitenciario a agosto del 2018, la población penitenciaria asciende a 89,166 internos e internas mientras que la capacidad de albergue a nivel nacional es de solo 39,156 plazas [...]. Esto significa que existe un nivel de hacinamiento que alcanza el 128%. En el 2011, fecha de publicación del último informe defensorial sobre esta materia, esta cifra se situaba en 75%. En un periodo de 7 años se registra un crecimiento del 53%¹⁶.

61. Con relación a la vulneración de derechos fundamentales causada por el hacinamiento, la Defensoría del Pueblo indica lo siguiente

Como bien ha sido señalado en otras ocasiones, esta situación contribuye a que las condiciones de seguridad y control en el sistema penitenciario no sean las adecuadas y que al interior de los penales se generen espacios de tensión. Si los

15 Íd., pp. 153-154.

16 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe de Adjuntía N.º 006-2018-DP/ADHDP “Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la de mujeres y varones”*, pp. 19-20.

efectos del hacinamiento afectan a todas las personas privadas de libertad, generan especial daño entre los grupos de especial protección como las mujeres, personas con discapacidad, personas adultas mayores, etc. El hacinamiento ocasiona también frecuentes fallas en los mecanismos de control y vigilancia penitenciaria, lo que se refleja en la existencia de armas y celulares al interior de las cárceles. Entre otros efectos, origina:

- *Problemas psicológicos y emocionales en los internos e internas al no tener un espacio propio y privado dentro del penal.* Este hecho produce continuas disputas por espacios y ambientes, lo cual impide el mantenimiento de relaciones sociales adecuadas.
- *Imposibilidad de acceder por parte de un número mayor de internos o internas a las áreas de trabajo y educación existentes.* La capacidad instalada no puede satisfacer un nivel de demanda que aumenta en forma constante.
- *Afectaciones a la salud física y psíquica,* dado que el interno o interna es susceptible de padecer enfermedades infecto-contagiosas y síndromes, como tuberculosis, hepatitis o VIH/SIDA; además de desarrollar enfermedades mentales¹⁷.

62. Con respecto a la acción estatal sobre el ámbito penitenciario, la Defensoría se refirió, de manera explícita, en dicho informe al “fracaso de la acción estatal contra el hacinamiento”¹⁸. Así, además de sostener que dicha institución, en reiteradas ocasiones, había manifestado que “un sistema penitenciario vulnerado por el hacinamiento difícilmente podrá cumplir fines preventivos o resocializadores, afectando de forma casi ineludible, la dignidad de las personas encarceladas”¹⁹, indicó que “pese a los compromisos asumidos por diferentes gobiernos, el referido fenómeno no ha disminuido, sino por el contrario, ha aumentado significativamente”²⁰.

63. Asimismo, la Defensoría enfatizó que las medidas para enfrentar el hacinamiento no solo deben limitarse a la ampliación de la capacidad de albergue de los establecimientos penitenciarios, por cuanto ello no constituiría una solución a las causas reales de este fenómeno en el caso peruano:

Las evidencias demuestran con absoluta claridad que no es posible combatir el hacinamiento mediante la construcción de más unidades de albergue (cárceles).

Se requiere, en forma indispensable, de reales niveles de coordinación entre las entidades que conforman el sistema de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial) y los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Conviene tener presente, que en estos

17 Íd., p. 21.

18 Íd., p. 22.

19 Ibid.

20 Íd., pp. 22-23.

últimos descansa la responsabilidad por el excesivo aumento de penas, la eliminación progresiva de los beneficios penitenciarios y el reducido uso de medidas alternativas a la prisión, como la vigilancia electrónica personal, conversión de pena, entre otros.

Conviene advertir que, de no implementarse medidas concretas, en el año 2035 la población penitenciaria alcanzaría los 222,487 internos e internas, mientras que las unidades de albergue solo tendrían capacidad para 58,187 personas, llegando a un hacinamiento del 282%. Para evitar este gravísimo escenario se requiere de una firme voluntad política por parte de todos los sectores públicos involucrados.

Lamentablemente a la fecha, no es posible sostener que tal voluntad se encuentre plasmada. El Plan Nacional de Política Penitenciaria, único instrumento público, que plantea acciones en la materia no cuenta con los recursos ni difusión necesarios que aseguren su real cumplimiento²¹.

64. Precisamente el Decreto Supremo 005-2016-JUS, que aprueba la Política Nacional Penitenciaria y el Plan Nacional de la Política Penitenciaria 20162020, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de julio de 2016, destacó que “todas las regiones se han visto rebasadas en su capacidad de albergue” y que “los resultados obtenidos, dan un crecimiento promedio del 5.3 % anual, y se estima que la población penitenciaria alcanzaría los 222 487 internos e internas al año 2035. En contraste, la capacidad de albergue, crecería en promedio el 2.8 % anual, estimando que las unidades de albergue disponible llegarían a 58 187, lo que determinaría un hacinamiento del 282 %”, a nivel nacional²².
65. En suma, puede advertirse que la problemática del hacinamiento penitenciario, que en el caso peruano es de índole permanente y crítica, según lo mencionado *supra*, debe ser asumida como una política de Estado, en atención a las graves consecuencias que puede generar para los derechos fundamentales de aquellos que se encuentran privados de su libertad, no solo desde la perspectiva subjetiva de tales derechos, sino también desde su dimensión objetiva, en tanto valores del ordenamiento jurídico que conducen y orientan la actuación del Estado.
66. A ello debe añadirse que, incluso en los reducidos casos de establecimientos penitenciarios en los cuales no se advierte técnicamente hacinamiento, la infraestructura que debe proveer el Estado no necesariamente se ajusta a lo ordenado por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

²¹ Íd., pp. 22-23.

²² Anexo del Decreto Supremo 005-2016-JUS, publicado en <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Julio/15/DS-005-2016-JUS.pdf>

67. Así, en la mayoría de los casos, como se va a evidenciar seguidamente, se producen restricciones a derechos fundamentales de los reclusos (salud, educación, trabajo, etc.), distintos de la libertad personal.
68. En todo caso, como se desprende de lo previamente indicado, si bien no toda presunta vulneración o amenaza de vulneración de los derechos fundamentales distintos de la libertad personal, y no restringidos, de las personas reclusas en centros de detención o en establecimientos penitenciarios, se genera por el hacinamiento; sin embargo, sí puede sostenerse que el hacinamiento carcelario, *per se*, es un factor real de potenciales vulneraciones de tales derechos fundamentales, lo que de alcanzar un nivel crítico, aunado a las brechas de infraestructura posiblemente existentes, conlleva directamente a un estado de cosas en el que efectivamente se vulneran los mandatos constitucionales y convencionales en materia de los derechos de las personas reclusas en tales centros y establecimientos penitenciarios.
69. Así, se pone en grave riesgo, ante la inacción del Estado, el derecho a la vida, el derecho a la integridad, el derecho a la salud, entre otros derechos, a modo enunciativo, como el derecho al trabajo, a la educación y, en suma, el derecho a no ser objeto de tratos carentes de razonabilidad y proporcionalidad durante la restricción o la privación de la libertad; además, de vaciar de contenido el principio constitucional según el cual “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.
70. Precisamente, esto último es lo que ocurre con la gran mayoría de los establecimientos penitenciarios en nuestro país, de acuerdo con las estadísticas oficiales del INPE. En efecto, de acuerdo con la información alcanzada a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, de fecha 26 de diciembre de 2019 y a la consulta realizada al sitio web oficial del INPE, se tienen las siguientes estadísticas:

a) Población penal intramuros según situación jurídica y género según Oficina Regional

OFICINAS REGIONALES	TOTAL GRAL	TOTAL		PROCESADO			SENTENCIADO		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
TOTAL GENERAL	96,870	91,636	5,234	36,515	34,296	2,219	60,355	57,340	3,015
NORTE - CHICLAYO	18,071	17,144	927	7,224	6,861	363	10,847	10,283	564
LIMA - LIMA	45,784	43,458	2,326	16,790	15,731	1,059	28,994	27,727	1,267
SUR - AREQUIPA	4,336	3,983	353	996	875	121	3,340	3,108	232
CENTRO - HUANCAJO	7,321	6,902	419	2,068	1,933	135	5,253	4,969	284
ORIENTE - HUANUCO	6,807	6,458	349	3,972	3,782	190	2,835	2,676	159
SUR ORIENTE - CUSCO	5,943	5,579	364	2,460	2,300	160	3,483	3,279	204
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5,982	5,735	247	2,107	2,010	97	3,875	3,725	150
ALTIPLANO - PUNO	2,626	2,377	249	898	804	94	1,728	1,573	155

Fuente: INPE, febrero 2020

b) Tipo de establecimientos por capacidad de albergue según Oficina Regional

DIRECCIONES REGIONALES	TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS POR UNIDADES DE ALBERGUE				CANTIDAD DE EE.PP.
	D 1 A 199	C 200 A 899	B 900 A 1199	A MAS DE 1200	
TOTAL EE.PP.	26 38%	23 34%	10 15%	9 13%	68 100%
NORTE - CHICLAYO	5	2	2	2	11
LIMA - LIMA	2	6	5	4	17
SUR - AREQUIPA	4	2	0	0	6
CENTRO - HUANCAYO	7	3	0	0	10
ORIENTE - HUANUCO	1	1	0	2	4
SUR ORIENTE - CUSCO	4	2	0	1	7
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	2	4	3	0	9
ALTIPLANO - PUNO	1	3	0	0	4

Fuente: INPE, febrero 2020

c) Situación actual de la capacidad de albergue, sobrepoblación y hacinamiento según Oficina Regional

Nº	Oficinas Regionales	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	% Ocupacion	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S ≥ 20%)
TOTALES		40,137	96,870	241%	56,733	141%	SI
1	NORTE - CHICLAYO	6,514	18,071	277%	11,557	177%	SI
2	LIMA - LIMA	17,341	45,784	264%	28,443	164%	SI
3	SUR - AREQUIPA	1,252	4,338	346%	3,084	246%	SI
4	CENTRO - HUANCAYO	2,064	7,321	355%	5,257	255%	SI
5	ORIENTE - HUANUCO	3,240	6,807	210%	3,567	110%	SI
6	SUR ORIENTE - CUSCO	2,918	5,943	204%	3,025	104%	SI
7	NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5,352	5,982	112%	630	12%	NO
8	ALTIPLANO - PUNO	1,456	2,628	180%	1,170	80%	SI

Fuente: INPE 2020

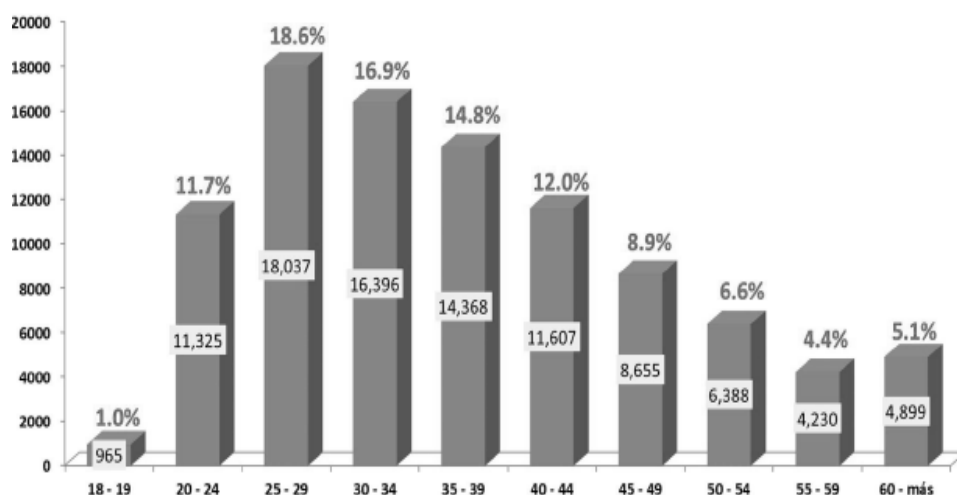
d) Establecimientos penitenciarios en condición de hacinados

Nº	Establecimientos Penitenciarios	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S ≥ 20%)
TOTALES		29,996	87,982	57,986	193%	SI
1	E.P. de Chanchamayo	120	784	664	553%	SI
2	E.P. de Jaen	50	311	261	522%	SI
3	E.P. de Callao	572	3,267	2,695	471%	SI
4	E.P. de Camaná	78	431	353	453%	SI
5	E.P. de Abancay	90	448	358	398%	SI
6	E.P. Miguel Castro Castro	1,142	5,420	4,278	375%	SI
7	E.P. de Quillabamba	80	369	289	361%	SI
8	E.P. de Huancavelica	60	275	215	358%	SI
9	E.P. de Pucallpa	576	2,627	2,051	356%	SI
10	E.P. de Tacna	222	1,009	787	355%	SI
11	E.P. de Lampa	44	195	151	343%	SI
12	E.P. de Ayacucho	644	2,813	2,169	337%	SI
13	E.P. de Chiclayo	1,143	4,681	3,538	310%	SI
14	E.P. de Huanta	42	170	128	305%	SI
15	E.P. de Chimbote	920	3,356	2,436	265%	SI
16	E.P. de Trujillo	1,518	5,511	3,993	263%	SI
17	E.P. de Mujeres de Tacna	40	142	102	255%	SI

18	E.P. de Arequipa	667	2,307	1,640	246%	SI
19	E.P. de Huaral	1,029	3,548	2,519	245%	SI
20	E.P. de Juliaca	420	1,439	1,019	243%	SI
21	E.P. de Huacho	644	2,199	1,555	241%	SI
22	E.P. de Huancayo	680	2,295	1,615	238%	SI
23	E.P. de Lurigancho	3,204	9,893	6,689	209%	SI
24	E.P. de Piura	1,370	4,091	2,721	199%	SI
25	E.P. de Tarma	48	139	91	190%	SI
26	E.P. de Río Negro	216	597	381	176%	SI
27	E.P. de Ica	1,924	4,979	3,055	159%	SI
28	E.P. de Huánuco	1,344	3,440	2,096	156%	SI
29	E.P. de Mujeres de Arequipa	67	171	104	155%	SI
30	E.P. de Chircha	1,152	2,913	1,761	153%	SI
31	E.P. de Cañete	1,024	2,548	1,524	149%	SI
32	E.P. de Andahuaylas	248	602	354	143%	SI
33	E.P. de Huaraz	598	1,420	822	137%	SI
34	E.P. de Bagua Grande	119	273	154	129%	SI
35	E.P. de Siouani	96	203	107	111%	SI
36	E.P. de Tumbes	576	1,213	637	111%	SI
37	E.P. de Tarapoto	222	439	217	98%	SI
38	E.P. de Cusco	1,616	3,117	1,501	93%	SI
39	E.P. de Mujeres de Chomillos	450	848	398	88%	SI
40	E.P. de Puerto Maldonado	590	1,000	410	69%	SI
41	E.P. de Ancón	1,620	2,724	1,104	68%	SI
42	E.P. Anexo de Mujeres de Chomillos	288	448	160	56%	SI
43	E.P. de Moquegua	178	276	98	55%	SI
44	E.P. de la Oroya	64	98	34	53%	SI
45	E.P. de Chota	65	95	30	46%	SI
46	E.P. de Cajamarca	1,080	1,493	413	38%	SI
47	E.P. de Jauja	85	112	27	32%	SI
48	E.P. de Mujeres de Trujillo	296	387	91	31%	SI
49	E.P. de Moyobamba	675	866	191	28%	SI

Fuente: INPE, febrero 2020

e) Población penal según rango de edad



Fuente: INPE, febrero 2020

f) Composición de la población penal por situación jurídica y género según Oficina Regional

OFICINAS REGIONALES	TOTAL GRAL	TOTAL		PROCESADO			SENTENCIADO		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
TOTAL GENERAL	100.00	94.60	5.40	37.69	35.40	2.29	62.31	59.20	3.11
NORTE - CHICLAYO	18.65	17.70	0.95	7.45	7.08	0.37	11.20	10.62	0.58
LIMA - LIMA	47.26	44.86	2.40	17.33	16.24	1.09	29.93	28.62	1.31
SUR - AREQUIPA	4.48	4.12	0.36	1.03	0.91	0.12	3.45	3.21	0.24
CENTRO - HUANCAYO	7.56	7.13	0.43	2.14	2.00	0.14	5.42	5.13	0.29
ORIENTE - HUANUCO	7.03	6.66	0.37	4.10	3.90	0.20	2.93	2.76	0.17
SUR ORIENTE - CUSCO	6.14	5.76	0.38	2.54	2.37	0.17	3.60	3.39	0.21
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	6.17	5.92	0.25	2.17	2.07	0.10	4.00	3.85	0.15
ALTIPLANO - PUÑO	2.71	2.45	0.26	0.93	0.83	0.10	1.78	1.62	0.16

Fuente: INPE, febrero 2020

g) Población penal por delitos específicos según situación jurídica

DELITO	TOTAL	PROCESADO	SENTENCIADO
Total General	96,870	36,515	60,355
ROBO AGRAVADO	24,680	8,688	15,992
VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD	9,588	2,947	6,641
TRAFICO ILICITO DE DROGAS	8,095	3,306	4,789
ROBO AGRAVADO GRADO TENTATIVA	5,248	1,888	3,360
PROMOCION O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS	4,931	2,214	2,717
VIOLACION SEXUAL	4,252	1,152	3,100
TRAFICO ILICITO DE DROGAS - FORMAS AGRAVADAS	3,312	979	2,333
TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	3,084	1,183	1,901
HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO	3,051	884	2,167
HURTO AGRAVADO	2,967	1,101	1,866
INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA	2,780	1,177	1,603
ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES DE 14 AÑOS	2,692	1,029	1,663

ACTOS CONTRA EL PUDOR	1,522	536	986
HOMICIDIO SIMPLE	1,449	413	1,036
MICROCOMERCIALIZACION O MICROPRODUCCION	1,314	431	883
HURTO AGRAVADO - GRADO TENTATIVA	1,258	382	876
EXTORSION	1,164	380	784
LESIONES GRAVES	778	305	473
SECUESTRO	747	216	531
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	724	718	6
OTROS DELITOS	13,234	6,586	6,648

Fuente: INPE, febrero 2020

h) Instalaciones sanitarias en los Establecimientos Penitenciarios a nivel nacional



Fuente: Información remitida por el INPE, 2019

i) Brecha de infraestructura de salud a nivel nacional



Fuente: Información remitida por el INPE, 2019

j) Brecha de infraestructura en seguridad



Fuente: Información remitida por el INPE, 2019

k) Casos de VIH/SIDA por Oficinas Regionales, a setiembre de 2019

OFICINAS REGIONALES	2019		
	PVVS	TARGA	Co Infección TB
TOTAL	828	753	35
Lima	565	519	26
Norte Chiclayo	83	77	07
Sur Arequipa	35	29	00
Centro Huancayo	31	30	00
Oriente Pucallpa	24	20	00
Nor Oriente San Martin	71	61	02
Sur Oriente Cusco	14	12	00
Altiplano Puno	05	05	00

Fuente: INPE, diciembre 2019

l) Número de casos de tuberculosis por Oficinas Regionales, a setiembre de 2019

OFICINAS REGIONALES	MORBILIDAD	%
TOTAL	2,228	100%
Lima	1,488	66.8%
Norte Chiclayo	561	25.2%
Sur Arequipa	47	2.1%
Sur Oriente Cusco	19	0.9%
Oriente Pucallpa	72	3.2%
Nor Oriente San Martin	30	1.3%
Centro Huancayo	11	0.5%
Altiplano Puno	00	0.0%

Fuente: INPE, diciembre 2019

II) Población penitenciaria en las áreas de trabajo y educación según Oficinas Regionales, a setiembre de 2019

Oficinas Regionales	Población Penitenciaria	Trabajo	Educación	Estudia y trabaja	(Porcentaje) Estudia y trabaja	Ni estudia y Ni trabaja	(Porcentaje) Ni estudia y Ni trabaja
Total	95,493	26,872	18,414	45,286	%	50,207	%
Norte	17,863	5,365	2,121	7,486	41.9%	10,377	58.1%
Lima	45,215	8,638	8,993	17,631	39.0%	27,584	61.0%
Sur	4,246	1,641	1,074	2,715	63.9%	1,531	36.1%
Centro	7,296	3,266	1,501	4,767	65.3%	2,529	34.7%
Oriente	6,607	1,394	1,231	2,625	39.7%	3,982	60.3%
Sur Oriente	5,849	3,049	1,241	4,290	73.3%	1,559	26.7%
Norte Oriente	5,848	1,907	1,700	3,607	61.7%	2,241	38.3%
Altiplano	2,569	1,612	553	2,165	84.3%	404	15.7%

Fuente: INPE, diciembre 2019

71. De la información anterior puede advertirse, en primer lugar, que las altas tasas de hacinamiento han llegado a niveles críticos: mientras que la capacidad de albergue en las 8 Oficinas Regionales asciende a 40137, la población penitenciaria, a febrero de 2020, llega a 96870; lo que significa un exceso de hasta el 141 % de población reclusa en los establecimientos penitenciarios, más aún si, para el INPE, la tasa de hacinamiento es de alrededor de un 20 %.
72. De dichas Oficinas Regionales, 6 de ellas tienen una tasa de sobrepoblación que supera el 100 %, siendo las más altas las Oficinas Regionales Huancayo, Arequipa, Norte-Chiclayo y Lima: Chanchamayo (553%), de Jaen (522%), del Callao (471%), de Camaná (453%), de Abancay (398%) y Miguel Castro Castro (375%).
73. De otra parte, si analiza la información del INPE hasta febrero de 2020, se advierte que 49 de los 68 establecimientos penitenciarios a nivel nacional tienen la condición de hacinados.
74. Asimismo, hasta febrero del 2020, de la población reclusa en establecimientos penitenciarios (96 870), 36 515 tienen la calidad de procesados, en tanto que la población que supera los 60 años asciende a 4899 (5,1 %).
75. Dicho hacinamiento evidentemente ha repercutido en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad y reclusas en establecimientos penitenciarios en el Perú, tanto más si se advierte que, junto al problema del hacinamiento crítico, existen también severas deficiencias en materia de infraestructura de los establecimientos penitenciarios, lo que incluye también la brecha y deficiente calidad de las instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros.

76. A ello debe añadirse que, de acuerdo al INPE:

Del año 2012 al 2019 (setiembre) las Personas Privadas de Libertad se ha incrementado en un 55.6% (34,103) privados de libertad, mientras que la capacidad de albergue relativa al mismo periodo de tiempo se incrementó solo en 38.3% (11,136 unidades de albergue), agudizando la situación de hacinamiento que se manifiesta como uno de los factores predominantes en la propagación de la Tuberculosis²³.

77. En efecto, de las 8 Oficinas Regionales, por lo menos 6 tienen una “mala” infraestructura de pabellones, según el INPE, que es igual o mayor al 50 %. A su vez, el 49 % de las instalaciones de desagüe en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional son, asimismo, calificados como de mala calidad por el INPE.

78. Además, el 67 % de la infraestructura en salud, así como el 45 % de la infraestructura en seguridad a nivel nacional son consideradas como de mala calidad por el INPE a setiembre de 2019.

79. Por su parte, a diciembre del año 2019, a nivel nacional, la cantidad de personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios y que son portadoras de VIH asciende a 828, en tanto que la cantidad de aquellos que tienen TBC asciende a 2228.

80. Por otro lado, de acuerdo al INPE, más del 50 % a nivel nacional de las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios no estudia ni trabaja. Así también, según la información alcanzada a este Tribunal, el INPE, a setiembre de 2019, solo contaba con dos médicos psiquiatras a nivel nacional para los correspondientes servicios médicos de los reclusos; además, el INPE indicó que, a dicha fecha, no tenía información sobre la población con discapacidad a nivel nacional, refiriendo que los espacios que estas personas usan son “iguales” a los de la población en general; y, también, que tampoco se contaba con información sobre la población LGTBI (ver página 61, 88 y 89 del documento remitido a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, obrante en el expediente de autos).

81. Así también, el INPE sostiene, en la información alcanzada a este Tribunal, que las gestantes, madres con niños y niñas menores de 3 años y personas con discapacidad participan de las actividades de tratamiento existentes en el INPE en medio de las condiciones limitantes de los establecimientos penitenciarios, como son el hacinamiento, la inadecuada infraestructura, escaso personal de tratamiento, entre otras (ver página 89 del documento remitido a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, obrante en el expediente de autos).

82. A ello debe añadirse que, de acuerdo con el INPE, a setiembre de 2019, la expectativa de la población penitenciaria al 2021 sería de 107 515, con una proyección

23 INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. *Tratamiento penitenciario. Informe Estadístico. Tercer trimestre 2019*, setiembre, p. 26.

de capacidad de 48 044 unidades de albergue, con una sobrepoblación de 119.22 % (ver página 135 del documento remitido a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, obrante en el expediente de autos).

Sobre la necesidad de declarar un estado de cosas inconstitucional respecto del hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional

83. En atención a todo lo previamente expuesto, este Tribunal considera necesario y plenamente justificado recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucional a fin de evitar mayores vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, más aún en contextos acuciantes como las emergencias sanitarias, como es el caso del COVID-19, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Supremo 008-2020-SA, entre otros supuestos objetivos de naturaleza semejante.
84. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha venido utilizando la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela a los derechos fundamentales cuando el caso evidencie efectos lesivos respecto de un grupo importante de personas o sector poblacional, esto con la finalidad de fijar una respuesta inmediata a dicha problemática a fin de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas con dicha situación, se involucren de manera efectiva con su solución (Sentencia 0889-2017-PA/TC, fundamento 48).
85. Así, en el Caso Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura (Sentencia 02579-2003-HD/TC), este Tribunal utilizó por primera vez la aludida técnica para brindar tutela de forma masiva el derecho de acceso a la información personal de todos los jueces que venía siendo vulnerado por el extinto Consejo Nacional de la Magistratura. En dicha ocasión, en el fundamento 9 de dicha sentencia, se estableció lo siguiente:

Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el ‘estado de cosas inconstitucionales’, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.

Se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera

o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

86. Como se mencionó *supra*, en el ámbito penitenciario, este Tribunal ha tenido oportunidad de declarar estados de cosas inconstitucionales: i) con relación a las personas que padecen enfermedades mentales, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación (Sentencia 03426-2008-PHC/TC); y ii) con respecto a la falta de diagnóstico y tratamiento de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país (Sentencia 04007-2015-PHC/TC).
87. A nivel regional, cabe destacar que, al igual que este Tribunal, la Corte Constitucional de Colombia ha recurrido en más de una oportunidad a la técnica del estado de cosas inconstitucional ante la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de la población privada de su libertad, como de ello dan cuenta la Sentencia T-153 de 1998, cuyas medidas fueron superadas en la Sentencia T-388 de 2013 y, posteriormente, la Sentencia T-762 de 2015.
88. Así también, en el año 2011, la Corte Suprema de Estados Unidos emitió el caso *Brown vs. Plata*, donde se resolvió un caso sobre graves violaciones a los derechos constitucionales en el sistema penitenciario de California, especialmente de lo dispuesto en la Octava Enmienda, a causa principalmente del grave hacinamiento carcelario, razón por la cual la Corte determinó la reducción de la población privada de su libertad para remediar tales vulneraciones a los derechos consagrados en la Constitución norteamericana.
89. Más allá de ello, en el caso peruano, otras causas en las que se ha utilizado dicha técnica en el ámbito de procesos constitucionales son, a modo enunciativo, de acuerdo a lo establecido en el fundamento 47 de la Sentencia 0089-2017-PA/TC, los siguientes:
 - Sentencia 02445-2003-AA/TC (Caso Azanca Alhelí Meza García contra el Estado-Ministerio de Salud), sobre la cobertura del tratamiento integral para pacientes con VIH/SIDA.
 - Sentencia 05561-2007-PA/TC (Caso ONP contra la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima), sobre la presentación temeraria de amparos contra resoluciones judiciales que en su oportunidad otorgaron tutela para el derecho a la pensión.
 - Sentencia 00017-2008-PI/TC, sobre el estado de cosas inconstitucional en el sistema educativo universitario.
 - Auto 01722-2011-AA/TC (Caso Sindicato de obreros municipales de la Municipalidad de Lima contra la Municipalidad Metropolitana de Lima), sobre el

incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Acevedo Jaramillo.

- Sentencia 04539-2012-PA/TC (Caso Sindicato de Trabajadores Tributarios y aduaneros contra la SUNAT), sobre la interpretación inconstitucional y omisión de pago de la sobretasa en días feriados nacionales.
- Sentencia 02744-2015-PA/TC (Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros contra la Superintendencia Nacional de Migraciones), sobre la omisión reglamentaria sobre las garantías formales y materiales a favor de migrantes.
- Sentencia 00853-2015-PA/TC (Caso Marleni Cieza Fernández y otra contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Uctubamba), sobre el derecho a la educación secundaria gratuita.
- La propia Sentencia 00889-2017-PA/TC (Caso María Antonia Díaz Cáceres contra la Municipalidad de Provincial Carhuaz) sobre el derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad y el derecho a que en las zonas donde predominen las lenguas originarias, estas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano; entre otros.

90. Ahora bien, en el presente caso, la problemática evidenciada en materia de hacinamiento penitenciario, se conjuga negativamente con las brechas existentes en infraestructura de los pabellones y en la calidad deficiente de los servicios sanitarios, de salud, seguridad, además de la falta de atención debida a las condiciones especiales de las personas con discapacidad, madres gestantes y madres con niños y niñas menores de 3 años, según se ha advertido de la información alcanzada por el INPE a este Colegiado y, en general, de la información pública disponible para la ciudadanía, a la que también ha accedido este Tribunal.
91. Todo ello se manifiesta en el menoscabo u obstaculización del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas reclusas, distintos a la libertad personal. Ello permite sostener que resulta necesario e indispensable, teniendo en cuenta nuestra normatividad constitucional y convencional, no postergar más la exigencia al Estado peruano que garantice un trato digno a las personas privadas de su libertad dentro de los establecimientos penitenciarios en nuestro país.
92. Dicho trato digno, al que estas personas tienen derecho, se materializará en el cumplimiento del conjunto de estándares, mencionados *supra* (principalmente, las Reglas Mandela, los “Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, entre otros complementarios que resulten pertinentes), tomando en cuenta la realidad del sistema penitenciario peruano, en un esfuerzo de adaptación razonable y progresiva que, bajo ninguna circunstancia, puede significar la renuncia al espíritu y propósito de dichos instrumentos jurídicos.
93. Este Tribunal no puede dejar de advertir que tales medidas, referidas a la forma y condiciones en las que vive una persona privada de su libertad al interior de un

establecimiento penitenciario en el Perú, contribuirán de manera relevante para afrontar y tratar de reparar, de aquí en adelante, la situación estructural de vulneración de derechos fundamentales por la que atraviesan los reclusos desde hace décadas en el Perú, caracterizada por una aparente “máxima seguridad externa”, acompañada, sin embargo, de “una máxima inseguridad interna”²⁴.

94. No obstante, este Tribunal también advierte que tales medidas no serán suficientes para combatir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios si es que no se ataca a la raíz del problema, esto es, el aumento indiscriminado de las penas, el uso excesivo de la prisión preventiva y, en suma, el populismo punitivo al que se recurre como pretendida solución a corto plazo de muchos de los problemas existentes en nuestra sociedad, los que solo podrán enfrentarse eficazmente con la realización, en la mayor medida posible, de los valores constitucionales de justicia e igualdad, a los que la ciudadanía aspira alcanzar y los que, en consecuencia, el Estado debe promover incansablemente.
95. A ello debe añadirse que, sobre la problemática del hacinamiento de establecimientos penitenciarios en situaciones de emergencia, recientemente, con fecha 31 de marzo de 2020, la CIDH ha realizado un llamado a los Estados para:

[...] enfrentar la *gravísima situación* de las personas privadas de la libertad en la región y a *adoptar medidas urgentes* para garantizar la salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. En particular, la Comisión insta a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia

En este sentido, la CIDH manifiesta su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región, que incluye *precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extremos*, destacándose que en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %. Este contexto puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman *grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, diabéticas, hipertensas, pacientes inmunosuprimidos, pacientes oncológicos, con enfermedades autoinmunes, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal crónica, entre otros*.

[...]

24 FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdicción y Ejecución Penal. La cárcel: una contradicción institucional”. *Revista Crítica Penal y Poder*, 2016, n.º 11, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, p. 7.

Al respecto, la CIDH encomienda a los Estados adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad para hacer valer la vigencia de las medidas restrictivas a la circulación, disponiendo sanciones administrativas, como multas y/o la conducción coercitiva a los domicilios particulares, con vistas a evitar el hacinamiento en las unidades de detención [...]²⁵.

96. Asimismo, entre las principales medidas de actuación en dicho contexto, la CIDH recomienda:

1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.
2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.
3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores.
4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia²⁶.

97. El hecho de realizar invocaciones coincide con esfuerzos que vienen realizándose en ese sentido por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, la Organización Mundial de la Salud (OMS)²⁷, el Comité Internacional de la Cruz Roja²⁸

25 Comunicado de la CIDH de fecha 31 de marzo de 2020. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>. Posteriormente, dicho organismo emitió la resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” (<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>), el cual recoge sustancialmente las recomendaciones.

26 *Ibíd.*

27 Ver el documento “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention” (2020).

28 Ver el documento “Recomendaciones para la prevención y control de la COVID-19 en lugares de detención” (2020).

pero también, en distintas latitudes, desde las organizaciones de la sociedad civil y los expertos en la materia²⁹.

98. Algunas de dichas medidas vienen implementándose a nivel internacional. La Corte Constitucional de Colombia, mediante auto emitido el 24 de marzo de 2020, ha solicitado a los Ministerios correspondientes “la información sobre los planes de contingencia adoptados para prevenir, detectar, contener y tratar la enfermedad COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país”³⁰. Asimismo, también ha ordenado medidas cautelares para la protección de las personas que se encuentran en centros de detención transitoria del país y ha dispuesto la elaboración y aplicación de protocolos en materia de salud en dicho sentido, con especial énfasis en las personas más vulnerables ante el COVID-19³¹.
99. En Argentina, al resolver los procesos de *habeas corpus* (causas 102.555 y 102558), el Tribunal de Casación, con fecha 8 de abril de 2020, ha dispuesto, durante el período de aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo de dicho país, el arresto domiciliario de personas detenidas por la comisión de delitos leves y que se encuentren en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes, sean mujeres embarazadas o madres con hijos menores que se encuentren en las unidades penitenciarias, identificados en los listados establecidos en los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad³².
100. Asimismo, en dicho caso, se dispuso la evaluación del arresto domiciliario o asegurar el aislamiento sanitario para el caso de los imputados o condenados por delitos graves, siempre que se encuentren en situación de riesgo. También se encomendó a los jueces competentes la evaluación de oficio de las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, cuando se hayan cumplido los plazos previstos de dicha detención y, en el caso de los jueces de ejecución, se dispuso que estos evalúen la necesidad de manera extraordinaria y por única vez la detención domiciliaria cuando los procesados y condenados se encuentren en un plazo de seis meses anterior a alcanzar la libertad asistida o condicional³³.
101. En el caso peruano, el Poder Ejecutivo ha expedido normas de rango legal e infra legal para intentar hacer frente a la problemática generada por el COVID-19 en los establecimientos penitenciarios. Se trata del Decreto Legislativo 1459, a través del cual,

29 Ver, por ejemplo, en el caso español las propuestas de Iñaki Rivera Beiras, director del Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona titulado: “Alternativas a la privación de la libertad durante la emergencia del COVID 19 al sistema penitenciario”. Traducción nuestra. Disponible en <http://www.ub.edu/ospdh/es/>

30 Ver sitio web: www.corteconstitucional.gov.co

31 Íd.

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Resolución de fecha 8 de abril de 2020 del Tribunal de Casación. Punto Resolutivo 4.

33 Ibíd., Puntos Resolutivos 5, 6 y 7.

la pena privativa de la libertad de las personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar puede convertirse automáticamente en una pena alternativa solo si se certifica el pago íntegro de la reparación civil y la deuda alimentaria acumulada hasta la solicitud de la conversión, sin que medie el desarrollo de una audiencia.

102. Sin embargo, como se advierte en el Informe Especial “Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria”, donde se recomiendan medidas para reducir el hacinamiento penitenciario frente a la emergencia sanitaria generada por el COVID-19³⁴, dicha medida, asumiendo que se realizan las coordinaciones necesarias y oportunas entre el Poder Judicial y el INPE, tendrá un alcance menor tomando en cuenta que la población penitenciaria a febrero de 2020 recluida por este delito, ascendía a 2280, pero no todos podrán acceder a lo dispuesto por la aludida norma, sino solo aquellos que cuenten con sentencia firme³⁵.
103. Asimismo, también se ha emitido el Decreto Supremo 004-2020-JUS, publicado el 23 de abril de 2020, donde se establecen los supuestos especiales para la recomendación de indultos humanitarios, indultos comunes y conmutación de penas de los internos e internas, esto es, de los *sentenciados*, en grave riesgo por el COVID-19.
104. No obstante, su alcance será también reducido en atención a las exigencias para su concesión en el caso del indulto común y de la conmutación de penas, sin contar con la discutible celeridad de los trámites dispuestos en los procedimientos establecidos para tal fin. Además, este Tribunal observa que se trata de medidas excepcionales y temporales, previstas únicamente durante la emergencia sanitaria por COVID-19, declarada a nivel nacional por Ministerio de Salud a través del Decreto Supremo 008-2020-SA y su prórroga, en caso de ser establecida por la autoridad competente.
105. Por su parte, desde el Poder Judicial, se ha emitido la Resolución Administrativa 000061-2020-P-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020, donde se ha establecido lo siguiente:
 - a. Habilitar competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país, para tramitar solicitudes de conversión automática de penas que presenten las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar [...].
 - b. Habilitar competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país, para tramitar solicitudes de beneficios penitenciarios (Semilibertad y Liberación Condicional); las cuales se resolverán mediante audiencias virtuales.

34 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe especial “Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria”. Serie de Informes Especiales N.º 08-2020-DP, 2020, p. 11.

35 Íd.

- c. Disponer que los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, de ser necesario, designen órganos jurisdiccionales adicionales para resolver las solicitudes de beneficios penitenciarios.
 - d. Exhortar a todos los jueces penales de los Distritos Judiciales del país incluidos quienes integran los órganos jurisdiccionales de emergencia, que *resuelvan de oficio y/o a pedido de la parte* legitimada la situación jurídica de los procesados y sentenciados privados de su libertad, que estén bajo su competencia, a fin de *evaluar modificaciones en su condición jurídica*; y
 - e. Los jueces penales de los Distritos Judiciales del país, incluidos los que integran los órganos jurisdiccionales de emergencia, están en la obligación de resolver *las solicitudes de variación del mandato de detención o de cese de prisión preventiva* según corresponda al modelo procesal que se aplique, que se presenten en los procesos judiciales a su cargo³⁶.
106. Así también, mediante la Resolución Administrativa 128-2020-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020, se ha habilitado a los jueces especializados de familia o mixtos competentes para conocer los casos de internamiento preventivo, variación de medida socioeducativa de internación y beneficio de semilibertad³⁷. Además, es de conocimiento de este Tribunal que los jueces penales vienen resolviendo solicitudes de sustitución de la medida de prisión preventiva por la detención domiciliaria³⁸.
107. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que existen razones suficientes para declarar un estado de cosas inconstitucional con respecto al hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional. Por consiguiente, este Tribunal estima que deben plantarse las siguientes medidas:
- a) Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe con carácter de urgencia, en un plazo no mayor a 3 meses, luego de publicada de la presente sentencia, el *grado de cumplimiento* así como *los resultados* de la declaratoria de emergencia del Sistema Penitenciario y del INPE, ya dispuesta por el Decreto Legislativo 1325 y ampliada por el Decreto Supremo 013-2018-JUS, a fin de ampliar, reforzar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado

36 CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL DEL PERÚ. Resolución Administrativa 000061-2020-P-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020.

37 CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL DEL PERÚ. Resolución Administrativa 128-2020-PJ, de fecha 26 de abril de 2020.

38 Tal es el caso de la Resolución 131 recaída en el Expediente 00029-2017-33-5002-JR-PE-03, donde se resuelve favorablemente el pedido del proceso en aplicación del principio de proporcionalidad. Disponible en: www.pj.gob.pe

de cosas inconstitucional, lo que será informado a este Tribunal para el correspondiente seguimiento y control.

- b) Las medidas, aludidas *supra*, deberán ser complementadas con todas aquellas disposiciones adicionales que resulten pertinentes para dicho fin dada las actuales graves circunstancias por las que atraviesa el sistema penitenciario en nuestro país, en el marco de un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que se exhorta a que sea elaborado en un plazo no mayor a 3 meses, luego de publicada de la presente sentencia y que incluya, entre otros aspectos, de manera prioritaria:
 - i. La identificación de los establecimientos penitenciarios a nivel nacional cuyas condiciones de hacinamiento y /o infraestructura constituyen efectivamente una grave amenaza para los derechos fundamentales de los reclusos así como las **medidas de priorización** a implementar con carácter de urgencia en el plazo correspondiente;
 - ii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para afrontar el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú y de **mecanismos para el control efectivo de su cumplimiento**;
 - iii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para superar las severas deficiencias en la infraestructura de los establecimientos penitenciarios, instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional; y,
 - iv. Exhortar a que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, evalúe en un plazo no mayor a 3 meses, la reestructuración integral del INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, así como garantizar los objetivos mencionados *supra*, tomando en consideración aspectos medulares como la profesionalización, capacitación, seguridad y mejoras remunerativas progresivas de su personal, así como también la lucha eficaz contra la corrupción al interior de la institución, a través de mecanismos efectivos de prevención, control y sanción que correspondan, para lo cual se deberá contar con la colaboración de las autoridades competentes.
- c) Asimismo, teniendo en consideración que esta es la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre hacinamiento carcelario en la que ha identificado una violación sistemática de derechos fundamentales de las personas reclusas en prisión en el Perú, es indispensable fijar un plazo razonable para que las autoridades públicas competentes, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *restablezcan* su capacidad operativa y empiecen a mostrar cambios relevantes en el sistema penitenciario nacional. Por ello, considerando que ya se van a cumplir 4 años de la declaratoria de emergencia del sistema penitenciario, en el que se han debido adoptar decisiones de cambios en dicho sistema (las que

se van a ampliar, reforzar, modificar o replantear sustancialmente como consecuencia de lo que aquí dispuesto), resulta razonable establecer el plazo de 5 años para efectivizar tales decisiones tendientes a superar progresivamente el estado de cosas inconstitucional aquí identificado.

- d) De no adoptarse las medidas suficientes que superen dicho estado de cosas inconstitucional, en el plazo de 5 años, estos deberán ser cerrados por la autoridad competente, hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553 %), de Jaen (522 %), del Callao (471 %), de Camaná (453 %), de Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375 %), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento.

La medida de cierre de un establecimiento penitenciario, que efectivizará la respectiva autoridad administrativa, tiene plena justificación cuando se trata de graves, permanentes, históricas y sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales de todo un colectivo de personas privadas de libertad. Ello no implica disponer la libertad de tales personas, sino medidas tales como el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras, según se trate del nivel de hacinamiento. Una muestra de dicha posibilidad se ha presentado recientemente a raíz de la emergencia sanitaria por COVID-19. Mediante Resolución 086-2020-INPE/P del 5 de abril de 2020, el INPE dispuso cierre temporal del establecimiento penitenciario del Callao, Oficina Regional Lima, a fin de prevenir la propagación del Covid-19, y se encargó al director de dicha oficina determine el establecimiento penitenciario en donde se internarán a aquellas personas privadas de libertad que sean clasificados en la citada dependencia penitenciaria, teniendo en consideración el perfil, régimen, etapa y niveles de seguridad.

Es claro que la medida de cierre de un establecimiento penitenciario es grave, pero también lo es actual situación que afrontan las personas privadas de libertad. Si las respectivas autoridades administrativas han omitido o han actuado deficientemente en la tarea de remover las situaciones de hacinamiento penitenciario, el Tribunal Constitucional, en tanto órgano de control de la Constitución, tiene el deber de adoptar medidas que tiendan al *restablecimiento* de la capacidad operativa de tales autoridades administrativas en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional ha asumido la decisión de controlar cada 6 meses, mediante audiencias públicas de supervisión, el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

Análisis del caso en concreto

108. En el caso de autos, se alega que las enfermedades que padece el actor se han agravado debido a una falta de atención o atención inoportuna por parte de la Administración del Establecimiento Penitenciario de Tacna, cuyo director es don Gregorio Bonifacio Tacuri Galindo, y el médico del área de salud encargado es don Luis Alberto Herrera Pimpincos.
109. Al respecto, en el Acta de Junta Médica Penitenciaria 20-2013, de fecha 13 de abril de 2013, luego de examinar al interno, se detalla el diagnóstico: “sintomático respiratorio examinado de TBC”; y en observaciones se precisa que previamente a su evaluación por el neumólogo, debe cumplir con los exámenes auxiliares (fojas 16).
110. En esa línea, se tiene que de acuerdo con los términos del Acta de consejo Técnico Penitenciario 03-2013, de fecha 3 de mayo de 2013, se autorizó la evaluación especializada que solicitó el interno previos exámenes auxiliares correspondientes, por lo que dichos exámenes sobre investigación bacteriológica en tuberculosis practicados al actor por el Ministerio de Salud se efectuaron el 14 y 15 de mayo de 2013 (folios 22 y 23), arrojando un resultado negativo, y que dada su condición clínica invariable en ese momento no se dio mérito a la evaluación especializada (neumología), salvo posterior complicación o persistencia del cuadro lo que no ha sucedido a la fecha (fojas 12).
111. Además, se aprecia del Informe Médico 072-2014-INPE/19-331-SS, de fecha 12 de setiembre de 2014, que el interno ha sido atendido en seis oportunidades en fechas 29 de marzo de 2012 (resfrío común), 13 de abril de 2013 (sintomático respiratorio reinfección TBC), 27 de mayo de 2013 (sintomático respiratorio examinado en evaluación, reinfección TBC), 2 de agosto de 2013 (bronquitis aguda), 15 de mayo de 2014 (amigdalitis aguda) y 23 de julio de 2014 (F.A.G.A.), habiéndole suministrado los medicamentos para su recuperación.
112. Por consiguiente, este Tribunal considera que el recurrente ha recibido la atención médica adecuada respecto de sus enfermedades, conforme a las condiciones que brinda el área de salud de la Administración Penitenciaria; la que determinó que el actor contaba con condición clínica estable invariable y que no había razón que amerite una evaluación especializada. Por consiguiente, este extremo de la demanda debe ser desestimado, dejando a salvo el derecho del recurrente de solicitar la atención médica que resulte necesaria.
113. Ahora, con relación al alegato de la demanda que refiere que el actor ha solicitado una específica atención médica por un especialista, se aprecia que de fojas 24 de autos obra la solicitud sobre “visita médica en un ambiente-dormitorio”, y que, al respecto, el citado director del establecimiento penitenciario ha señalado que, con fecha 12 de setiembre de 2014, ha recibido dicha solicitud pese a que el interno tiene conocimiento de que las atenciones médicas se realizan en el tópico del establecimiento penitenciario.

114. De la revisión de autos no consta que dicha solicitud de atención médica haya sido respondida por la Administración Penitenciaria y notificada al interno. En tal sentido, corresponde estimar este extremo de la demanda, pues la Administración Penitenciaria tiene la obligación de responder las solicitudes de los internos, realizar todos aquellos actos que sean necesarios para evaluar el contenido de lo solicitado y expresar el pronunciamiento correspondiente, el mismo que contendrá los motivos por los que se acuerda acceder o no a lo peticionado, lo que será notificado por escrito al interno. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario tienen también el derecho de petición previsto en el artículo 2, inciso 20, de la Constitución, el que se examina en el presente proceso de *habeas corpus* por encontrarse relacionado con el derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena.
115. De otro lado, en cuanto al cuestionamiento del actor referido a los informes desfavorables emitidos por la asistente social del citado establecimiento penitenciario, es pertinente advertir que aquellos, por sí mismos, no guardan una relación directa con el agravamiento de la reclusión del interno, pues es el consejo técnico penitenciario del establecimiento penitenciario el que a través del acta de consejo técnico aprueba la progresión, permanencia o regresión del interno en el régimen penitenciario. Además, las referidas actas de consejo técnico se sustentan en un informe integral de evaluación semestral del interno, que contiene varios aspectos de evaluación a efectos de la determinación del calificativo integral favorable o desfavorable, como son, entre otros, las actividades de trabajo y estudio y la evaluación psicológica.
116. En el caso de autos no se ha acreditado la existencia de informes desfavorables emitidos por el área social que hayan sido emitidos de manera arbitraria; por el contrario, a fojas 27 de autos obra la Constancia de Régimen de Vida del actor que refiere que este presenta una conducta reacia al tratamiento penitenciario y que no realiza las actividades de trabajo y estudio, ni asiste a los seguimientos psicológico, legal y social. Por consiguiente, este extremo de la demanda debe ser desestimado.
117. En lo que respecta al extremo de la demanda que cuestiona el supuesto hecho de que el interno pernocta en el suelo del establecimiento penitenciario, cabe señalar que dicha denuncia no ha sido constatada por el juez del *habeas corpus* al recibir su declaración indagatoria al interior del establecimiento penitenciario. No obstante, oficialmente el INPE, a febrero del 2020, indica en la información que brinda a la ciudadanía que dicho establecimiento penitenciario se encuentra hacinado con una tasa de sobrepoblación de 355%.
118. Tal es así que el director de dicho establecimiento penitenciario, en su momento, aseveró en la declaración rendida ante el juez del *habeas corpus* que estaba gestionando los trámites de remodelación y ampliación del penal y que se estaba cumpliendo con el abastecimiento de colchones para los internos, lo cual guarda relación con las instrumentales que obran de fojas 28 a 41 y, muy significativamente, con la orden de

compra de colchones que obra a fojas 25 de autos. Sin embargo, pese a tales esfuerzos, dicha situación, de acuerdo a lo expuesto en esa sentencia, no se condice con el deber de protección de las autoridades penitenciarias que se materializa en el conjunto de medidas necesarias e indispensables para preservar los derechos constitucionales de los reclusos en establecimientos penitenciarios, distintos de la libertad personal y que no han sido restringidos.

119. En este sentido, este Tribunal entiende que corresponde al director del establecimiento penitenciario antes mencionado constatar la condición en la que el demandante pernocta y dotarle de los objetos necesarios que la Administración Penitenciaria pueda brindarle, agotando todas las alternativas posibles con las que efectivamente cuente, en el ámbito de sus competencias.
120. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en este último extremo se ha acreditado la afectación del derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que C.C.B. cumple la pena que le fue impuesta.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda del interno C.C.B., por la vulneración de su derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena en el Establecimiento Penitenciario de Tacna y ordenar a su director adoptar las medidas necesarias para superar dicha afectación.
2. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda del interno C.C.B., por la vulneración de su derecho de petición y ordenar al director del Establecimiento Penitenciario de Tacna que dé respuesta por escrito e inmediata al pedido del interno. En tal sentido, la Administración Penitenciaria tiene la obligación de responder las solicitudes de los internos, realizar todos aquellos actos que sean necesarios para evaluar el contenido de lo solicitado y expresar el pronunciamiento correspondiente, el mismo que contendrá los motivos por los que se acuerda acceder o no a lo peticionado.
3. **DECLARAR** que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional.
4. Declarar que las alternativas de solución a los problemas de hacinamiento carcelario en el Perú exigen el trabajo conjunto y coordinado del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad en general.

5. Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses, desde la fecha de publicación de la presente sentencia, e incluir, de manera prioritaria, las medidas referidas en el fundamento 107.b de la presente sentencia.
6. Teniendo en cuenta que, actualmente, el Sistema Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) han sido declarados en emergencia, se debe exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses desde la fecha de publicación de la presente sentencia, ampliar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, así como evaluar la decisión de reestructurar integralmente el INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.
7. Declarar que si, en el plazo de 5 años, que vencerá en el año 2025, no se han adoptado las medidas suficientes para superar dicho estado de cosas inconstitucional, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que podría implicar el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras medidas, según se trate del nivel de hacinamiento, y hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553 %), de Jaen (522 %), del Callao (471 %), de Camaná (453 %), de Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375 %), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento.
8. Exhortar a que el Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas necesarias para asegurar los recursos económicos que permitan dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia.
9. Exhortar al Poder Judicial, en el marco de sus competencias, a identificar un adecuado nivel de equilibrio entre los principios y derechos que se encuentran involucrados al dictar las prisiones preventivas.

Las cárceles deben ser pobladas preferentemente por personas que hayan cometido delitos graves que impliquen peligro social. No resulta coherente que personas que han cometido otros delitos, que pueden cumplir penas alternativas a la privación de libertad, terminen siendo privados de su libertad de la misma forma que aquellas personas que han cometido delitos graves.

10. El control de lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Con absoluto respeto que espero así se entienda, debo empezar mi texto señalando que esta sentencia surge para cubrir un error. Y es que los jueces o juezas constitucionales siempre deben tener tener cuidado de buscar precisión en sus afirmaciones. Y cuando con la mejor intención se propone que hay que acabar con el hacinamiento de las cárceles en la época de una pandemia, aparecen varias preguntas y posibilidades de acción: si el tema era aplicable a procesados o no, si habría materias que no permitían el indulto o la conmutación, o la medida sugerida o no (pues al principio ni siquiera estaba claramente establecida la medida a plantear o no). Y por ende, varias posibilidades de actuación: no olvidemos por ejemplo cómo en este contexto, varios procesados por delitos de corrupción quisieron aprovechar la afirmación realizada, planteando demandas de Habeas Corpus por la afirmación que se hizo, por quienes en puridad no estaban autorizados a hacerlo. El hacinamiento es sin duda un gran problema, pero tomando en cuenta la labor de hoy de un(a) juez(a) constitucional merece promover una respuesta dialógica producto de un amplio intercambio de ideas, y no con una afirmación insuficientemente sustentada.
2. Y es que un(a) juez (a) constitucional no puede desenvolverse en el ámbito de la especulación (me parece que algunos abogados pueden hacer lobbies sobre ciertos magistrados, creo que algunos quieren presionarme a resolver en un sentido en un caso delicado). Tampoco puede manejarse aquí lamentablemente aún sin intención algo que puede entenderse como un doble discurso (por ejemplo, yo voy contra la corrupción pero no me preocupo en resolver los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, ni me dedico a determinar las razones y las responsabilidades de quienes con su negligencia los dejaron prescribir). La concretización de la Constitución. como bien dijo Hesse, que es la labor de jueces y juezas constitucionales, requiere respuestas completas, entendidas como aquellas donde se hayan contrastado todas las interpretaciones constitucionales posibles con la prudencia y la suficiencia conceptual.
3. Ahora bien, y luego del error cometido trata de salvarse la equivocación inicial, incurriendo en otro error. Sin tomar en cuenta todas las aristas de un problema harto complejo (ni sus posibles soluciones) y sin coordinar con los esfuerzos que vienen haciéndose al respecto desde otras reparticiones del Estado, incluso desde la sociedad civil, se emite una sentencia que declara un estado de cosas inconstitucional y se reserva la posibilidad de controlar ciertas políticas públicas al respecto. No se convoca a nadie. No se promueve el debate. Se resuelve sólo una sentencia que, por la manera abordada, exigía un tratamiento amplio y dialógico.
4. Sin duda es bueno que un Tribunal Constitucional declare un “estado de cosas inconstitucional” cuando lo asuma necesario. De otro lado, no se discute que una sentencia de

este Alto Tribunal se proponga controlar políticas públicas(en ese sentido SSTC 0014-2014-PI, y otros (acumulados), y SSTC 03228-2012-AA, entre otras), aunque hubiese sido adecuado que lo haga en base a los criterios que más recientemente se han ido consolidando al respecto, los cuales en muchos casos le ha permitido tener parámetros claros en el control de políticas públicas (en ese sentido, por ejemplo, STC 0033-2010-PI, fj 29; y 03228-2012-PA/TC, fj 39, entre otras), control no siempre aceptado con facilidad al inicio por quienes son controlados, pero que progresivamente ha ido constituyéndose así un interesante y útil “test” diferente o mínimo para el control de las políticas públicas.

5. De este modo, y siempre conforme a lo dicho por la jurisprudencia de este mismo Tribunal Constitucional, la judicatura constitucional es competente para evaluar cuando menos lo siguiente, al momento de hacer el control de constitucionalidad de las políticas públicas:

Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a al derecho fundamental que se alega afectado.

Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.

Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho invocado en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los déficits de consideración, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho invocado. Los déficits de respeto suficiente, a su vez, pueden ser *déficits de violación manifiesta*, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho fundamental alegado; *déficits de razonabilidad*, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y *déficits de protección básica o elemental*, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios del derecho en cuestión.

Déficits de confrontación de problemas estructurales: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en el derecho eventualmente afectado. Estos, entre otros, pueden ser *déficits de participación política*, si se ha adoptado una política pública referida al derecho sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; *déficits de transparencia*, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; *déficits de control*, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; *déficits de evaluación de impacto*, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho analizado.

6. Como también se ha señalado antes, este constituye un “test mínimo” o “formal”, en la medida que circunscribe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que quepa a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Es, asimismo, un test de “déficits”, en función a que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares planteados, mas no, en principio, busca determinar los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen. Finalmente, es un test “deferente” con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, pues es respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y, a la vez, no claudica en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los diferentes derechos involucrados.
7. Ahora bien, y con base a las pautas arriba indicadas, me parece claro que hubiera sido conveniente y posible establecer, con mayor precisión y legitimidad, ciertas prescripciones relacionadas con el “estado de cosas inconstitucional” que ha sido declarado en esta sentencia.
8. Así, hubiera sido necesario esclarecer si los órganos aludidos son los únicos responsables del estado de cosas declarado inconstitucional (para detectar, por ejemplo, otros *déficits de existencia*), conocer por qué en los hechos los planes previamente existentes no fueron finalmente concretados (*déficits de ejecución*) y si tales planes eran realmente suficientes para la tutela efectiva de derechos involucrados (*déficits de consideración y de respeto suficientes*). En especial, hubiera sido necesario conocer si hoy en día existen nuevos planes para enfrentar los problemas de hacinamiento y las pésimas condiciones carcelarias (como ha manifestado públicamente el Gobierno) y si las razones para el incumplimiento de los anteriores planes aún persisten. Asimismo, pudiera haberse incluido algunos indicadores relevantes que deben ser alcanzados antes del plazo de cinco años (que han sido establecidos “monológicamente” por el Tribunal), lo cual requería un conocimiento más preciso acerca de los actuales propósitos y planes por parte de los órganos encargados (para evitar *déficits de control y de evaluación de impacto*), entre otras consideraciones que, me parece, hubieran ayudado a precisar los alcances de lo resuelto y que, precisamente, surgen del “test mínimo para el control constitucional de las políticas públicas”. Desafortunadamente se cae en una sentencia con un sentido con cuya conclusión se quiere concluir, pero que, por correr por cubrir un error inicial, desaprovecha la posibilidad de posicionamiento que debió tener para construir respuesta, y se limita, y dicho con todo respeto, por ratos con insuficiente rigurosidad, a plantear el uso de controles con que cuenta el Tribunal, pero casi garantizando su real ineficacia en casos como éste.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Conuerdo con declarar la demanda **FUNDADA**, ya que, en este caso, se ha vulnerado el derecho a no ser recluido en condiciones carentes de razonabilidad y proporcionalidad; sin embargo, discrepo de los puntos resolutivos 3 al 10 de la sentencia, que van mucho más allá.

El artículo 1 del Código Procesal Constitucional señala que los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento:

tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, *reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional* [énfasis añadido].

El fin de estos procesos es, pues, restablecer el ejercicio de los derechos constitucionales, dejando sin efecto los actos específicos que los vulneran en un caso concreto. Lamentablemente, la sentencia desnaturaliza dicho fin, al pronunciarse sobre una situación estructural.

La sentencia da órdenes al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al Instituto Nacional Penitenciario, y al Ministerio de Economía y Finanzas, que no han participado en el proceso. Sin escucharlos, no debiera responsabilizarlos por el hacinamiento de los penales.

¿Qué hay de la legislación sobre prisión preventiva y su aplicación draconiana por los jueces, a pedido de los fiscales y los medios de comunicación? La jurisprudencia constitucional, ¿no tendrá también parte de responsabilidad en esta penosa y lamentable situación?

Es evidente que los penales están hacinados, pero no el porqué. Si el Tribunal Constitucional se equivoca en el diagnóstico del problema, generará frustración en la ciudadanía y, consecuentemente, la enajenará respecto del orden constitucional.

El Tribunal Constitucional debe reconocer los límites que tiene su comprensión de los problemas nacionales, y el rol que la Constitución y la ley le asignan; no dejarse ganar por la indignación y usurpar el rol de gobierno de los poderes elegidos.

En una democracia, solo el Congreso y el Poder Ejecutivo deben formular políticas públicas; a los jueces nos corresponde, únicamente, resolver los casos concretos que se someten a nuestra consideración. No estamos autorizados por la Constitución y la ley a hacer nada más.

Por ello, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda de autos, sin añadir declaraciones ajenas al caso.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 411/2020
EXP. N.º 03882-2016-PHC/TC Y
EXP. N.º 4038-2016-PHC/TC
CAJAMARCA
MÁXIMA ACUÑA ATALAYA Y OTRO

Con fecha 30 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** e **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez formularon sus fundamentos de voto y los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron sus votos singulares.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez, y el voto singular en conjunto de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Mirtha E. Vásquez Chuquilín, en favor de doña Máxima Acuña Atalaya y don Jaime Chaupe Lozano, contra la resolución de fojas 1005, de fecha 17 de mayo de 2016, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Allí se declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Expediente N.º 04038-2016-PHC/TC

Con fecha 5 de febrero de 2016, doña Máxima Acuña Atalaya interpone demanda de *habeas corpus* contra la Minera Yanacocha SRL (fojas 1 a 7). Señala que es propietaria y posesionaria del predio denominado Tragadero Grande ubicado en el distrito de Sorochuco, provincia de Celendín, región Cajamarca, según consta en los documentos de transferencia de dominio (fojas 9 y 10) y certificado de posesión (a fojas 11) que adjunta.

La recurrente solicita el cese de los actos de hostilización en contra de ella y de su familia. En este sentido alega que, a partir del mes de enero de 2016, y con un ánimo tendiente a efectuar seguimiento y vigilancia sobre las actividades que realiza, la parte demandada ha hecho sobrevolar en el predio que reside un vehículo aéreo no tripulado comúnmente denominado “dron” (videograbación a fojas 29) y ha colocado una cámara de vigilancia en el límite de su propiedad y el predio de dominio de la empresa (fotografías a fojas 30 y 31). En este respecto, el Acta de Visualización de CD (fojas 319 y 320) da cuenta de la evidencia del mencionado dispositivo sobrevolando la zona aledaña al domicilio de la demandante mas no se situó dentro de “los aires” de la casa ocupada por la demandante (sic). Asimismo, y en la diligencia de constatación realizada el 8 de abril de 2016, se comprobó la presencia de la cámara de video vigilancia localizada en el área aledaña al domicilio de la demandante (fojas 324 a 333).

Por otro lado, la demandante sostiene que la empresa minera ha colocado tranqueras con vigilancia que controlan el paso por la única vía que la demandante hace uso para poder desplazarse (carretera Sorochuco-Santa Rosa).

Con fecha 14 de marzo de 2016, Minera Yanacocha SRL contestó la demanda. Sostiene que en agosto de 2011 la demandante obtuvo precariamente la posesión de un terreno inscrito a nombre de la demandada, levantando la vivienda que actualmente existe allí (fotografías aéreas a fojas 189 a 196) y que es materia de varios procesos judiciales, entre ellos un proceso penal por el presunto delito de usurpación (recaído en el Expediente N° 00191-2014), un proceso civil de reivindicación (recaído en el Expediente N° 015-2015), y otro proceso civil de interdicto de retener.

Respecto al uso del dron, la empresa ha sostenido que el vuelo del referido aparato fue efectuado por la empresa vendedora de dicho dispositivo y que ello ocurrió en una sola oportunidad el día 19 de enero de 2016, día en el que, y mediante un vuelo de prueba de 10 minutos, analizó su adquisición (según señala a fojas 243). Sobre la colocación de la cámara, la parte demandada ha manifestado que su uso tiene por finalidad defender su propiedad, instalaciones, bienes y amenazas a su personal que labora en esa zona (fotografía de los daños de fojas 228 a 234), pues alega que la familia de la señora Máxima Acuña y terceros han ingresado sin autorización a sus predios generando daños a través de distintos actos atentatorios (según señala de fojas 243 a 272). Asimismo, agrega que las imágenes captadas por la cámara de vigilancia son “las mismas que cualquier transeúnte de la zona podría apreciar pasando por el lugar” (foja 277) y que, según consta en el Acta de Constatación (fojas 315 a 318) no se encuentra camuflada con ningún objeto.

Expediente N.º 03882-2016-PHC/TC

Con fecha 5 de junio de 2015, doña Máxima Acuña Atalaya interpone demanda de habeas corpus contra la Minera Yanacocha SRL (fojas 23 a 26). La demandante señala que se ha vulnerado su derecho al libre tránsito y, por lo tanto, su acceso al predio denominado Tragadero Grande, ubicado en el distrito de Sorochuco, provincia de Celendín, región Cajamarca, de la cual es posesionaria (certificado de posesión a fojas 3 y documento de transferencia de dominio de posesión a fojas 4 y 5).

En este sentido, solicita el cese de los actos de la empresa demandada en contra de ella y de su familia, señalando que Minera Yanacocha impide su acceso al domicilio donde residen y ha instalado cercos de metal alrededor de su propiedad que los ha encerrado físicamente. Además, sostiene que la empresa minera ha instalado tranqueras, cercos perimétricos de metal y puestos de vigilancia que controlan el paso por la única vía que la demandante hace uso para poder desplazarse (carretera Sorochuco-Santa Rosa). Asimismo, indica que las tranqueras han sido colocadas en la “continuación de la carretera que conduce de Santa Rosa a Sorochuco”, vía que es de uso público para desplazarse al distrito de Sorochuco (foja 1022).

La recurrente agrega que, desde hace varios años, la empresa Minera Yanacocha viene realizando actos de hostilización en contra de ella y su familia, intentando entrar violentamente a su propiedad e incluso iniciando un proceso penal por el presunto delito de usurpación en contra de la demandante y su familia (proceso del cual fue absuelta en segunda instancia, a fojas 21). Asimismo, agrega que, al colocar los cercos metálicos, la empresa minera ha cortado caminos ancestrales de la zona.

Con fecha 15 de junio de 2015, Minera Yanacocha contestó la demanda. Solicita se declare infundada la demanda de habeas corpus, sosteniendo para ello que los beneficiarios confunden como actos de supuesto impedimento del libre tránsito el ejercicio del derecho de posesión sobre la propiedad privada de la empresa (fojas 526 a 533). En este sentido, señala ser propietaria de dos predios: del predio rustico Cocañes y las Faldas Eriazas del Cerro El Perol inscrito en Partida Electrónica N° 02288187 (a fojas 58); y del predio ubicado entre los parajes Cerro Cocañes y El Perol inscrito en Partida Electrónica N° 02281452 (a fojas a fojas 57). Asimismo, alega que la parte demandante obtuvo precariamente la posesión de un terreno inscrito a nombre de la demandada, levantando la vivienda que actualmente existe allí y que es materia de varios procesos judiciales, entre ellos un proceso penal por el presunto delito de usurpación (recaído en el Expediente N° 00191-2014), un proceso civil de reivindicación (recaído en el Expediente N° 015-2015), y otro proceso civil de interdicto de retener.

En este respecto, la demandada niega que los demandantes hayan sido absueltos del proceso penal en su contra, por cuanto el proceso penal no ha concluido, al encontrarse en trámite el recurso de casación excepcional interpuesta contra la sentencia de segunda instancia o grado como se evidencia en la Ejecutoria del 20 de abril de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de Cajamarca (Queja N° 61-2015, a fojas 457).

Por otro lado, aclara que la carretera que conduce al distrito de Santa Rosa fue construida por y para el uso de Minera Yanacocha SRL para facilitar sus labores de exploración (foja 468). Asimismo, cita el Oficio N° 252-2013-MTC/14, emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Allí donde el Director General de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del ministerio recientemente mencionado acredita que ni la vía ni la garita de seguridad interfieren ni forman parte de rutas públicas (foja 475).

Respecto al uso de tranqueras, Minera Yanacocha SRL contestó la demanda sosteniendo que había colocado cercos metálicos para destinar áreas del predio de su propiedad ubicado entre los Parajes Cerros Cocañes y El Perol a la crianza de alpacas, iniciativa correspondiente a un proyecto piloto de crianza de animales como alternativa de ingreso de las poblaciones vecinas al proyecto Conga. En este sentido, y de acuerdo al mapa que adjuntan de la zona (foja 468), esto no puede implicar una restricción al derecho al libre tránsito, por cuanto los cercos se encuentran dentro de la propiedad privada de la empresa. Además, alegan que los cercos no cortan camino ancestral alguno, puesto que se evidencia que esa vía ha sido muy poco transitada (fojas 583 a 589) y no está reconocida como tal.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Los demandantes solicitan el cese de los actos de hostilización traducidos en actos de vigilancia y seguimiento de las actividades que realiza y la de su familia. Los actos de hostilización estarían referidos a:

- 1) la colocación de una cámara de video vigilancia a 300 metros de su vivienda.
- 2) el hecho de hacer sobrevolar un “DRONE” encima de su predio.
- 3) el uso de tranqueras en la vía a Sorochuco.

La recurrente alega la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la libertad de tránsito.

2. No obstante, ello, este Tribunal, de la revisión de los actuados, observa que este Colegiado considera que los derechos implicados son el derecho a la vida privada y la libertad de tránsito.

Procedencia de la demanda

3. Mediante demanda de habeas corpus es permisible tutelar la libertad procesal y los derechos conexos con ésta. La Constitución y el Código Procesal Constitucional han desarrollado diversos supuestos que deben protegerse a través de dicha vía.
4. En el presente caso se alega como vulnerado el derecho a la libertad de tránsito y a la vida privada. Al respecto, en relación con los derechos invocados, se tiene que en el artículo 25, inciso 6 del Código Procesal Constitucional se prevé la protección directa del derecho a la libertad de tránsito a través de este proceso, mientras que en el último párrafo del mencionado artículo 25 se prescribe la tutela de derechos conexos, que en este caso sería el supuesto en el que se encuentra derecho a la vida privada.
5. Además de lo indicado, el Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente, de manera expresa, que los casos de video vigilancia o seguimiento a través de cámaras de vídeo, constituyen formas de intervención menores de la libertad personal o la libertad de tránsito, las cuales pueden ser ventiladas a través de la vía del hábeas corpus restringido (STC 00673-2013-PHC y RTC 01348-2012-PHC).

Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la libertad de tránsito

6. En el caso de autos los demandantes alegan la restricción de su derecho al libre tránsito respecto a su domicilio, el predio denominado Tragadero Grande, el cual se encuentra ubicado en la zona denominada Chugurmayo, distrito de Sorochuco, provincia de Celendín, región Cajamarca. Asimismo, los beneficiarios alegan la restricción del derecho al libre tránsito a través de la “carretera” (sic) que conduce al distrito de Santa Rosa.

7. En este respecto, los demandantes alegan: 1) ser posesionarios y propietarios del mencionado predio, conforme a la copia del certificado de posesión y del documento privado de compraventa acompañados al escrito de la demanda; 2) la empresa minera Yanacocha S. R. L. ha colocado cercos de metal alrededor del citado predio, lo cual ha restringido el derecho al libre tránsito de los beneficiarios respecto de su domicilio ubicado en el citado predio; 3) la aludida empresa ha cerrado la salida con la que contaban los beneficiarios hacia el “camino ancestral que conduce a Sorochuco” (sic); y, 4) existe una carretera que conduce al distrito de Santa Rosa y que se ubica al costado del predio de los favorecidos; no obstante ello, la empresa ha restringido su libre tránsito al colocar tranqueras y vigilancia, pues tras arreglarla (acondicionarla) cree que dicha vía es de su propiedad.
8. Por su parte, la demandada señala que los favorecidos tienen la condición de invasores dentro de una propiedad privada que le pertenece. Asimismo, alega que los beneficiarios confunden como actos de supuesto impedimento del libre tránsito el ejercicio del derecho de posesión sobre la propiedad privada de la empresa.
9. Sobre el particular, cabe precisar que, si bien el habeas corpus tutela el derecho al libre tránsito, para que esta garantía sea eficaz debe constar de autos la existencia y validez legal de la alegada vía, lo cual no acontece en el presente caso. No obstante, de los actuados se aprecia que los hechos denunciados no se encuentran relacionados con la tutela del derecho a la libertad de tránsito respecto del domicilio de los favorecidos, sino con el derecho de posesión del mencionado predio.
10. En efecto, conforme se aprecia de las copias de los DNI de los beneficiarios su domicilio se encuentra en el caserío Amarcucho, distrito de Sorochuco (f. 1 y 2), lugar distinto al invocado mediante el presente *habeas corpus*. Por este motivo, cabe declarar la improcedencia de este extremo del recurso, máxime si de autos tampoco se acredita que exista imposibilidad absoluta de que los favorecidos puedan ingresar o salir del predio.
11. Ahora bien, respecto a la alegada restricción del derecho al libre tránsito a través de la carretera que conduce al distrito de Santa Rosa y la supuesta restricción del tránsito a través del camino ancestral que conduce a Sorochuco, se advierte de autos que no se encuentra acreditada la existencia y validez legal de dichas vías (sea como vías públicas o privadas de uso público o común). Por consiguiente, no corresponde continuar con el análisis constitucional respecto a la pertinencia de reponer el derecho al libre tránsito en cuanto a este extremo del recurso.
12. Al no determinarse la vulneración o amenaza de vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de tránsito, la pretensión de la demandante analizada *supra* no puede ser protegida a través del proceso constitucional invocado. Ello, en atención a lo dispuesto por el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, el cual prescribe la improcedencia de la demanda cuando los hechos y el petitorio que contiene “no están referidos en forma directa al contenido

constitucionalmente protegido del derecho invocado”. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada en este extremo.

Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida privada

13. Si bien el derecho a la vida privada no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución de 1993, la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha suplido tal deficiencia. Asimismo, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.
14. De acuerdo a lo establecido por este Tribunal, el derecho a la vida privada es un derecho de carácter genérico (STC 06712-2005-PHC), y ha sido entendido en base al *right to be alone* (derecho a estar en soledad) propio del *common law*. En este sentido, se trata de un derecho propio del “ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad”; de esta manera, está constituido “por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño” (STC 06712-2006-PHC).
15. Ahora bien, el carácter disponible del derecho a la vida privada implica entender que este derecho otorga a toda persona la potestad de decidir y, en efecto, disponer “en qué medida pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones”¹. Asimismo, este derecho posee tres ámbitos de protección: el primero, referido a la reserva de conocimiento por parte del sujeto mismo o de un grupo reducido, motivo por el cual se prohíbe el registro arbitrario; el segundo, vinculado al libre desenvolvimiento dentro de la esfera de la vida privada; y el último, referido a la protección durante la obtención, almacenamiento y utilización de la información personal.
16. Por otro lado, la Corte IDH ha señalado en el caso *Fontvecchia y D’amico v. Argentina*:

el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.

1 NIEVES SALDAÑA, María. *El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación Diacrónica a los intereses constitucionales en juego*. UNED, Teoría y realidad constitucional, 28, 2011, p. 280.

17. Asimismo, respecto a la acepción de este derecho dirigida a respetar la libertad personal, se ha identificado distintos niveles de protección del derecho a la vida privada: “en primer lugar, el derecho al control automático sobre la inteligencia y la personalidad; en segundo término, la libertad de elección sobre las cuestiones básicas de la propia vida, como el matrimonio, la procreación y la educación de los hijos; y el tercer nivel, representado por la libre elección de los medios para cuidar la persona y la salud”².

A. El uso de las nuevas tecnologías

A.1. Cámaras de video vigilancia y su incidencia respecto al caso concreto

18. Conforme al Acta de Constatación (f. 315-318) de fecha 8 de abril de 2016, la cámara de video vigilancia de la empresa se encontraba ubicada aproximadamente a 300 metros de la vivienda de la demandante, localizada en una loma alta que facilitaba la visualización del domicilio. Frente a estas imputaciones, la empresa minera ha sostenido que el uso de la cámara no vulnera o amenaza con vulnerar el derecho a la vida privada de la demandante, en cuanto no registra el interior de su vivienda.
19. Al respecto, es necesario precisar –y sin perjuicio de lo que dirá más adelante respecto del uso de dispositivos “drones”– que el uso de terminales de videograbación, orientados al registro de espacios públicos o privados no son *per se* inconstitucionales, sino que pueden serlo en la medida que impliquen una vulneración irrazonable o desproporcionada de algunos derechos fundamentales. En efecto, puede afirmarse entonces que, en muchas ocasiones, el uso de dispositivos de videograbación se encuentra legitimado, en primer lugar, en manos de las autoridades estatales con la finalidad proteger la seguridad pública, por ejemplo, y por ende pueden utilizados como herramientas efectivas y eficaces para la lucha contra la delincuencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del uso de cámaras de seguridad ubicadas en diversas calles o entidades públicas, que son monitoreadas por las autoridades pertinentes, entre varias otras posibilidades.
20. Asimismo, su uso en el ámbito particular puede tener cobertura constitucional cuando se trata de la protección de bienes privados, como es el caso de la protección de la propiedad y la seguridad privadas, por ejemplo. Este sería el caso de la instalación de cámaras de seguridad en domicilios o también en establecimientos privados comerciales.
21. Ahora bien, esta posibilidad de registrar imágenes a través de dispositivos de videograbación solo se justifica si no involucra una injerencia irrazonable o desproporcionada en la vida privada o en la libertad personal de la ciudadanía. De este modo, la existencia de este tipo de dispositivos en ningún caso permitiría, por mencionar algunas posibilidades, con beneficio de inventario, emplear formas de seguimiento o vigilancia que solo corresponderían ser autorizadas judicialmente; tampoco legitimaría el eventual

2 Ibidem. p. 294.

acoso o asechanza a determinadas personas, por medio de cámaras situadas en lugares públicos; ni permitiría formas vedadas de intromisión en los quehaceres personales o en la vida privada y familiar, por ejemplo, a través del registro indebido o innecesario de imágenes en espacios privados.

22. El necesario equilibrio entre estos bienes ha sido puesto de manifiesto por este órgano colegiado, por ejemplo, en la STC 03595-2013-PHC. En dicha ocasión se resolvió lo siguiente:

En el presente caso, del acta de verificación (fojas 132) se acredita la existencia de una cámara colocada sobre el umbral de la puerta de la notaría que enfocaría la puerta de ingreso al edificio y al garaje; además, se advierte que esta cámara tendría como utilidad la seguridad para la notaría que conduce la demandada y serviría para el resguardo del acervo documentario que obra en dicho lugar; de otro lado, no se ha demostrado que la cámara en mención haya servido o sirva para vigilar a la recurrente y a su familia ni otras personas en su diario transitar por el área en mención, tampoco se ha probado que dicha cámara registre las conversaciones y actividades que realizan, toda vez que tiene un alcance limitado para captar imágenes. Por otra parte, de dicha diligencia también se prueba que la cámara no permite el registro de toda la zona de ingreso común; tampoco la puerta principal de ingreso y salida de sus ocupantes ni la puerta metálica interna ubicada al final de dicha entrada común, lo cual ha sido corroborado con el informe presentado por la empresa INFOCOORP EIRLtda. (fojas 104) además la cámara tiene un ángulo de visión limitado exclusivamente al marco de ingreso al edificio, que enfoca en toda su amplitud solo el acceso de la puerta hacia la notaría; no ofrece una vista panorámica, por lo que no alcanza el área externa al área de la notaría, y tiene un audio nulo porque carece de micrófono; tampoco permite grabar imágenes ni sonido dado que no tiene sistema de almacenamiento y solo registra imágenes en tiempo real; de lo que se concluye que serviría para vigilar el ingreso de las personas que ingresan a la notaría. Por lo expuesto, no se acredita que la cámara en cuestión resulte lesiva de los derechos invocados (...).

23. Señalado ello, en el presente caso se constata que, si bien no se ha invadido de manera física el espacio privado de la demandante, la constante presencia del dispositivo de vigilancia puede devenir en una forma intolerable de vigilancia o seguimiento. En este sentido, la continuidad del uso de la cámara de video vigilancia permitiría revelar detalles privados de la vida personal o familiar que, como en el caso de autos, no necesariamente se desarrollen al interior de la casa y, a la vez, puede significar una forma indebida de constreñimiento a la libertad personal.
24. Por consiguiente, se verifica que el uso de la cámara de video vigilancia por parte de la empresa incide lesiva e injustificadamente en la vida privada y familiar de la demandante, vulnerando de esta manera sus derechos. Por lo tanto, la demanda debe declararse fundada en este extremo.

A.2. Dispositivos dron y su incidencia respecto al caso concreto

25. Los dispositivos dron son parte de una de las categorías de aeronaves no tripuladas; en específico, la denominación *drone* (“zángano”, en inglés) es un término proveniente del ámbito militar para referirse a las aeronaves pilotadas a distancia (también conocidas como RAD por sus iniciales del inglés *Remotely Piloted Aircraft*). En este sentido, de acuerdo a la Norma Técnica Complementaria “Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia” las RAD se caracterizan por ser aeronaves piloteadas “por un ‘piloto remoto’, emplazado en una ‘estación de piloto remoto’ ubicada fuera de la aeronave (es decir en tierra, en barco, en otra aeronave, en el espacio) quien monitorea la aeronave en todo momento y tiene responsabilidad directa de la conducción segura de la aeronave durante todo su vuelo”. En este sentido, “una RPA puede poseer varios tipos de tecnología de piloto automático, pero, en todo momento, el piloto remoto puede intervenir en la gestión del vuelo”.
26. Si bien la producción y uso de los drones no es reciente, debido a la masificación de su producción y la accesibilidad de su presencia en el mercado durante los últimos años se han producido diversas situaciones entre privados en las cuales el uso de estos dispositivos tiene incidencia en la vida privada y la intimidad de las personas.
27. En este sentido, el uso civil de los drones ha generado importantes cuestionamientos, debido a que la incidencia en la esfera privada de las personas tiende a ser particularmente grave debido a la posibilidad que estos equipos incorporen y hagan uso de micrófonos, cámaras fotográficas, equipos de grabación de video de alta resolución, equipos de grabación de imágenes térmicas y la capacidad de interceptar comunicaciones inalámbricas.
28. Por otro lado, y a pesar de ser tecnología relativamente nueva, se han establecido determinadas restricciones al uso de estos dispositivos en los países donde este tipo de dispositivos vienen siendo continuamente usados por las Fuerzas Armadas. De esta forma, diversas agencias públicas de los Estados Unidos han pedido una exención de su uso por parte de Aduanas y Protección Fronteriza (destaca el caso del Estado de Oklahoma, que pidió a las Fuerzas Armadas una exención general de ochenta millas de espacio aéreo)³.
29. En este respecto, la principal referencia para regular el uso de los dispositivos RPA es el derecho a la vida privada. De esta manera, en el tratamiento de estas situaciones siempre se debe tener una posición favorable al derecho a la vida privada. Así, esta tendencia tecnológica se constituye en un nuevo reto para nuestros legisladores que probablemente requerirá de la activa participación y debate de la población civil.

3 M. Ryan Calo, *The Drone as a Privacy Catalyst*, 64 Stanford Law Review Online 29 (2011-2012).

30. En nuestro país, la reciente Ley N° 30740 “Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS)”, ha establecido en su artículo 1 que su objeto es “garantizar la seguridad operacional de todos los demás usuarios del espacio aéreo, así como la seguridad de las personas y bienes en la superficie terrestre y acuática”. De esta manera, y para hacer efectivo su objeto, el dispositivo legal ha establecido una serie de medidas, entre las que destaca el otorgamiento de licencias, el establecimiento de un registro, y el planteamiento de causales de responsabilidad. Entre estas últimas destaca la violación a la privacidad de los ciudadanos.
31. Por otro lado, a partir de la lectura y sistematización de doctrina internacional, normativa comparada y las normas vigentes en nuestro país⁴, este Tribunal ha reunido siete criterios que, sin perjuicio de que puedan ser reexaminados y ahondados por las entidades pertinentes, podrían usarse como un punto de partida para establecer estándares de privacidad en materia del uso de aeronaves pilotadas a distancia:
 1. En primer lugar, la manipulación de aeronaves pilotadas a distancia en zonas urbanas tiene altas probabilidades de vulnerar o amenazar la tranquilidad y seguridad personal de los ciudadanos. Por este motivo, el uso de los dispositivos dron es susceptible de ser regulado y limitado. No obstante, resulta razonable que las limitaciones que se establezcan a su uso encuentren excepciones en los casos en los que sean realizadas por entidades públicas en actividades gubernamentales de seguridad ciudadana o de interés público. Sin perjuicio de esto, la operación gubernamental debería reconsiderarse en caso su ejecución entrañara una violación grave o irreparable a la privacidad de las personas.
 2. Sin necesidad de ingresar a un espacio privado de manera física, a través de un dron se pueden captar detalles íntimos de la vida personal o familiar. En ese

4 **Disposiciones legales nacionales:** Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (Perú), Disposición Resolución Directoral N° 501-2015-MTC/12 Norma Técnica Complementaria “Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia” (Perú), Ordenanza N° 405-MSI de la Municipalidad de San Isidro (Perú), Ordenanza Municipal N° 013-2018-MDM (Perú).

Disposiciones legales internacionales: Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago), 20/2015 (Argentina), Real Decreto 1036/2017 (España), DAN 151 - Operaciones de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) en asuntos de interés público que se efectúen sobre áreas pobladas (Chile), Reglamento Provisional de los Vehículos Aéreos no Tripulados 527/2015 (Argentina), FAA Modernization and Reform Act of 2012 Public Law 112-95 (Estados Unidos de América), FAA Extension, Safety, and Security Act of 2016 Public Law 114-190 (Estados Unidos de América), Parts 107 and 101 of the Federal Aviation Regulations (Estados Unidos de América), Personal Data (Privacy) Ordinance (China).

Otros dispositivos internacionales de carácter regulatorio: Circular Reglamentaria Número 002 de 2015 (Colombia), Circular obligatoria que establece los requerimientos para operar un sistema de aeronave piloteada a distancia (RPAS) en el espacio aéreo mexicano CO AV-23/10 R4 (México), Privacy Commissioner for Personal Data's media statement on March 31, 2015 (China).

Doctrina relevante: Ramírez López, Santiago. “Del campo de batalla a las calles: el derecho a la intimidad en la era de los drones”. *Revista Derecho del Estado* (2015), N° 31, págs. 181-199.

sentido, para sobrevolar un dron se deberían tomar todas las precauciones necesarias para evitar vulnerar o amenazar, por ejemplo, el derecho a la intimidad de cualquier persona.

3. Con el fin de evitar irrupciones en la vida privada y familiar de las personas, el operador de dispositivos dron debería evitar acceder a lugares que impliquen un riesgo para la intimidad de las personas, como ventanas, jardines, terrazas o cualquier otro espacio de una propiedad privada cuyo acceso no le fuere previamente autorizado.
4. Para que la intrusión de los drones en la privacidad se justifique, ésta debería ser razonable y proporcional al beneficio que pretende obtener. En este sentido, no se debería permitir una intromisión desproporcionada en la privacidad del titular del dato.
5. Excepto en situaciones de interés público y de carácter humanitario, como por ejemplo en situaciones de emergencia o siniestros, los operadores de aeronaves piloteadas a distancia deberían tener prohibido sobrevolar predios privados o del Estado sin autorización previa del morador o de la autoridad pertinente.
6. La recolección de datos personales mediante el uso de drones sería lícita en los casos en los que se realice dentro de un predio de uso propio (por ejemplo: en una propiedad privada, alquilada, o adquirida mediante concesión pública, etc.), o cuando se actúe dentro de su perímetro, sin invadir el espacio de uso público o de terceros.
7. A pesar de estar en espacios públicos y debido a los posibles riesgos a la integridad personal, debería prohibirse el sobrevuelo de drones sobre aglomeraciones de personas. Asimismo, las personas mantendrían su derecho a la privacidad y a su imagen a pesar de encontrarse en espacios públicos.
32. En el caso de autos, se alude al derecho a la vida privada en la medida en que la parte demandante alega actos de hostilización por parte de la empresa demandada, consistentes en hacer volar un dron por su propiedad con ánimo tendiente de seguimiento y vigilancia sobre las actividades que realiza.
33. En efecto, y para establecer la efectiva vulneración de este derecho se debe determinar si el espacio ocupado por la parte demandante, en el que se evidencia la construcción de una vivienda, constituye un espacio en el que se puedan apreciar aspectos de la vida privada de la demandante y de su entorno familiar. En ese sentido, resulta pertinente evaluar si la parte exterior y próxima de la vivienda constituye una zona de privacidad.
34. Ahora bien, se han identificado dos condiciones para determinar si estamos frente a una zona de privacidad: la expectativa subjetiva y la expectativa objetiva. Respecto de la primera, la persona exhibe una expectativa subjetiva de privacidad al mostrar interés en mantener un espacio privado; por otro lado, la expectativa objetiva

debe ser aceptada como razonable por la sociedad. Asimismo, en este punto resulta pertinente incorporar la “doctrina del campo abierto”, la cual plantea situaciones de relativa dificultad para determinar la expectativa de privacidad en casos en que las circunstancias o hechos alegados se desarrollaron en espacios abiertos y visibles al público.

35. Por otro lado, de los actuados y, en particular, de la visualización del material audiovisual anexado como medio probatorio, se desprende que el dispositivo dron sobrevoló durante un lapso de diez minutos por encima de una zona muy próxima a la vivienda de la demandante. En este respecto, si bien de los actuados se evidencia que sobrevuelo del dron se encuentra acreditado durante esa única vez, al tratarse de un espacio abierto, existe la posibilidad de que este aparato pueda volver a sobrevolar por el área circundante al domicilio de la demandante en un momento posterior.
36. No obstante, ello, y considerando que el uso de estos dispositivos electrónicos encuentra su límite en el derecho a la vida privada de las demás personas, resulta pertinente para este Tribunal pronunciarse sobre el hecho alegado.
37. En este sentido, de la revisión de los medios probatorios incluidos en el expediente, se advierte que la prueba de vuelo de fecha 19 de enero de 2016 realizada por la parte demandada evidencia elementos de hostilización a la libertad individual de la demandante. Lo anterior, por cuanto, al tratarse de un vuelo experimental como alega la demandada, la empresa pudo sobrevolar el dispositivo dron en cualquier espacio de la extensa área de los predios de su propiedad y evitar aproximarse al espacio aéreo circundante a la vivienda de la demandante.
38. En efecto, de los actuados se ha verificado la vulneración del derecho a la vida privada, en su acepción dirigida a respetar la libertad personal. Por consiguiente, este extremo de la demanda debe declararse fundado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la vida privada mediante el uso de la cámara de video vigilancia y el dispositivo dron. En consecuencia, reponer las cosas al estado anterior a la violación del referido derecho.
2. Ordenar a la empresa minera Yanacocha S.R.L. cese con los actos lesivos a la vida privada de los demandantes, desinstalando los equipos audiovisuales y evitando el uso de dispositivos en las proximidades de la vivienda de la demandante.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda el extremo referido a la alegada vulneración del derecho a la libertad de tránsito.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia, considero necesario expresar algunas consideraciones adicionales:

1. El caso venido a este Tribunal a través del recurso de agravio constitucional plantea un asunto de suma relevancia, puesto que ejemplifica los conflictos que se dan entre las empresas mineras y los pobladores de las zonas aledañas que, como se sabe, devienen en conflictos sociales que cobran vidas humanas, paralizan las inversiones y acrecientan la percepción (o certeza) de que el Estado está siempre ausente.
2. El caso que resolvemos en la presente sentencia tiene, por tanto, relevancia social, política y económica. Es por ello que, como lo sostuve en su momento en el Pleno, debería ser resuelto con la máxima deliberación posible, de modo tal que, los reparos que cada uno de los magistrados haya formulado al proyecto, en lugar de ir en sendos votos particulares, puedan ser discutidos y acogidos por una sentencia de consenso. Varias de las sugerencias que propuse fueron admitidas en esta nueva versión de la ponencia, no obstante, considero todavía que hay algunos aspectos que merecen mayor atención, como paso a detallar.
3. El proyecto concluye que a través de las cámaras y el DRON se viola la vida privada de los recurrentes, ello no resulta coherente con el extremo en el que para desestimar lo relativo a la presunta imposibilidad de ingresar o salir de su vivienda, se dice que no se trata de su domicilio. Además, en el fallo de la sentencia se refiere al inmueble ubicado en el predio de los recurrentes como su “vivienda”. En este sentido, este aspecto de la sentencia bien pudo haber sido replanteado. Al respecto, considero que dicho extremo debe ser desestimado, pero no por no ser vivienda, sino por cuanto no se acreditó que no puede ingresar al predio, como se ha podido constatar de las diligencias realizadas por el juez que conoció de este proceso en primer grado.

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la decisión de declarar fundada la demanda discrepo y me aparto de la referencia a la libertad personal contenida en los fundamentos 5, 17, 21, 23 y 38, en los que se equipara libertad individual a libertad personal, como si fueran lo mismo, desconociéndose que, de acuerdo al artículo 200 inciso 1 de la Constitución, es la libertad individual la protegida por el *habeas corpus*, la cual comprende un conjunto de derechos, pues, la libertad individual es un derecho continente que engloba una serie de derechos de primer orden entre los que se encuentra la libertad personal o física, pero no únicamente esta; derechos que, enunciativamente, están reconocidos en los diversos incisos del artículo 25 del Código Procesal Constitucional.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto debido a que, si bien me encuentro de acuerdo con la decisión adoptada, considero necesario recalcar que lo que aquí se ha resuelto se circunscribe, tal y como se advierte de la sentencia, a la violación del derecho a la vida privada. En ese sentido, aspectos tales como la propiedad privada o posesión -asuntos que se encuentran siendo ventilados en sede ordinaria- no se ven afectados por la sentencia de este Tribunal.

S.

RAMOS NÚÑEZ

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS
FERRERO COSTA Y SARDÓN DE TABOADA**

Emitimos el presente voto porque, a nuestro criterio, la demanda de *habeas corpus* debe declararse **IMPROCEDENTE** en todos sus extremos. Ella no puede resolverse sin que se esclarezcan primero los derechos reales existentes sobre las tierras en que ocurrieron los hechos.

Ciertamente, uno *no puede* poner una cámara de seguridad en el límite de su propiedad enfocando la propiedad de su vecino. Sin embargo, *sí puede* ponerla en el límite de su propiedad que da hacia una vía pública.

En este caso, las cámaras de seguridad fueron instaladas dentro de la propiedad de Minera Yanacocha SRL enfocando las tierras poseídas por la demandante. Sin embargo, no queda claro si la demandante las ocupaba legal o ilegalmente.

Aparentemente, ella tomó posesión de estas tierras el 8 de agosto de 2011. La demandante alcanza un certificado de posesión de 1994, que le otorgó la Comunidad Indígena de Sorochuco. Sin embargo, su posesión no habría sido continua desde entonces.

De hecho, entre 1996 y 1997, esta comunidad vendió estas mismas tierras a Minera Conga SRL, que a su vez las transfirió a la demandada Minera Yanacocha SRL. Esta tiene, además, la concesión para desarrollar actividad minera allí.

En todo caso, en sus declaraciones al Ministerio Público, la demandante señaló que su domicilio queda a seis o siete horas a pie de estas tierras. Siendo esto así, no puede aceptarse que se haya vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Evidentemente, este derecho resguarda la privacidad de las actividades que una persona desarrolla en el lugar de su residencia habitual, no las que realiza en otros lugares en los que eventualmente puede estar.

El derecho a la intimidad personal y familiar puede ser vulnerado también fuera del domicilio, pero ello requiere ser acreditado. La demandante no detalla cómo, en un lugar que no solo no era su domicilio sino cuya posesión se encuentra en discusión, se produjo tal vulneración.

La demandante no debe instrumentalizar la protección del *habeas corpus* para fortalecer la posesión de determinadas tierras frente a la propiedad que ostenta la demandada. El Tribunal Constitucional no debiera consentirlo.

S.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 01795-2015-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C, REPRESENTADO POR
MELCHORA CASTAÑEDA TUESTA DE FLORES (MADRE)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, y con el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores contra la resolución de fojas 195, de fecha 7 de julio de 2014, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de noviembre de 2013, doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don M.H.F.C, y la dirige contra don César Eduardo Bravo de Rueda Accineli, en su condición de director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú. La recurrente manifiesta que el favorecido sufre de esquizofrenia paranoide y de tuberculosis, y solicita que, en su condición de suboficial de tercera en retiro de la Policía Nacional del Perú, se ordene su traslado al citado nosocomio para que se le proporcione tratamiento médico. Se alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en que se cumple la pena.

Sostiene la recurrente que el favorecido, debido a que prestó servicios como policía en la zona de emergencia ubicada en la Región Ayacucho durante los años del terrorismo, sufrió una alteración mental y cometió homicidio contra su pareja, por lo que fue condenado a pesar de sufrir una enfermedad mental y fue internado en el establecimiento penitenciario de Lurigancho. Sin embargo, se ha ordenado su traslado al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú para su tratamiento por haber sido diagnosticado con esquizofrenia paranoide conforme al oficio 0005-01-12-DIRSEPEN-PNP-EP-LURIGANCHO/Sec, de fecha 2 de enero de 2012, y al informe médico del Hospital Víctor Larco Herrera de fecha 21 de marzo de 2013. Además, indica que en la Resolución de Presidencia

11342-2013-SEJ/REG-CONADIS, emitida por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) de fecha 20 de setiembre de 2013, fue declarado discapacitado, por lo que, de no recibir un tratamiento adecuado, peligran su vida y su integridad personal (salud mental y física).

Agrega la actora que también se le diagnosticó al favorecido tuberculosis, por lo que fue aislado junto a otros internos que padecen de la misma enfermedad sin que se le brinde tratamiento alguno, por lo cual su salud se viene deteriorando día a día; asimismo, el INPE solicitó al mencionado hospital el traslado del favorecido para que reciba un tratamiento médico adecuado; empero, el demandado se niega a disponer dicho traslado.

La accionante, a fojas 30 de autos, se ratifica en el contenido de la demanda y agrega que no se le concede una cita médica al favorecido; que por estar en situación de retiro de la PNP no se le ha autorizado atención en el servicio de psiquiatría del citado nosocomio, pese a haberlo solicitado el establecimiento penitenciario. Agrega que en el establecimiento penitenciario se le ha denegado tratamiento psicológico.

La procuradora pública adjunta de la Procuraduría Pública, a fojas 36 de autos, alega que mediante de la presente demanda se pretende mellar la imagen del demandado en su condición de oficial superior de la PNP, pese a que viene realizando sus funciones de acuerdo a la Ley Orgánica de la PNP y a la Constitución. Agrega que debido al delito de homicidio que cometió el favorecido y a las enfermedades que padece, su traslado al Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú podría ocasionar consecuencias y daños irreparables a los demás pacientes del referido nosocomio.

El Director del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú, don César Eduardo Bravo de Rueda Accinelli, a fojas 117 de autos, señala que el favorecido ingresó la PNP en julio de 2004, y que pasó a la situación de retiro en mayo de 2009 por medida disciplinaria, por lo que según el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento y Salud de la Policía Nacional del Perú, y el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú, no le corresponde ser beneficiario del régimen de salud de la PNP que comprende la atención médica en todos los establecimientos de dicha institución; sin embargo, desconoce el requerimiento de traslado del favorecido al citado nosocomio.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Penal con Reos en Cárcel de Lima, con fecha 7 de marzo de 2014, declaró improcedente la demanda porque, conforme se advierte del informe médico 079-2013-INPE/18-233-ESPCTB, de fecha 13 de diciembre de 2013, el favorecido recibe tratamiento médico contra la tuberculosis y no evidencia síntomas de enfermedad mental, razón por la que no requiere tratamiento farmacológico psiquiátrico, por lo que no se vulnera su salud. Además, conforme al Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento y Salud de la Policía Nacional del Perú y el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú, no le corresponde ser beneficiario del régimen de salud de la PNP.

La Cuarta Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos.

En el recurso de agravio constitucional de fojas 223 de autos, la recurrente ratifica el contenido de su demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene el traslado de don Milton Hans Flores Castañeda al Hospital Nacional “Luis N. Sáenz” de la Policía Nacional del Perú. Se alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en que se cumple la pena.
2. Ahora bien, es importante destacar que, en la STC 04007-2015-HC, este Tribunal examinó el mismo petitorio que fue objeto del presente proceso de habeas corpus. En esta oportunidad, sin embargo, la demanda ha sido presentada en contra del director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú, a diferencia de lo que ocurrió en el otro proceso, en el que se interpuso en contra del director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). De modo que se hará referencia, en distintas oportunidades, a lo que se resolvió en aquella oportunidad.
3. También debe destacarse el hecho que, pese a que el beneficiario ya ha salido del ámbito penitenciario -al haberse cumplido en el año 2018 la condena que se le impuso-, el Tribunal se pronunciará, atendiendo a la magnitud del agravio producido, en relación con el fondo de la controversia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Derecho a la salud de los internos

4. En la resolución recaída en el Expediente 0590-2001-HC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el *habeas corpus* correctivo procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales, e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos penitenciarios, públicos o privados.
5. En cuando al derecho a la salud mental, el Tribunal Constitucional precisó que es parte integrante del derecho a la salud y tiene como contenido el derecho de disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que le permita a la persona humana vivir dignamente; también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana (Expedientes 2480-2008-AA/TC y 3426-2008-PHC/TC).
6. En el caso peruano, mediante Informe del año 2008 del Sub-sector Salud Mental de ESSALUD dirigido a la Organización Mundial de la Salud (OMS) se señala la

inexistencia de cifras precisas sobre los casos de presos con psicosis o retardo mental; sin embargo, se estimó para ese año que entre 1% y 20% de las cárceles tenían al menos un preso que recibía un tratamiento mensual por parte de un profesional de salud mental. (http://www.who.int/mental_health/mhgap/evidence/mh_who_aims_peru_apr2010_en.pdf). De este modo, considerando el incremento durante los últimos años de la población carcelaria y de las condiciones de precariedad que ha traído como consecuencia, resulta probable el incremento de internos con padecimientos mentales.

7. Al respecto, el Tribunal Constitucional advierte que el Estado debe asumir la política de tratamiento y rehabilitación de personas con problemas de salud mental teniendo como fundamento el respeto de todos sus derechos fundamentales, pues las personas que adolecen de enfermedades mentales (esquizofrenia, paranoia, depresión, etc.), dentro de las que se incluyen a las personas sujetas a medidas de internación, se encuentran en un estado de especial vulnerabilidad. Las personas privadas de libertad que padecen enfermedades mentales constituyen un grupo susceptible de protección especial, en virtud de la situación de restricción de algunos de sus derechos de conformidad con las Reglas Mínimas 2, 5.2, 39.3, 55.2, y 109 a 110 para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas (https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf).
8. En esta línea, conforme al principio 20 para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de la OEA en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, se dispone que

Las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuadas en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental. (...) deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 (libertades fundamentales y derechos básicos). La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica (principio 5, certificado médico). El tratamiento de las personas de las que se determine que padecen una enfermedad mental será en toda circunstancia compatible con el principio 11 (consentimiento para el tratamiento). (<https://www.cidh.oas.org/privadas/principiosproteccionmental.htm>)

9. De este modo, en virtud de lo señalado corresponde al Estado peruano establecer las medidas adecuadas para que las personas privadas de libertad, al encontrarse bajo su sujeción y así puedan ejercer su derecho a la salud mental a través de una atención y tratamiento especializado y adecuado a sus necesidades. Asimismo, debe establecerse procedimientos para el traslado de los internos a centros de salud especializados en los cuales puedan ser atendidos cuando no sea ello posible dentro del centro penitenciario.

Consideraciones acerca de la STC 04007-2015-HC y su incidencia en el presente caso

10. Ahora bien, es importante que este Tribunal haga recordar que, a diferencia de lo resuelto en la STC 04007-2015-HC, el presente proceso de *habeas corpus* ha sido iniciado en contra del director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú y no en contra del director del Instituto Nacional Penitenciario.
11. En aquella oportunidad, el Tribunal advirtió que el INPE no cuenta con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental. Los inconvenientes que, en relación con este grupo de personas, eran extensibles a distintos órganos, lo cual no hace sino reflejar que, a nivel estatal, no se ha diseñado o elaborado algún plan estructural para abordar todo lo concerniente con la población carcelaria que padece de alguna clase de discapacidad mental. Esto fue respaldado por la existencia de distintos estudios estadísticos, los cuales comprobaban la situación en la que se encontraban las personas privadas de la libertad que estaban en dichas condiciones.
12. En el caso particular de M.H.F.C, se cuestionó el hecho que, pese a la opinión del médico Zevallos Echevarría, se rechazara la solicitud de la madre del favorecido para que se concrete su traslado a un centro médico especializado (fundamento 66), lo cual no hacía sino reflejar que no existía un diagnóstico definitivo por parte del INPE, pese a que el informe fue realizado por un médico especializado en la materia.
13. En ese sentido, se destacó que el caso del favorecido es representativo de todo un grupo de personas que “estando internadas en algunos de los establecimientos penitenciarios del país, tienen problemas de salud mental y aún no han sido diagnosticadas ni han recibido tratamiento” (fundamento 72, énfasis pertenece al original). Ello ameritó que, en aquella oportunidad, se dispusiera expedir una sentencia estructural para buscar remediar “una generalizada y sistemática violación del derecho fundamental a la salud de las personas internadas en establecimientos penitenciarios” (fundamento 73).
14. Así, se dispuso la adopción de las siguientes medidas: i) declarar un estado de cosas inconstitucional con respecto a la situación de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país; ii) ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y al Instituto Nacional Penitenciario, en coordinación con el Ministerio de Salud, diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que, en un plazo máximo que vence el 6 de enero de 2021, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental de las personas privadas de su libertad a nivel nacional; iii) ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que elabore, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, un protocolo para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental, conforme a lo expuesto en el fundamento 80 de la presente sentencia; iv) ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo

máximo de 12 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, identifique el total de la población penitenciaria que padece de algún tipo de trastorno mental; v) disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento presupuestario de dicho plan de acción; y, vi) Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que informe al Tribunal Constitucional, cada tres meses, del avance de lo dispuesto en la presente sentencia, quedando habilitado, desde su publicación, para la supervisión del cumplimiento de lo aquí se ha ordenado.

15. Sin embargo, al menos en lo que concierne a este caso, es evidente que la responsabilidad del tratamiento, como se expuso en la STC 04007-2005-PHC, debe ser atribuida al Ministerio de Salud (punto resolutivo 1), por lo que, en lo que concierne a este punto, debe desestimarse la demanda, al no ser las autoridades del Hospital Nacional de la Policía del Perú las directamente encargadas de efectuar la evaluación respectiva. Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, sí se pudo advertir una vulneración del derecho a la salud del favorecido, lo que genera la necesidad de reiterar que los criterios fijados en dicha sentencia deben ser observados por los órganos competentes y responsables de la elaboración e implementación de políticas públicas dirigidas a la población carcelaria que cuente con discapacidad mental.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, **FUNDADA en parte** la demanda, por cuanto se afectó el derecho a la salud del favorecido; y, en consecuencia, ordenar al Ministerio de Salud la inmediata evaluación del favorecido M. H. F. C. para su respectivo diagnóstico y tratamiento.
2. Se observen los parámetros fijados en la STC 04007-2015-HC, a fin de evitar que, en lo sucesivo, se presenten situaciones como las que ameritaron la presentación de la presente demanda de *habeas corpus*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
MIRANDA CANALES**

Coincidiendo con lo resuelto en mayoría, considero pertinente expresar algunas consideraciones adicionales.

Debido a que mediante esta sentencia se reiteran los criterios fijados en la STC 040072015HC, pues el presente caso se trata de una demanda idéntica, pero interpuesta en el presente expediente contra el Director del Hospital Nacional de la Policía del Perú, me corresponde reiterar lo siguiente:

Como ya lo señalé en el fundamento de voto emitido en el expediente 853-2015-PA/TC (Caso Marleni Cieza) en aquellos supuestos en los que la vulneración de los derechos fundamentales afectan a un gran número de personas y cuya solución involucre el concurso de varias entidades estatales, para su solución se requiere el diseño y ejecución de políticas públicas, aspectos que exceden la competencias de la Justicia Constitucional. Es por ello que en estos casos la solución no debe ser dictada unilateralmente por las instancias jurisdiccionales, sino que deben ser el producto de un diálogo entre los diferentes actores sociales.

En este sentido, si bien concuerdo con el fallo, considero que hubiera sido mejor si, de manera previa a la expedición de la sentencia, se convocaba a las entidades públicas directamente involucradas con el diseño y ejecución de las políticas públicas referidas a la salud mental de los internos de los establecimientos penitenciarios, a fin de que propongan las medidas necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional.

S.

MIRANDA CANALES

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA**

Coincido con lo resuelto por mis colegas magistrados, pero debo señalar lo siguiente:

1. En el presente caso, la parte demandante interpone una demanda de habeas corpus contra el director del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Solicita que se acepte como paciente a M.H.F.C. en dicho centro hospitalario; ello en virtud de que M.H.F.C. sufre de esquizofrenia paranoide y tuberculosis. Alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano, ni a recibir un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad.
2. Cabe señalar que en el Expediente 04007-2015-HC/TC se analizó el mismo petitorio de la presente controversia, aunque en dicho caso la demanda estaba dirigida contra el director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). En ese sentido, recalco lo señalado en mi fundamento de voto, respecto al control de constitucionalidad de las políticas públicas; las cuales deben tutelar y promover los derechos fundamentales.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA**

Con el mayor respeto por la posición de nuestro colega magistrado, emito el presente voto singular, pues considero que la demanda de auto debe ser declarada improcedente por haber operado la sustracción de materia.

1. La recurrente solicita que se ordene el traslado de don M.H.F.C. al Hospital Nacional Luis N. Sáenz de la Policía Nacional del Perú (PNP). Alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en que se cumple la pena.
2. En el caso de autos, conforme se señala en el fundamento 3 de la ponencia el beneficiario, ya ha salido del ámbito penitenciario -al haberse cumplido en el año 2018 la condena que se le impuso-, situación por la cual la demanda resulta improcedente en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional interpretado *a contrario sensu*.
3. Sin perjuicio de lo expresado en los fundamentos precedentes, cabe añadir que en el Expediente 04007-2015-HC/TC suscribimos la ponencia por la cual este Tribunal examinó el mismo petitorio que en el presente proceso de *habeas corpus*. En esa oportunidad, la demanda fue presentada contra el director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y se analizó la problemática relacionada con la disponibilidad y accesibilidad a los servicios de salud mental de las personas que se encuentran internadas en los centros penitenciarios del país, así como las medidas que el Estado debe adoptar para proteger de modo efectivo los derechos de tales personas. Dicha controversia o problemática constitucional no se presenta en el presente caso.

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

S.

FERRERO COSTA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI**

Discrepo, respetuosamente, con la sentencia de mayoría que ha decidido declarar FUNDADA en parte la demanda, y ordenar al Ministerio de Salud evalúe al favorecido MHFC para su respectivo diagnóstico y tratamiento, y dispone que se observen los parámetros fijados en la sentencia recaída en el expediente 04007-2015-HC/TC, por cuanto, desde mi punto de vista, la demanda debe ser declarada INFUNDADA atendiendo a las siguientes razones objetivas:

1. La parte demandante es doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores, el beneficiario es su hijo, M.H.F.C, y la parte emplazada es el director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú.
2. Un hecho probado y no cuestionado es que el favorecido estuvo recluido en un establecimiento penitenciario del INPE, producto de una condena por homicidio.
3. Asimismo, tal como lo reconoce la sentencia de mayoría en su fundamento 15, la responsabilidad por el tratamiento de salud mental del favorecido correspondía ser asumida por el Ministerio de Salud y no por el Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú.
4. En efecto, en el presente caso la parte emplazada no tiene responsabilidad de asumir el tratamiento médico solicitado, debido a que el favorecido pasó a retiro por medida disciplinaria sin derecho a prestaciones pensionarias ni de salud; razón por la cual la pretensión demandada resulta infundada y así debió ser declarada en la parte resolutive.
5. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que el recurrente puede acceder a los beneficios del régimen de salud público, más aún cuando en la actualidad ha cumplido la condena impuesta, conforme fue señalado en el fundamento 71 de la sentencia recaída en el expediente 4007-2015-PHC/TC y puede llevar su tratamiento médico en libertad.

S.

BLUME FORTINI

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

Con respeto hacia la opinión de mis colegas, emito este voto singular por lo siguiente:

1. La demandante pretende que el Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú le proporcione tratamiento médico a don M.H.F.C., en su condición de sub oficial de tercera en retiro de la Policía Nacional del Perú, toda vez que sufre de esquizofrenia paranoide y de tuberculosis
2. En el Expediente 04002-2015-PHC/TC, ya se discutió este tema. Allí se solicitaba igualmente, el traslado del ahora favorecido, del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho al Departamento de Psiquiatría del Hospital de la Policía Nacional del Perú (PNP). En dicho proceso, emití un voto singular, en razón de que la sentencia en mayoría se basa en documentos emitidos con posterioridad a la demanda o en diagnósticos médicos contradictorios.
3. El argumento presentado por el funcionario demandado, es que el beneficiario, si bien fue miembro de la PNP, fue pasado a retiro por medida disciplinaria, lo que se acredita con la copia del registro informático que aparece a fojas 128. Asimismo, refiere que aquel no tiene derecho a ser atendido en dicho hospital, conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento y Salud de la Policía Nacional del Perú; y, en el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú.
4. El artículo 2.a del Decreto Legislativo 1175, refiere que el régimen de salud de la PNP comprende a
El personal policial de la Policía Nacional del Perú en Situación de Actividad, así como al personal en Situación de Disponibilidad o Retiro con derecho a pensión.
5. En este caso, no se acredita que el beneficiario cuente con el derecho a la pensión, toda vez que no basta haber servido en la PNP para acceder a los beneficios del régimen de salud de dicha institución.

Por ello, considero que la demanda de *habeas corpus* debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 01894-2013-PHC/TC
ÁNCASH
LIDIA PRUDENCIO DE LOLI Y OTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al día 3 de diciembre de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con los votos en conjunto de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, y el voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, convocado para dirimir la discordia suscitada por el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lidia Prudencio de Loli y otro contra la resolución de fojas 33, de fecha 2 de abril de 2013, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 8 de marzo de 2013, doña Lidia Prudencio de Loli y su cónyuge don Rubén Amador Loli Sosa interpusieron demanda de *habeas corpus* contra don Luis Alberto Sánchez Alvarado, en calidad de presidente de la Beneficencia Pública de Huaraz; don Pablo Atusparia Rashta, en calidad de oficinista del Cementerio General; y don Néstor Alvarado Contreras.

Los demandantes señalan que pese a que han cumplido con el trámite correspondiente para construir un mausoleo familiar, esto es, el haber solicitado el cambio de nicho de doña Ignacia Sosa Cadillo y doña María Luisa Sánchez Díaz Sosa (abuela y hermana de don Rubén Amador Loli Sosa) y cancelado el costo que ello supone, los demandados no han emitido la resolución administrativa del caso. Asimismo, indican que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron a don Néstor Alvarado un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron unas rejas, restringiéndoles –de esta forma– el acceso al mausoleo de su propiedad, lo cual vulnera el derecho a la libertad de tránsito y el de honrar a sus familiares, como ha sido costumbre desde la fecha en que fallecieron.

Resolución de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Huaraz, con fecha 11 de marzo de 2012, declaró la improcedencia liminar de la demanda por estimar que la pretensión al derecho de tránsito sobre una tumba no tiene relevancia constitucional ni afecta el contenido esencial del derecho constitucional invocado, debido a que no se reclama el libre tránsito sobre una vía pública o vía privada de uso público; sino se reclama el libre tránsito sobre un lote que constituye una propiedad privada enajenada por el funcionario demandado. Por otro lado, estima que la venta de un terreno que colinda con el mausoleo de los actores, donde se ha construido otro mausoleo sin respetar el margen de espacio necesario para que puedan acceder a su propiedad, constituye un conflicto que debe dilucidarse en un proceso ordinario.

Resolución de segunda instancia o grado

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash confirmó la apelada tras considerar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, pues se pretende que un conflicto de mera legalidad –derecho real que ostentan los accionantes y el emplazado don Néstor Alvarado Contreras sobre terrenos colindantes– sea resuelto por el juez constitucional.

Auto del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 2017

Con fecha 28 de noviembre de 2017, el Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda y reconvirtió el proceso de *habeas corpus* a uno de amparo, por estimar que este constituye la vía idónea para dilucidar la controversia expuesta en autos, pues al constatare que no solo estaría involucrado el derecho a la libertad de tránsito, sino también otros atributos como la propiedad y la libertad de culto, el análisis desborda el ámbito propio del proceso de *habeas corpus*. Asimismo, concedió a los demandados un plazo de cinco días para que, en ejercicio de su derecho de defensa, aleguen lo que consideren conveniente.

Contestación de la demanda por la emplazada Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz

Con fecha 9 de mayo de 2018, el presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz, don Alejandro Vladimir Páucar Maguiña, atendiendo a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, se presentó al proceso y contestó la demanda manifestando que fue la gestión de don Edgar Jachilla Castromonte la que autorizó la construcción del mausoleo de los actores en la zona común del cementerio y no en la que correspondía. Agrega que en la zona común existen tumbas en forma desordenada, sin acceso a circulación, ni existen pasajes, avenidas, ni jirones, los visitantes de los deudos caminan sobre las tumbas para llegar al lugar donde están sus difuntos. En tal sentido, señala que la construcción del mausoleo de los demandantes en la zona común fue efectuada a sabiendas de que tendrían problemas de acceso.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que se les permita a los recurrentes el libre acceso al mausoleo de su propiedad, donde descansan los restos de sus familiares.

Análisis de la controversia

2. La parte recurrente manifiesta ser propietaria de un mausoleo en el Cementerio General Villón en Áncash.
3. En este sentido, este Colegiado considera que el derecho realmente afectado sería el derecho a la libertad de culto, pues en el caso concreto, el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la propiedad viabilizan el derecho a la libertad de culto, es decir, la práctica de este último se logra a través del ejercicio de los primeros.

La libertad de culto como manifestación del derecho a la libertad religiosa

4. El artículo 2, inciso 3 de la Constitución, reconoce como derecho fundamental de toda persona “(...) la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”.
5. El derecho a la libertad de culto es una manifestación del derecho a la libertad religiosa. Así, “la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuencias convicciones religiosas y de practicar el culto” (sentencia recaída en el Expediente 00895-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3). De igual manera, en el fundamento jurídico 21 de la sentencia emitida en el Expediente 3283-2003-AA/TC se expresó que:

La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la *libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa*. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a “su” divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario” (resaltado nuestro).

6. En la sentencia emitida en el Expediente 00256-2003-HC/TC, caso donde a los familiares del occiso se les impedía retirarlo del hospital para velarlo y enterrarlo, este Tribunal tuteló la libertad de culto de los parientes, quienes tienen todo el derecho de realizar el rito relativo a la sepultura digna de los muertos. Así, en dicha oportunidad se expresó:

15. La libertad religiosa, como toda libertad constitucional, consta de dos aspectos. Uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa.

(...)

16. La manifestación de la libertad religiosa a través de las creencias es consustancial a la libertad religiosa. Esta manifestación incluye tanto el proselitismo de las creencias como el culto, el cual forma parte de la religión que se profesa. En ese sentido, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto [MARTÍNEZ DE PISON CAVERO, José: *Constitución y libertad Religiosa*. Madrid, DYKINSON, 2000. p. 293], y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos.

17. Por cierto, como sucede con cualquier derecho fundamental, tampoco el ejercicio de la libertad religiosa, en cuyo ámbito se encuentra comprendido el de la libertad de culto, es absoluto. Está sujeto a límites. Uno de ellos es el respeto al derecho de los demás. Este límite forma parte del contenido del derecho en su dimensión negativa, que, como se ha recordado, prohíbe la injerencia de terceros en la propia formación de las creencias y en sus manifestaciones. También constituye un límite la necesidad de que su ejercicio se realice en armonía con el orden público; particularmente, con la libertad de culto [MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Isidoro: *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religión y enseñanza*, Granada, COMARES, 2000, p.113]. Asimismo, se encuentra limitado por la moral y la salud públicas. Tales restricciones deben ser evaluadas en relación con el caso concreto e interpretadas estricta y restrictivamente [STC 141/2000 del Tribunal Constitucional Español, del 29 de mayo, Fundamento Jurídico 3]”.

Los ritos y tradiciones funerarias en el Perú

7. Los ritos y las tradiciones de la actual sociedad peruana con relación a sus difuntos, forman parte del imaginario social que provienen desde tiempos anteriores a la república.

8. Documentos de cronistas, historiadores, investigadores y arqueólogos dan cuenta de la importancia que representaba la muerte en la sociedad peruana prehispánica, cuyos ritos aún perviven en nuestros tiempos.
9. El cronista Guaman Poma de Ayala en su *Nueva Crónica y Buen Gobierno*, relata cómo eran los entierros entre los chinchaysuyos, en los términos siguientes:

En tiempos de los incas los Chinchaysuyos enterraban a los suyos cinco días después de morir. La primera noche los velaban; no comían sal ni comidas ricas. Después mataban una llama y la comían, cruda o cocida pero sin sal y si ají. Bebían la sangre cruda, o esta mezclada con papas demenuzadas. Y al difunto le dan de comer y beber; mucho más al inca y a los señores poderosos. La gran comida es sangre cruda y carne cruda.

Antes de comer todos lloran, cantan sus canciones; tocan sus músicas y bailan; lloran y gritan a grandes voces. Al que llora más lo emborrachan, bebe más y toma más ración de carne y otras comidas. Y a la maestra del cantar y a la que tiene buena voz en el llorar le dan una pierna de llama. Todo es borrachera.

Y dicen que al difunto le lavan el cuerpo; lo visten con todos sus vestidos y plumas y joyas de plata y oro. Lo ponen en andas y van en procesión. Como se ha dicho, van cantando, saltando y llorando, cada ayllu y cada parcialidad, según sus costumbres.

Al quinto día lo llevan a enterrar en procesión; repiten estas ceremonias a los diez días. La viuda va toda cubierta de luto, no se le ve la cara y la trasquilan. A los seis meses hacen otro tanto, y al año otro tanto.

La viuda que es buena hace durar la fiesta en dos años seguidos y en cada fiesta hay mucho sermón de los indios ancianos y de las autoridades locales, los curacas. Allí juntan a todos los parientes del difunto y, con grandes castigos y amenazas, les ordenan que sean trabajadores y humildes ante la justicia, ante el inca y ante los principales¹.

10. Garcilaso de la Vega refiere que los incas amautas creían que el hombre estaba compuesto de cuerpo y ánima, que el ánima era espíritu inmortal y el cuerpo estaba hecho de tierra porque le veían convertirse en ella. Creían que había otra vida después de esta, con pena para los malos y descanso para los buenos. Dividían el universo en tres mundos: hanan pacha (mundo alto), hurin pacha (mundo de la generación y la corrupción) y ucu pacha (mundo inferior). No entendían que la otra vida era espiritual, sino corporal; que el descanso del mundo alto era vivir una vida quieta, libre de trabajos y pesadumbre, mientras que la vida del mundo inferior estaba llena de enfermedades,

1 Guaman Poma de Ayala, Felipe. *Nueva Crónica y Buen Gobierno*. Editorial Horizonte. 2012. p. 70. Prólogo, selección y modernización idiomática de Francisco Carrillo Espejo.

dolores, pesadumbre y trabajos, sin descanso ni alegrías. Señala Garcilaso que los incas creían en la resurrección universal. También relata que:

Cuando moría el Inca o algún curaca de los principales, se mataban y se dejaban enterrar vivos los criados más favorecidos y las mujeres más queridas, diciendo que querían servir a sus reyes y señores a la otra vida. Porque creyeron en su gentilidad que después de esta vida había otra semejante a ella, corporal no espiritual. Ofrecíanse ellos mismo a la muerte o se la tomaban por sus manos, por el amor que a sus señores tenían. (...)

El primer mes de la muerte del rey le lloraban cada día, con gran sentimiento y muchos alaridos, todos en la ciudad. Salía a los campos cada barrio de por sí, Llevaban las insignias del Inca, sus banderas, sus armas y ropa de vestir (...) En sus llantos, a grandes voces recitaban sus hazañas hechas en la guerra y alas mercedes y beneficios que había hecho a las provincias de donde eran naturales los que vivían en aquel tal barrio.

Pasado el primer mes hacían lo mismo de 15 a 15 días, a cada llena y conjunción de la luna. Y esto duraba todo el año. Al fin de él hacían su cabo de año con toda la mayor solemnidad que podían y con los mismos llantos, para los cuales había hombres y mujeres señaladas y aventajadas en habilidad, con endechaderas, que cantando en tonos tristes y funerales decían las grandezas y virtudes del rey muerto. (...)

Lo mismo se hacía en cada provincia de las del imperio, procurando cada señor de ella que por la muerte de su Inca se hiciese el mayor sentimiento que fuese posible. Con estos llantos iban a visitar los lugares por donde aquel rey había parado en aquella tal provincia –en el campo caminando o en el pueblo– para hacerles alguna merced, los cuales puestos (como se ha dicho) tenían en gran veneración. Allí eran mayores los llantos y alaridos y en particular recitaban la gracia, merced o beneficio que en aquel tal lugar les había hecho”².

11. Pedro de Cieza de León en la *Crónica del Perú* relata la creencia de la inmortalidad del ánima de los pueblos prehispánicos peruanos, recogiendo así costumbres particulares para la sepultura del difunto con sus cosas más preciadas. En sus crónicas menciona que Juan de la Torre, capitán de Gonzalo Pizarro, halló en el valle de Ica sepulturas magníficas y altas, adornadas con losas y bóvedas, donde introducían al difunto con sus mujeres, su servicio y sus criados más privados, mucha cantidad de comida y chicha, sus armas, plumajes y ornamentos, dando a entender que conocían de la inmortalidad del alma, pues se consideraba que las ánimas de los difuntos no morían sino que vivían

2 Garcilaso de la Vega, Inca. *Comentarios reales de los incas*. Ediciones El Lector. Reimpresión 2014. Cf. pp. 123 y 370 a 371.

para siempre, y que retornaban a una vida holgada en otro mundo donde comían y bebían.

También relata que cada pueblo (o nación) seguía sus costumbres para el entierro de sus difuntos. En Jauja, relata que el cuerpo de los señores principales era cubierto con el pellejo de una oveja, formando su rostro, y mantenían el cadáver en sus propias casas. Era una costumbre muy común en dichos tiempos sacar en procesión al difunto en andas y en ciertas ocasiones al año por sus hijos, desarrollando grandes ceremonias y sacrificando ovejas, corderos y algunos niños y mujeres. En Chincha, refiere que los entierros se efectúan en camas hechas de caña; mientras que en Lunahuaná se les enterraba sentados. En la sierra, los sepulcros según el linaje, contaban con un lugar específico, elaborándose grandes concavidades cerradas con puertas. Cada cierto tiempo estas huacas eran abiertas para renovar la ropa y la comida que ahí se habían puesto.

Sobre las sepulturas en el Collao, Cieza recoge en sus escritos que se edificaban pequeñas torres de cuatro esquinas, unas de piedra y otras de piedra y tierra, unas anchas y otras angostas, algunos chapiteles estaban cubiertos con pajas y otros con losas grandes, construyendo puertas con dirección a la salida del sol. Refiere que los naturales del Collao, al fallecimiento de sus señores, sus parientes llevaban ovejas, corderos, maíz y otras cosas destinadas para el ritual del enterramiento, consistente en sepultar al difunto con los animales, parientes y su servicio sacrificados, y algunas personas vivas. También acostumbraban quemar algunos animales y rociar su sangre en los sepulcros.

Costumbre particular que Cieza relata es la procesión del cuerpo antes del entierro y la procesión posterior a este o luego de algún tiempo determinado. Así, nos cuenta que la gente del pueblo realizaba grandes lloros por varios días, profiriendo palabras dolorosas y cantando al ritmo de música triste, alabando sus hazañas y su vida, bebiendo chicha y comiendo lo preparado³.

12. Pedro Pizarro en su *Relación del descubrimiento y conquista de los reinos del Perú*⁴, relata acerca de la gente del Cusco que:

...servía a estos muertos que tengo dicho, que cada día los sacaban a la plaza sentándolo en regle, cada uno según su antigüedad, y allí comían los criados y bebían... Para los muertos hacíanles unas lumbres delante de ellos de una leña que tenían labrada y cortada muy igual, y muy seca, y encendida esta, quemaban aquí todo aquello que al muerto le habían puesto delante para que comiese de todo lo que ellos comían, que aquí en este fuego lo consumían. También tenían delante de

3 Cieza de León, Pedro. *Crónica del Perú*. Promoción Editorial Inca SA, 1973.

4 Pizarro, Pedro. *Relación del descubrimiento y conquista de los reinos del Perú*. Fondo de Cultura Económica. 2013. p. 91.

estos muertos, unos cangilones grandes (que ellos llamaban birques) de oro, y de plata, u de barro, de cada uno como quería, y aquí echaban la chicha que al muerto le daban, mostrándosela, convidándose unos muertos a otros, y los muertos a los vivos y los vivos a los muertos (sic).

13. En la narración quechua recogida por Francisco de Ávila de aproximadamente 1598, denominada *Dioses y hombres de Huarochirí*, traducida por José María Arguedas en 1966 y que ha merecido diversos estudios (Pierre Duviols y Gerald Taylor, entre otros), recoge costumbres de la época incaica que, durante la Conquista mantenían su vigencia. En dicha narración, se da cuenta de la conciencia del poblador peruano originario respecto a la existencia del ánima y los rituales que el ayllu le procuraban para su retorno al quinto día de su fallecimiento⁵.
14. Gerald Taylor, en una traducción actualizada al castellano del manuscrito de Francisco de Ávila, nos da a conocer lo siguiente con relación a la tradición del quinto de fallecimiento:

Vamos a describir cómo, antiguamente, los hombres decían que después de morir regresarían al cabo de cinco días

Se dice que en tiempos muy antiguos, cuando un hombre moría, velaban su cadáver durante cinco días. Así, su ánima, no más grande que una mosca, *salía de su cuerpo* y echaba a volar produciendo un silbido. *Algunos* decían que iba a ver a Pariacaca, al que les había transmitido la fuerza vital, al que los había hecho.

Ahora bien, los demás dicen que, según la tradición, en aquella época Pariacaca todavía no existía y que las *ánimas* volaban simplemente hacía arriba, hacia Yaurillancha. (*Adición al margen*: Antes de la aparición de Pariacaca y de Carhuincho, los hombres tuvieron su origen en Yaurillancha y en Huichicancha). Después de cinco días solían volver a sus casas. Sus familias los esperaban preparándoles comida y bebida. Al llegar no decían más que “ya he vuelto” y se regocijaban mucho con sus padres y sus hermanos a quienes decían: “Ahora ya no moriré nunca más”. En aquella época la gente se multiplicó mucho. Encontraban sólo con duro esfuerzo lo necesario para sustentarse y trabajaban en las cumbres y las laderas de los cerros para hacer sus chacras, viviendo con gran sufrimiento.

Ocurrió que en esa época murió un hombre. Sus padres, sus hermanos y su esposa lo esperaban el día en que debía llegar, cinco días después. Pero el hombre no llegó. Solo llegó al día siguiente, es decir al sexto día. Sus padres, sus hermanos y su mujer lo esperaban furiosos. Cuando llegó, su mujer le dijo enojada: “¿Por qué

5 Ávila, Francisco. *Dioses y hombres de Huarochirí, narración quechua*. Traducción castellana de José María Arguedas. Estudio Bibliográfico de Pierre Duviols. 1966. Instituto de Estudios Peruanos. Edición facsimilar. Reimpresión 2015.

eres tan perezoso? Los otros hombres llegan sin faltar a la costumbre. ¿Quién eres tú para habernos hecho esperar ayer en vano?” y lo regañó sin parar. Así enojada, su mujer arrojó una coronta contra el ánima que llegaba. Ésta produjo un silbido e inmediatamente regresó a Yaurillancha. Desde entonces ya ningún hombre ha vuelto después de morir⁶.

15. Adicionalmente a ello, el referido manuscrito quechua, también recoge otros ritos que se efectuaban a propósito del fallecimiento de un integrante del ayllu, como por ejemplo la limpieza de la casa del difunto, el servicio de comida y bebida para los asistentes, y los cantos y lloros de los participantes⁷.
16. Raúl Porras Barrenechea en sus estudios sobre nuestro pasado prehispánico y sus ritos funerarios nos manifiesta lo siguiente:

... el súbdito de los Incas, tuvo como característica esencial, un tradicional instinto, un sentimiento de adhesión a las formas adquiridas, un horror a la mutación y al cambio, un afán de perennidad y de perpetuación del pasado, que se manifiesta en todos sus actos y costumbres, y que encarna en instituciones y prácticas de carácter recordatorio, que reemplazan, muchas veces, en la función histórica, a los usos gráficos y fonéticos occidentales. Este sentimiento se demuestra particularmente en el culto a la *pacarina* o lugar de aparición –cerro, peña, lago o manantial–, del que se supone ha surgido el antecesor familiar, o en el culto de los muertos o *malquis*, de la momia tratada como ser viviente y de la huaca o adoratorio familiar. Ningún pueblo como el incaico, salvo acaso los chinos, sintió más hondamente la seducción del pasado y el anhelo de retener el tiempo fugaz. Todos sus ritos y costumbres familiares y estatales están llenos de este sentido recordatorio propiciador del pasado. Cada Inca que muere en el Cuzco es embalsamado y conservado en su propio palacio, rodeado de todos los objetos que le pertenecieron, de sus armas y de su vajilla, servido en la muerte por sus mujeres e hijos, los que portan la momia a la gran plaza del Cuzco, en las grandes ceremonias, y conservan la tradición de sus hechos en recitados métricos se transmiten a sus descendientes (...). En la costa, nos refiere el Padre de las Casas, se realizaban los funerales de los jefes en las plazas públicas y los túmulos eran rodeados por coros de mujeres o endechaderas, que lloraban y cantaban relatando las hazañas y virtudes del muerto.⁸

6 Taylor, Gerald. *Ritos y Tradiciones de Huarochirí*. Instituto Francés de Estudios Andinos. 2008. pp. 118-119.

7 Cfr. texto de *Dioses y hombres de Huarochirí* y *Ritos y Tradiciones de Huarochirí*.

8 Porras Barrenechea, Raúl. *Mito, tradición e historia del Perú*. Promoción Editorial Inca S.A. 1974. pp. 21 y 22.

17. La historiadora Gabriela Ramos en su libro *Muerte y conversión en los Andes*, sobre sus estudios de la conversión de las poblaciones andinas del siglo XVI al catolicismo, señala que:

Al decir de los cronistas como Acosta, Cobo y Garcilaso, los cuerpos de los gobernantes incas eran embalsamados mediante un cuidadoso tratamiento que, según estos mismos autores, les permitió conservar un aspecto muy parecido al que tuvieron en vida. Se les vestía con las ropas e insignias correspondientes a su rango, y no eran colocados en tumbas sino en sitios –templos, o en sus propias casas– donde sus deudos les prestaban los cuidados y atenciones que correspondían a su investidura. Las momias incas tenían una activa participación en los asuntos públicos, eran llevadas a templos y casas para cumplir funciones que al parecer fueron de índole política, y conducidas regularmente sobre andas con ocasión de las ceremonias más importantes que tenían lugar en la plaza del Cuzco.

(...)

Al momento de la conquista, algunos patrones funerarios que tenían la desecación del cuerpo como uno de sus rasgos más notables estaban bastante extendidos en diversas regiones de los Andes.

(...)

Los rituales que se realizaban a la muerte de una persona constituían tanto la expresión de ideas sobre lo que ocurría en el más allá como maneras de vivir y sobrellevar emociones colectivas e individuales muy profundas. Las descripciones que se encuentran en las crónicas sugieren que hubo rasgos similares entre los rituales funerarios que se celebraban en la sierra y en la costa; las diferencias más significativas aparecían en las sepulturas y la manera como se disponía del cuerpo. Durante cerca de una semana los familiares y próximos manifestaban su dolor por medio de llantos y discursos en los que se recordaba al difunto. Los parientes inmediatos recibían la compañía y ayuda de allegados en estas manifestaciones públicas de congoja. A través de señales tales como el vestido o la apariencia del rostro, que indicaba el duelo que desde entonces debían guardar los deudos, los familiares, especialmente las mujeres, hacían visible el vínculo especial que los unía con el muerto. El golpe emocional que ocasionaba la pérdida se mitigaba con el sacrificio de al menos un animal y la celebración de comidas en grupo, respondiendo tal vez así a la inmediata necesidad de renovar o reforzar los lazos que unían al grupo, amenazados por la muerte.

A fin de preparar y hacer posible el recorrido que el difunto emprendía a partir de su fallecimiento, así como asegurar que la tranquilidad de los vivos no se viera perturbada si en su trayecto aquel encontraba obstáculos, se hacían ofrendas de alimentos, coca o sangre. Los familiares y allegados reconstruían la memoria del ausente relatando en voz alta pasajes de su vida y recorriendo los sitios que el difunto

había frecuentado, llevando en sus manos algunas de sus pertenencias. Los deudos marcaban el momento en que se despedían del fallecido con acciones que indicaban el inicio de esta nueva etapa, como por ejemplo haciendo abluciones, lavando la ropa del difunto o limpiando su casa⁹.

18. El antropólogo Rodolfo Sánchez Garrafa en su libro *Muerte y mundo subterráneo en los Andes*, señala lo siguiente:

Para los andinos del centro y sur peruano, la muerte biológica o *wañuy* (en quechua) y *hiwa* (en aymara) es un hecho fuera de discusión. Se llora la muerte de un ser querido porque este va a ausentarse y emprender un largo viaje. La muerte no es vista como el evento último de la existencia, al menos no como el final del trayecto reservado al ser. En las comunidades andinas, la muerte no constituye una tragedia en la vida de los andinos, más bien, la muerte es como una conclusión, cumplimiento y culminación de una etapa de la vida. Es una llegada a un momento de la permanencia en la existencia de los seres. La muerte para el andino, nunca es el final o terminación del ser; es continuidad del ser dentro de la totalidad existencial y universal.

Cualquiera fuera la causa de pérdida de la vida, se espera que la o las sombras (espíritus: *upay*, *supay*, *llanthu*, *hanchi*) de la persona emprendan viaje al mundo de los muertos (*upaymarka*). El muerto (*aya*, *amaya*, *hiwata*) pasa a integrarse a la sociedad de los ancestros y a llevar una existencia activa, con relaciones de reciprocidad respecto a la sociedad de los vivos, con los cuales conforma un mismo universo¹⁰.

19. Pierre Duviols en sus investigaciones publicadas en su libro *Escritos de Historia Andina*, respecto al concepto animista de los antiguos peruanos, refiere:

El *anima* es considerada como algo impalpable pero sensible, que está localizada en el cráneo. Ella ingresa al cuerpo al nacer y solo le abandona a la muerte, escapándose por los orificios naturales. Está dotada de vida eterna. El anima de los difuntos ayuda a los vivos.

El *animu* también es impalpable. Se trata de una sombra, pero tiene la forma de un cuerpo de unos treinta centímetros. Ella tiene su sede en el corazón del hombre. Es separable: puede abandonar el cuerpo bajo el efecto del *mancharisqa* o *susto*, provocado a menudo por una caída. (...) Los niños son particularmente proclives a

9 Ramos, Gabriela. *Muerte y conversión en los Andes*. Lima y Cuzco, 1532-1670. Instituto Francés de Estudios Andinos e Instituto de Estudios Peruanos, 2014, pp. 39-40, 48 y 49.

10 Sánchez Garrafa, Rodolfo. *Muerte y mundo subterráneo en los Andes*. Editorial Bisonte. 2017. pp. 19 y 20.

ello, para hacer que el *animu* regrese a su habitáculo hay que acudir a un mediador, quien procede a efectuar el *animu waqyay* (llamado del alma)”¹¹.

20. El etnohistoriador y lingüista Jan Szeminski en su investigación sobre documentos de los siglos XVI y XVII, publicada en su libro *Un ejemplo de larga tradición histórica andina*, concluye lo siguiente acerca de las consideraciones del poblador andino respecto de la muerte:

Una de las cosas más horribles para un andino del siglo XVI era la amenaza de la destrucción de su cuerpo tras la muerte. Dejar los cuerpos de los muertos sin enterrar significaba condenar a sus descendientes a la falta de consejo y protección de los antepasados. Los criminales a la vez eran condenados a muerte y a la destrucción de sus cuerpos.

21. Como es de verse de las crónicas, investigaciones y estudios sobre los ritos funerarios en el Perú, el culto a los muertos se ha mantenido a lo largo del tiempo como una expresión importante de nuestra identidad.
22. En la actualidad, un gran número de familias de ascendencia andina mantienen sus costumbres y ritos funerarios que han traspasado el tiempo a través de generaciones. Así, perviven costumbres como la entrega de alimentos y bebidas por parte de las amistades y familiares a los deudos directos del difunto, los cuales serán destinados al consumo de los participantes durante el velorio; la procesión del ataúd por los lugares más importantes donde desarrolló su vida (lugar de trabajo, casa familiar, canchita de fútbol, iglesia, entre otros); el acompañamiento al cementerio al ritmo de música folclórica; presencia de las lloronas acompañando con su tristeza el velorio y la procesión del difunto a su última morada; ofrecimiento de bebidas al difunto en el nicho funerario.
23. También se mantienen costumbres posteriores al entierro. Por ejemplo, al segundo día del fallecimiento se realiza la limpieza total de la casa del difunto y el lavado de la ropa en el río. Al quinto día se realiza el velorio de la ropa lavada del difunto desde las 6 de la tarde hasta el siguiente día, ofreciéndole su comida favorita, hojas de coca y bebidas para despedir al alma del difunto. Al mes del fallecimiento, se realiza una misa para el descanso de su alma; y al año del fallecimiento, nuevamente se realizan misas de honras, para luego acudir al lugar del sepulcro y realizar responsos. Los ritos de visita al difunto con flores, orquestas, rezos, comida y bebida, se vuelven a repetir el 2 de noviembre de cada año, en la celebración del Día de Muertos.

11 Duvoils, Pierre. *Escritos de historia andina*. Biblioteca Nacional del Perú y el Instituto Francés de Estudios Andinos. 2016. pp. 154 y 155.

24. Una costumbre póstuma en el caso del fallecimiento de niños que ha sido registrada¹² en el norte del Perú, es el “Día de los Angelitos” celebrado el 1 de noviembre de cada año. En dicha fecha, las padres o familias que han perdido a un niño, obsequian pasteles, cachangas o roscas (entre otras viandas) a los niños menores de 12 años, como una forma de mantener la ilusión de la existencia de dichos niños a través de otros.
25. Como es de verse, el ciudadano peruano tiene interiorizado como parte del desarrollo de su vida ciudadana y rural, costumbres y rituales funerarios de larga data que conforman una cosmovisión particular sobre la libertad de culto en el Perú, lo cual permite apreciar un contenido constitucionalmente protegido de este derecho con matices distintos a los desarrollados en la doctrina extranjera.
26. Así, nos encontramos con una gama de acciones y conductas humanas propias de los ciudadanos peruanos que permiten identificar una forma particular de culto más allá de la adoración de una divinidad en un lugar destinado exclusivamente a esa finalidad; que también merecen tutela constitucional, pues conforme se ha señalado en los fundamentos precedentes, la libertad de culto en Perú no se agota con el acto de sepultura del difunto; por el contrario, se extiende en el tiempo, debido a que el culto a los muertos, a modo de recordatorio de su importancia en la vida de su familia, no se agota en el rito del velorio o del entierro mismo, sino se realiza cada vez que se acude al lugar donde permanecen los restos del fallecido.

Análisis del caso concreto

27. Mediante Resolución de Presidencia del Directorio 101-2014-SBPHZ, de fecha 7 de octubre de 2014, que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional, la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR el plano presentado y **AUTORIZAR** a la señora **PRUDENCIO DE LOLI, Lidia** [...], edificar un mausoleo familiar, ubicado en la Av. Señor de la Soledad del Cementerio General Presbítero “Pedro García Villón”, cediéndose estrictamente a las especificaciones que contiene el plano que obra en el expediente el cual está compuesto de dos (02) sarcófagos, seis (06) nichos y una (01) capilla, dentro del área de 06m² de terreno sin extralimitación de ninguna clase, el cual colinda por el Este con una lápida sin nombre, por el Oeste con terreno libre, por el Norte con una lápida sin nombre y por el Sur con terreno libre. (...).

ARTÍCULO TERCERO.- Se emite la presente resolución en vías de regularización, porque el mausoleo familiar ya se encuentra construido desde el año 1969 (...).

12 Al respecto, consultar Lemlij, Moisés y Millones, Luis. “Reflexiones sobre la muerte en el Perú”, y, Polía Mario, “La muerte en la sierra de Piura: prácticas funerarias y creencias acerca de los muertos en las evidencias arqueológicas en el material etnográfico”, artículo en *Anthropológica*, revista en línea <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/1201/1157>.

28. Mediante Oficio 154-2016-SBPHZ-P, de fecha 14 de septiembre de 2016, dirigido al Tribunal Constitucional, la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz expresó que la gestión anterior “autorizó a la familia LOLI SOSA para que construya un Mausoleo Familiar en la zona común del Cementerio General de Huaraz”.

En su contestación de demanda, la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz manifestó que fue la gestión anterior la que permitió la construcción del mausoleo de los actores en zona común y no en la zona de mausoleos como correspondía; por lo que los recurrentes construyeron el mausoleo a sabiendas que tendrían problemas de acceso. Dicho argumento de defensa no tiene asidero alguno, pues la construcción del mausoleo de los recurrentes fue permitida y autorizada por la sociedad demandada, independientemente de quién haya sido su representante al momento de la construcción. En este sentido, la construcción del mausoleo familiar fue construido con el consentimiento de la referida emplazada; por lo que, ahora no puede sustraerse de su obligación de brindarle, a los recurrentes, el acceso adecuado.

29. Del mismo Oficio 154-2016-SBPHZ-P se observa que la entidad emplazada reconoce que resulta cierto que se ha colocado una reja que impide el paso de los recurrentes a su mausoleo familiar; que el mausoleo presenta dos fachadas (por el lado norte y sur); que por el lado norte existe una tumba sobre la cual se ha construido una lápida, en cuyo perímetro se han colocado rejas de fierro decorado, que impide el acceso por la fachada principal del lado norte, obstaculizando el acceso a la capilla y a los nichos del mausoleo, por lo que, los propietarios de este cambiaron la fachada hacia el lado sur, donde existe una lápida de mayólica color negro a 10 cm. del mausoleo; que hacia el lado este existe un mausoleo de la familia Roldán y hacia el lado oeste colinda con la tumba de la familia Manrique Nieves.
30. En consecuencia, el Tribunal considera que el impedimento de acceso al mausoleo de los demandantes vulnera su derecho a la libertad de culto, pues no existe el espacio adecuado para acceder y poder realizar sus ritos en conmemoración de sus difuntos; máxime si no se advierte que la entidad emplazada haya invocado límite alguno al ejercicio de la libertad de culto que prohíba la realización de los ritos fúnebres por parte de los actores; por lo que corresponde estimar la presente demanda.
31. Los recurrentes, mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2016 (cuadernillo del Tribunal Constitucional), señalan que “se acredita la validez y la existencia de la obstrucción del acceso al mausoleo de la parte norte, con perjuicio a que pueda ocurrir lo mismo en la parte sur (el nuevo acceso refaccionado del mausoleo)”.
32. En consecuencia, de lo expresado por la parte demandante, por la entidad emplazada y de las fotografías adjuntadas, el Tribunal advierte la existencia de área libre al lado sur del mausoleo; por lo que ordena a la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz emplazada destine parte de esa área a la constitución de un acceso razonable para que los recurrentes puedan hacer ejercicio de su derecho a la libertad de culto por el lado

sur, evitando construcciones de cualquier tipo que limiten el acceso al mausoleo de los actores.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-

Saldaña Barrera, que se agrega,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos.
2. Disponer que la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz destine parte del área libre del lado sur del mausoleo de los demandantes, a la constitución de un acceso razonable para que estos puedan hacer ejercicio de su derecho a la libertad de culto, evitando construcciones de cualquier tipo que limiten acceder al mausoleo construido.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE BLUME FORTINI

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, en el sentido de declarar fundada la demanda. En lo que sigue, solo deseo hacer algunas precisiones con respecto a los derechos invocados o tutelados en el presente caso:

1. Considero que, además del derecho a la libertad religiosa, al que se hace referencia en la sentencia, también se encuentra implicado el derecho a la integridad moral.

En efecto, en la sentencia se hace mención a diferentes ritos y tradiciones funerarias, pero estos no tienen únicamente una dimensión religiosa. Bien visto, la relación con nuestros muertos y las formas de honrarlos o recordarlos trasciende al fenómeno religioso, tiene una innegable dimensión cultural y afectiva, e incluso más, este Tribunal ha dejado establecido que dicha aprehensión tiene relación con el derecho fundamental a la integridad moral (STC Exp. n.º 0256-2003-HC/TC; por cierto, puede revisarse además el fundamento de voto contenido en la STC Exp. n.º 5312-2011-AA, firmado por los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada), el cual en este caso también se vería lesionado.

2. Además de lo anotado, debo mencionar que también se verifica una vulneración del derecho a la libertad de tránsito de los demandantes, en la medida que se les limita la posibilidad de acceder libremente a sus familiares fallecidos. Esta precisión es suma importancia atendiendo a que estamos resolviendo un proceso de hábeas corpus, y través de este se tutela básicamente la libertad o la integridad físicas, mientras que la tutela de derechos distintos a esos (como es el caso de la libertad religiosa o la integridad moral) requiere, necesariamente, que exista una relación de conexidad con aquellos (artículo 200.1 de la Constitución y 25 del código Procesal Constitucional). Si no existiera dicha conexidad, la demanda debería ser declarada improcedente, y no fundada como estamos resolviendo en el presente caso.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ**

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, el mismo que se sustente en las consideraciones siguientes:

1. Los recurrentes interpusieron demanda de habeas corpus contra don Luis Alberto Sánchez Alvarado, en calidad de presidente de la Beneficencia Pública de Huaraz; contra don Pablo Atusparia Rashta, en calidad de oficinista del Cementerio General; y contra don Néstor Alvarado Contreras.
2. En esa línea, manifiestan que, a pesar de haber cumplido con el trámite correspondiente para construir un mausoleo familiar, esto es, haber solicitado el cambio de nicho de doña Ignacia Sosa Cadillo y doña María Luisa Sánchez Díaz Sosa (abuela y hermana de don Rubén Amador Loli Sosa) y cancelado el costo que ello supone, los demandados no han emitido la resolución administrativa del caso. Asimismo, los demandantes indican que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron a don Néstor Alvarado un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron unas rejas, lo cual les restringe el acceso al mausoleo de su propiedad y vulnera sus derechos a la libertad de tránsito y a honrar a sus familiares, como ha sido costumbre desde la fecha en que fallecieron.
3. El derecho a la libertad de culto es una manifestación del derecho a la libertad religiosa. Así, “la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita” (sentencia recaída en el Expediente 00895-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 3).
4. De esta manera, se tiene que la libertad de culto es un derecho que se refiere concretamente a la preferencia de cada ser humano de elegir su religión, y de ejercer dicha creencia con plena libertad, sin ser víctima de cuestionamientos o discriminación por la opción elegida.
5. En el caso en concreto, los recurrentes sostienen, centralmente, que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron una rejas, lo cual les restringe el acceso al mismo y vulnera, en esencia – se infiere de los alegatos contenidos en la demanda – su derecho a la libertad de culto.

6. De la revisión integral de los autos, se advierte que carece de sustento los argumentos expuestos por los accionantes a fin de sustentar los términos de su demanda, toda vez que, de la documentación probatoria obrante en el expediente, no se aprecia la vulneración del derecho a la libertad de culto de los demandantes.
7. En efecto, de los alegatos contenidos en la demanda, así como de los recaudos que acompañan la misma y los elementos de prueba que obran en autos, no se advierte que el presente caso se vincule directamente o esté referido a hechos concretos que informen suficientemente respecto a que a los recurrentes no se les permite elegir determinada religión, expresar sus convicciones religiosas libremente, ni ejercer dicha creencia de manera pública y con plena libertad. A partir de lo cual, se tiene que no se ha acreditado la vulneración del derecho invocado por los recurrentes en los términos antes señalados.

Por las razones expuestas, considero que se debe declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.3. PROCESOS DE HÁBEAS DATA

Pleno. Sentencia 751/2020
EXP. N° 03425-2018-PHD/TC
LIMA
REPARACIONES MARÍTIMAS S.R.L.

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 13 de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido, por mayoría, la siguiente sentencia, que resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda de *habeas data*.

El magistrado Sardón de Taboada formuló un voto singular declarando fundada la demanda.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini emitió un voto singular y que se entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto singular antes referido y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 03425-2018-PHD/TC
LIMA
REPARACIONES MARÍTIMAS S.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, y con los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Benny Jorge Ramos Rodríguez, gerente general de Reparaciones Marítimas SRL, contra la resolución de fojas 608, de fecha 9 de mayo de 2018, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 12 de octubre de 2012, Reparaciones Marítimas SRL (Remar SRL), a través de su gerente general, don Benny Jorge Ramos Rodríguez, interpone demanda de *habeas data* contra el director de la Oficina General de Tecnología de la Información y Estadística del Ministerio de la Producción (Produce). Solicita que, en virtud de su derecho fundamental de acceso a la información pública, se le informe, de manera detallada, la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales anuales de los años 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204, ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao.

Manifiesta que son los únicos y legítimos propietarios de la referida fábrica de producción denominada Pesca Perú Callao Sur SA, conforme al testimonio de compraventa de acciones y constitución de hipoteca y prenda por adjudicación en la Subasta Pública F-09-97-CEPP, celebrado entre su representada y la Empresa Nacional Pesquera SA Pesca Perú. Agrega que su propiedad le fue arbitrariamente despojada a través de un proceso de insolvencia que ha sido declarado nulo conforme a la Sentencia Casatoria 892-2010, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, con lo cual los derechos de su representada como propietaria de Pesca Perú Callao Sur SA han sido plenamente restablecidos.

Arguye, además, que cumplió con remitir documento de fecha cierta al demandado y que, sin embargo, su pedido ha sido denegado con la alegación de que lo solicitado recae sobre información de carácter secreta.

Contestación de la demanda

El procurador público adjunto del Ministerio de la Producción contesta la demanda y solicita que esta sea declarada improcedente o infundada, ya que, si bien el accionante alega ser propietario de la fábrica ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao, aquel es propietario tan solo de los equipos que forman parte del establecimiento, pues no administra la empresa, tampoco es propietario de la producción.

De otro lado, señala que la oficina demandada está bajo la conducción del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), conforme a lo establecido por el Decreto Ley 21372. Por lo mismo, esta entidad tiene la obligación de cautelar la confidencialidad de la información producida por los órganos del sistema (artículo 9 del Decreto Legislativo 604). Además, conforme a lo establecido por el artículo 81 del Decreto Supremo 043-2001-PCM, Pesca Perú Callao Sur SA constituye una persona jurídica catalogada como fuente de información estadística del Sistema Nacional de Estadística y, por tanto, la información que de esta se origine se encuentra protegida por el secreto estadístico y la confidencialidad de la información (artículo 97 del referido decreto supremo).

Intervención litisconsorcial

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 19, de fecha 7 de marzo de 2017, declaró procedente el pedido de intervención litisconsorcial de Pesca Perú Callao Sur SA, en calidad de litisconsorte facultativo.

Pesca Perú Callao Sur SA contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que la empresa demandante no es propietaria del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA, ubicado en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao. Ello se debe a que, sin perjuicio de que la Comisión de Reestructuración Patrimonial de Indecopi mediante la Resolución 0215-2003-003/CCO-ODI-AQP, de fecha 30 de abril de 2003, declarara el inicio del procedimiento concursal ordinario de Remar SRL, a pedido de su acreedora, la empresa Armadores Pesqueros SA (Arpes), la junta de acreedores de Remar SRL acordó declarar su disolución y liquidación conforme a lo establecido por el artículo 74.2 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, aprobando la designación de Ordem SAC como la empresa encargada de llevar adelante el referido proceso. De esta manera, Ordem SAC procedió a la realización de los bienes que conformaban el activo de Remar SRL, constituido en un 99.98 % por acciones de la empresa Pesca Perú Callao Sur SA, la cual posteriormente transfirió dichas acciones a la Empresa Tecnológica de Alimentos SA (TASA), quien en la actualidad es su propietaria.

Con relación a la emisión de resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que declaró la nulidad del inicio del procedimiento concursal, es falso que dicha sentencia haya restituido la propiedad de Pesca Perú Callao Sur SA a Remar SRL, ya que solo se declaró la nulidad de la resolución administrativa. Tan es así que, en la etapa de ejecución de la referida resolución, respecto de la solicitud de “devolución” de la fábrica a favor de Remar SRL, la Sala la declaró improcedente, pues argumentó que “las actuaciones de esta Sala no pueden ir más allá de sus competencias determinadas por ley”, declarándose cumplida la sentencia y dejando a salvo el derecho de Remar SRL para que lo haga valer en la vía correspondiente.

Finalmente, señala que Produce no se encuentra obligada a entregar la información solicitada, pues existe un mandato legal respecto de ella en tanto ostenta la condición de “secreto estadístico”.

Sentencia de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda, pues, a su juicio, la información solicitada tiene carácter confidencial al recaer sobre producción de harina y aceite de pescado de los años 2005 al 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta Pesca Perú Callao Sur SA, dicha información ingresa a la data estadística de la Oficina del Ministerio de la Producción y, al ser fuente del Sistema Nacional de Estadística, tiene carácter secreto, con lo cual está inmersa en las causales de excepción de acceso a la información pública.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. De acuerdo con el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, para la procedencia del *habeas data* se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de su derecho, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del plazo establecido.
2. Al respecto, de autos se advierte el cumplimiento de tal requisito (fojas 48). La demandada, por su parte, dio respuesta a dicho pedido mediante el Oficio 068-2012-PRODUCE/OGTIE, de fecha 16 de julio de 2012. En este le señalan que no es factible atender lo solicitado debido a que la titularidad de la licencia de operación del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA corresponde a las empresas Grupo Sindicato Pesquero del Perú SA y Tecnológica de Alimentos SA. Además, la información exigida tiene carácter secreto, al ser fuente de información estadística conforme a lo normado por el artículo 97 del Decreto Supremo 043-2001-PCM.

Delimitación del asunto litigioso

3. En el presente caso, el recurrente solicita que se le informe, de manera detallada, la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales anuales de los años 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación 3204, ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao. De otro lado, Produce señala que la información solicitada está sujeta a las excepciones de acceso a la información pública por ser información secreta.
4. En tal sentido, corresponde determinar si la información solicitada es de acceso público o está sujeta a algunas de las excepciones establecidas normativamente.

Análisis del caso concreto

5. El inciso 5, del artículo 2, de la Constitución Política del Perú dispone que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Así, la Constitución ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información pública, cuyo contenido constitucionalmente protegido reside en el reconocimiento del derecho que le asiste a toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública; y no existe, por tanto, entidad del Estado o persona de derecho público excluida de la obligación respectiva (sentencia recaída en el Expediente 937-2013-PHD/TC).
6. Sin embargo, la misma disposición constitucional también ha establecido que se exceptuarán las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. En efecto, el artículo 17 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por Decreto Supremo 043-2003-PCM, ha establecido que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de información protegida, entre otros, por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil.
7. De otro lado, el Decreto Supremo 043-2001-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), estableció en su artículo 8 lo atinente a los órganos del INEI, incluyendo, entre otros, a las Oficinas Sectoriales de Estadística e Informática y demás Oficinas de Estadística e Informática de los Ministerios, de los Organismos Centrales, Instituciones Públicas Descentralizadas y Empresas del Estado. A su vez, en su artículo 81 dispuso lo siguiente respecto a las fuentes de información:

Son fuentes de información estadística del Sistema Nacional de Estadística, las personas naturales o jurídicas que se encuentran en el país, las que están obligadas a suministrar la información de uso estadístico a los órganos del Sistema, en la forma, términos y plazos que se fijen, en formularios aprobados por

Resolución Jefatural del INEI y publicados en el diario oficial El Peruano. Asimismo, son fuentes de información los registros administrativos del sector público.

Exceptúase de esta obligación a las fuentes cuya información considerada clasificada, afecta a la seguridad nacional.

8. Por su parte, el artículo 27 del Decreto Ley 21372, en relación a las fuentes de información señaló que:

Son fuentes de información estadística del Sistema las personas naturales o jurídicas que se encuentren en el país, las cuales están obligadas a suministrar la información de uso estadístico en la forma y términos que les fijen los órganos del Sistema.

Exceptúase de esta obligación a las fuentes cuya información, considerada clasificada, afecte a la Seguridad Nacional.

9. De otro lado, el artículo 31 del citado Decreto Ley 21372 estableció que:

La información proporcionada por las fuentes del Sistema tiene carácter secreto. No podrá ser revelada en forma individualizada, aunque mediante orden administrativa o judicial. Sólo podrán ser divulgados o publicados sus resultados estadísticos, en forma innominada

10. Asimismo, el artículo 9, literal q), del Decreto Legislativo 604, precisa que son funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática

Cautelar la confidencialidad de la información producida por los órganos de los Sistemas”

11. Ahora bien, resulta importante precisar que la información solicitada, en el caso concreto, se encuentra en poder de una entidad pública (Produce), por esta razón, en principio, podría argumentarse en favor de su acceso al público; no obstante, no necesariamente toda información que posean las instituciones públicas es de acceso libre, pues dentro del amplio abanico de información que poseen, pueden retener aquella que es elaborada por la misma entidad y cuyo acceso al público podría afectar la intimidad personal (por ejemplo, información recaída en una historia clínica, un informe sobre salud de un tercero, etc.). Sin embargo, también existe información que es proporcionada por personas naturales y jurídicas, cuyo origen es de carácter estrictamente privado (se excluye de esta categoría información susceptible de fiscalización y control público), con lo cual constituye información que pertenece a terceros y que además puede estar protegida por el “secreto bancario, comercial, industrial, tecnológico, etc.”, conforme así lo dispuso el citado artículo 17 del TUO de la Ley 27806.

12. Así, en el presente caso, se advierte que la demandada, Oficina General de Tecnología de la Información Estadística del Ministerio de la Producción, forma parte del Sistema Estadístico Nacional. Aquella, mediante el Oficio 068-2012-PRODUCE/OGTIE, de fecha 16 de julio de 2012, denegó el pedido del accionante con el sustento de que la

titularidad de la licencia de operación del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA corresponde a las empresas Grupo Sindicato Pesquero del Perú SA y Tecnológica de Alimentos SA. Además, alegó que la información exigida tiene carácter secreto, al ser fuente de información estadística conforme a lo dispuesto por el referido artículo 97 del Decreto Supremo 043-2001-PCM.

13. En efecto, la citada oficina denegó correctamente la información solicitada, pues dicha información no solo tiene origen privado, en tanto que fue proporcionada por el Grupo Sindicato Pesquero del Perú SA y Tecnológica de Alimentos SA (en diversos periodos, desde el 2005 al 2006 y del 2007 al 2012, respectivamente, conforme se detalla a fojas 278), sino que además se encuentra protegida por ley al constituir fuente de información estadística (artículo 81 del Decreto Supremo 043-2001-PCM), que luego pasó a formar parte de la base de datos de la Oficina General de Tecnología de la Información Estadística del Ministerio de la Producción como parte del Sistema Estadístico Nacional. En tal sentido, la información exigida en autos se encuentra restringida. A mayor abundamiento, la parte demandante tampoco ha acreditado fehacientemente tener la titularidad de Pesca Perú Callao Sur SA.
14. En ese sentido, se concluye que la divulgación de la información requerida se encuentra protegida por las excepciones que dispone el artículo 2, numeral 5, de la Constitución Política del Perú, con lo cual, corresponde declarar infundada la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la vulneración del derecho de acceso a la información pública de la parte recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

El recurrente, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, solicita que se ordene a la Oficina General de Tecnología de la Información y Estadística del Ministerio de la Producción (Produce) le informe, de manera detallada, la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales de 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204 - Pesca Perú Callao Sur SA.

Mis colegas magistrados consideran que dicha información es considerada secreta, en atención al artículo 81 del Decreto Supremo 43-2001-PCM, el artículo 31 del Decreto Ley 21372 y el artículo 9, literal q, del Decreto Legislativo 604, pues constituye fuente de información estadística.

Sin embargo, considero que dicha apreciación es equivocada. El “secreto estadístico” no se encuentra establecido en el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública como una de las excepciones al ejercicio del derecho en cuestión. En esa línea, debe recordarse que su artículo 18 precisa lo siguiente:

Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que *deben ser interpretados de manera restrictiva* por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. *No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley [énfasis agregado]*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho reside en la facultad que le asiste a toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, y que ninguna institución del Estado se encuentra excluida de esta obligación (*cfr.* Sentencia emitida en el Expediente 937-2013-HD/TC).

La sentencia en mayoría pretende apelar –sin decirlo expresamente– a dos de las excepciones previstas en el artículo 17 del mencionado TUO, referidas a:

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.
6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

Sin embargo, como puede apreciarse, el “secreto estadístico” no se encuentra en el catálogo cerrado del precitado numeral 2, y tampoco puede desprenderse de ninguno de sus componentes.

Además, en el caso del Decreto Supremo 43-2001-PCM – Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), cuyo artículo 81 precisa las fuentes de información estadística del Sistema Nacional de Estadística, se trata

de una norma *infralegal*, por lo que no puede ser considerada como una excepción al ejercicio del derecho en cuestión, en atención al precitado numeral 6 del artículo 17 del TUO.

Con relación al Decreto Ley 21372 – Ley del Sistema Estadístico Nacional, cuyo artículo 31 establece el carácter secreto de la información proporcionada por las fuentes del Sistema, se trata de una norma que *no ha sido aprobada por el Congreso* de la República, por lo que tampoco puede ser considerada como una excepción.

Y, respecto del Decreto Legislativo 604 – Ley de Organización y Funciones del INEI, cuyo artículo 9, literal q, establece como una de sus funciones la de cautelar la confidencialidad de la información producida por los órganos del sistema, se trata de una norma que *tampoco ha sido aprobada por el Congreso*.

Sin perjuicio de lo expuesto, las excepciones que puedan ser establecidas en atención al ejercicio de este derecho no solo deben cumplir exigencias formales sino también materiales. Eso implica que, incluso en el supuesto de existir alguna ley aprobada por el Congreso de la República que incorpore el secreto estadístico, esta debe ser compatible con la Constitución.

Como se precisa en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, con excepción de aquella que afecte la intimidad personal y la que *expresamente* se excluya por ley o por razones de seguridad nacional. Por tanto, la publicidad es la regla y el secreto, la excepción.

No puede, pues, prohibirse la entrega de información que no corresponda a los supuestos antes mencionados, pues ello solo conllevaría a una cultura del secretismo, contraria a todo estado que se precie de ser democrático.

Por tanto, siendo que la información solicitada no se condice con alguno de los supuestos de excepción, es pública y corresponde ordenar su entrega. Además, conviene precisar que la publicidad de la producción de harina y aceite de pescado coadyuva a una adecuada fiscalización ciudadana del uso sostenible de nuestros recursos naturales, que son patrimonio de la Nación, conforme al artículo 66 de la Constitución.

Depredar nuestro mar implica también depredar una de las industrias que mayores ingresos económicos le ha traído al país: el Perú es el primer productor de harina y aceite de pescado del mundo. La transparencia en dicho sector es una garantía de su sostenibilidad.

Por demás, siendo pública la información que se solicita, resulta irrelevante la discusión acerca de la titularidad de la licencia de operación del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA.

En consecuencia, considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA** y, por tanto, debe ordenarse la entrega de la información solicitada, previo pago del costo de reproducción correspondiente.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME
EN EL QUE OPINA POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA**

Discrepo de la sentencia de mayoría que declara **INFUNDADA** la demanda, por cuanto, a mi juicio, esta debe ser declarada **FUNDADA** por las razones que paso a exponer.

1. La sociedad demandante solicitó al Ministerio de la Producción que le informe de manera detallada sobre la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los años 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204, ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao, invocando su derecho de acceso a la información pública, en su calidad de propietaria de la mencionada fábrica.
2. Al respecto, se aprecia de autos que la negativa de la emplazada de entregar la información requerida carece de fundamento amparable, pues no se sustenta ni en la Constitución, ni en las causales establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley 27806, LTAIP).
3. Ciertamente, no resulta sustento amparable la simple afirmación que la parte demandante no es propietaria de la mencionada fábrica ni la simple invocación al Decreto Ley 21372, al Decreto Legislativo 604 y al Decreto Supremo 043-2001-PCM, que no rigen para el caso de autos por colisionar con lo dispuesto por el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, respecto a las restricciones al acceso a la información pública, y con la acotada LTAIP.
4. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en principio, toda la información en poder del Estado se presume pública, con la salvedad de las excepciones contenidas en la ley, que en el caso del derecho de acceso a la información pública han sido desarrolladas en la LTAIP, la cual fue publicada el 2 de agosto de 2002 y entró en vigencia el 2 de enero de 2003, quedando abrogadas todas aquellas normas que no se adecuaran a este nuevo texto normativo.
5. De otro lado y por lo demás, soy de opinión que la información requerida carece de elementos necesarios para ser restringida porque no se encuadra en ninguno de los supuestos contenidos en el artículo 15 de la LTAIP.
6. Es más, el acceso a la información sobre la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los años 2005 a 2012, que es la requerida por la parte accionante, no lesiona ningún otro derecho fundamental ni tiene el carácter de reservada, secreta o confidencial, dado que esa misma información es utilizada en sus anuarios estadísticos y publicaciones anuales por el Ministerio de la Producción para publicitar cómo se ha ido desarrollando la producción de dichos productos a nivel nacional.

Sentido de mi voto

Mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia,

ORDENAR al Ministerio de la Producción entregar la información requerida a la parte demandante, previa determinación y pago del costo de reproducción, más el pago de costos.

S.

BLUME FORTINI

**B. PROCESOS DE
TUTELA DE DERECHOS**

**B.4. PROCESOS
DE CUMPLIMIENTO**

Pleno. Sentencia 390/2020

EXP. N.º 06349-2015-PC/TC

AMAZONAS

SANTIAGO MANUIN VALERA Y WRAYS PÉREZ RAMÍREZ

Con fecha 14 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de cumplimiento.

Asimismo, el magistrado Miranda Canales formuló fundamento de voto, los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada formularon sus votos singulares y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera presentó su voto en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, aprobados en el Pleno del día 19 de abril de 2017, y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en el Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Carlos Ruiz Molleda, en representación de Santiago Manuín Valera y Wrays Pérez Ramírez, contra la resolución de fojas 132, de fecha 15 de setiembre de 2015, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 14 de octubre de 2014, los actores interponen proceso de cumplimiento contra el presidente de la Corte Superior de Amazonas. Solicitan que se dé cumplimiento efectivo a lo dispuesto por el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, el cual establece la obligación del Poder Judicial de proporcionar intérpretes en todos los procesos penales realizados en la Corte Superior de Justicia de Amazonas cuando los procesados pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo. Dicha obligación, según ellos, es una manifestación de lo establecido en el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Estado, según el cual “todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”.

Contestación de la demanda

Mediante escrito de 5 de diciembre de 2014, la Procuraduría Pública del Poder Judicial contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente o infundada debido a que el petitorio de los recurrentes no se ajusta a los requisitos de procedibilidad para los procesos de cumplimiento determinados por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0168-2005-PC/TC; por lo tanto, la demanda debe tramitarse por la vía del proceso contencioso administrativo. Asimismo, sostiene que el Poder Judicial viene desarrollando una serie de actividades

que promueven espacios de coordinación, capacitación y sensibilización sobre los derechos de los indígenas involucrados en procesos judiciales para que puedan contar con la asistencia de intérpretes cuando así se requiera, todo ello con el fin de dar cumplimiento a lo que establece la Ley 29735, (la cual regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de lenguas originarias), que se está implementando acorde a lo previsto en la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural del Poder Judicial. Atendiendo a ello, el Poder Judicial realizó una capacitación personalizada a intérpretes titulares de la etnia awajun-wampis para el proceso judicial denominado caso “Baguazo”; asimismo, realizó el “Primer curso de especialización en temas de justicia intercultural para traductores e intérpretes de lenguas indígenas”, donde también participaron los intérpretes asignados al citado caso. Además, afirma que se encuentra en proceso de implementación el Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas del Poder Judicial, en el cual serán registrados los participantes que aprobaron el curso de especialización; y que en los distritos judiciales del país, a través de las oficinas Distritales de Apoyo a la Justicia de Paz (ODAJUP), se vienen desarrollando actividades relacionadas a la justicia intercultural, como es el caso del I Seminario sobre Justicia Intercultural, organizado por la propia Corte Superior de Justicia de Amazonas.

Sentencia de primera instancia o grado

Con fecha 23 de abril de 2015, el Juzgado Mixto Penal Unipersonal de Condorcanqui de la Corte Superior de Justicia de Amazonas declaró infundada la demanda, dado que los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal deben ser cumplidos dentro de un proceso judicial específico por parte de los magistrados que conocen el caso y no por el presidente de la Corte Superior de Justicia, quien carece de legitimidad pasiva para ser emplazado por estar fuera de sus atribuciones. De otro lado, se concluye que existen otras vías específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho amenazado. Asimismo, manifiesta que no se ha agotado la vía administrativa previa ni se ha verificado la existencia de acciones concretas que comprueben la actitud renuente por parte del obligado a cumplir con el mandato.

Resolución de segunda instancia o grado

Con fecha 15 de setiembre de 2015, la Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas confirmó la sentencia de primera instancia o grado, debido a que en autos no obran actas de audiencias de cuyo contenido se pueda evidenciar que los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas hayan omitido designar intérpretes a los procesados awajun-wampis en los diversos procesos penales que afrontan respecto al caso “Baguazo”. Por el contrario, en dicho proceso penal se advierte que los procesados cuentan con un intérprete. Igualmente, existe un proceso de implementación del Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas. En conclusión, no se advierte que se haya producido incumplimiento alguno. En todo caso, los recurrentes pueden hacer uso de mecanismos procesales y constitucionales pertinentes si consideran que sus derechos de defensa y al debido proceso se encuentran afectados.

FUNDAMENTOS

Delimitación de la situación controvertida

1. Tal como se advierte de autos, este Tribunal Constitucional considera que los recurrentes solicitan que la Corte Superior de Justicia de Amazonas cumpla con proveer, de manera permanente y potencial, a los miembros de la etnia awajun- wampis que no hablen idioma castellano o tengan problemas para entenderlo, intérpretes que cuenten con conocimientos jurídicos que les permitan traducir a dicho idioma los términos propios de los procesos penales que enfrenten en dicha Corte cuando sea requerido; ello en cumplimiento de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal y del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Análisis de procedencia de la demanda

2. De acuerdo con el artículo 200, inciso 6, de la Constitución, el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Por su parte, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional dispone que el objeto del proceso de cumplimiento sea ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.
3. Este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC, ha establecido, con calidad de precedente que por medio del proceso de cumplimiento se tutela el derecho constitucional de asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del mencionado proceso constitucional.
4. De otro lado, el citado precedente estableció también que, sea cual fuere el supuesto específico de incumplimiento invocado en la demanda, el actor deberá acreditar *no solo* la renuencia de la autoridad involucrada, sino que, además, deberán tomarse en cuenta las características mínimas comunes del mandato cuyo cumplimiento se solicita. Este Tribunal ha precisado que, para el caso del incumplimiento de normas legales, esos requisitos son los siguientes:
 - a) Ser un mandato vigente.
 - b) Ser un mandato cierto y claro; es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
 - c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
 - d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.

- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento
- e) Ser incondicional.

Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a las que se hace referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

5. Los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, cuyo cumplimiento se exige en el presente caso, cumplen con las características de ser normas ciertas, vigentes, claras; no estar sujetas a una controversia compleja ni a interpretaciones divergentes; así como ser ineludibles y de obligatorio cumplimiento, y ser incondicionales. Asimismo, el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado es una norma constitucional cuyo cumplimiento es pasible de ser exigido mediante el proceso de cumplimiento, ello conforme a lo resuelto por este Tribunal en el Expediente 05427-2009-PC/TC, fundamento 15, en virtud del principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula con relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional, como ocurre en el presente caso. Por lo tanto, el petitorio planteado es pasible de ser analizado mediante el proceso de cumplimiento.

Norma cuya efectivización se exige mediante el proceso de cumplimiento

Nuevo Código Procesal Penal

Decreto Legislativo N° 957

Artículo 114 Idioma

[...]

2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.
3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

Delimitación y evaluación del petitorio como objeto del proceso de cumplimiento

6. A partir de la revisión de los autos del presente proceso de cumplimiento, este Tribunal advierte que los recurrentes están solicitando el cumplimiento del artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, para la totalidad de procesos a los cuales se enfrenten los miembros de la etnia nativa awajun-wampis en los que por razones de desconocimiento o limitaciones idiomáticas requieran de un intérprete en dichos idiomas. En efecto, de la demanda de cumplimiento presentada por los recurrentes, se puede colegir claramente que su pretensión está orientada a buscar dar cumplimiento concreto a lo dispuesto en la norma referida para todos los casos en los que miembros de la etnia awajun-wampis se vean inmersos, y no respecto únicamente del proceso denominado “Baguazo”. Por tanto, la pretensión de los recurrentes no se limita a la facilitación de intérpretes para el proceso “Baguazo”, sino que es mucho más amplia, dado que apunta a todo tipo de proceso que los miembros de la etnia awajun-wampis enfrenten en la Corte Superior de Justicia de Amazonas. En ese sentido, este Tribunal disiente del argumento esgrimido por el *ad quem* cuando sostiene que, dado que en autos no obran actas de audiencias de cuyo contenido se pueda evidenciar que los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas hayan omitido designar intérpretes a los procesados awajun-wampis en los diversos procesos penales que afrontan respecto al caso “Baguazo”, y que, por el contrario, en dicho proceso penal se advierte que los procesados cuentan con un intérprete, no se estaría evidenciando un incumplimiento del artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal.
7. Ciertamente, que exista un proceso de implementación del Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas, es una actividad necesaria para el cumplimiento del mandato contenido en la norma procesal cuyo cumplimiento se solicita; sin embargo, ello no es una actividad suficiente como para afirmar que dicha norma ha sido cumplida. En efecto, la implementación de una política no equivale a su completa realización. De ahí que no sea válido deducir la conclusión de que no existe incumplimiento de un mandato, porque se está desarrollando una política de implementación. Lo contrario equivaldría a que basta con la afirmación que se han iniciado acciones encaminadas a la consecución de un determinado objetivo para asegurar que dicho objetivo ya ha sido alcanzado.
8. Tal como ha sido expuesto, el *mandamus* contenido en la norma procesal cuyo cumplimiento se exige mediante el presente proceso satisface los requisitos mínimos de procedibilidad, ya que está acreditada la renuencia de los emplazados, por lo que corresponde estimar la demanda. Dicho incumplimiento no solamente afecta la norma procesal objeto del presente proceso, sino que también representa una afectación grave al contenido constitucionalmente protegido del derecho que tienen los recurrentes a expresarse en su propio idioma ante las autoridades judiciales. En efecto, si la autoridad jurisdiccional carece absolutamente de un servicio permanente y potencial de intérpretes que permitan expresarse a los procesados en un idioma conocido por ellos o si dicho servicio es meramente contingente y sujeto a interrupciones, no se está

dando cumplimiento efectivo al mandato tanto de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal como del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. Como regla general se puede plantear el siguiente enunciado: si una persona, cuya lengua materna es diferente al idioma en el cual se desarrolla el proceso judicial que enfrente, carece de conocimiento de dicho idioma o tiene problemas para entenderlo, el órgano judicial competente tiene la obligación constitucional de poner a disposición de manera permanente y potencial intérpretes legos en derecho que estén en capacidad de traducir al idioma materno de dicha persona las circunstancias fácticas y jurídicas propias del proceso que enfrenta. En ese sentido, ante el derecho subjetivo de los ciudadanos a expresarse ante la autoridad en su propio idioma, corresponde correlativamente un deber por parte del Estado de poner a disposición de los procesados de manera permanente y potencial intérpretes que permitan al titular del derecho subjetivo expresarse en su propio idioma ante la autoridad. Solo de esta manera se da un cumplimiento cabal al *mandamus* o contenido de deber ser de la norma procesal cuyo cumplimiento se exige mediante el presente proceso.

9. En tal sentido, al estimarse la demanda, resulta de aplicación el artículo 56 del Código Procesal Constitucional. Por lo tanto, este Tribunal impone el pago de los costos procesales conforme a la liquidación que se establezca en la etapa de ejecución de la presente sentencia, la misma que deberá ser pagada por la demandada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, porque se ha acreditado la renuencia de la Corte Superior de Justicia de Amazonas en dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el sentido de proporcionar a los miembros de la etnia nativa awajun-wampis que carezcan de conocimientos de idioma castellano o que tengan problemas para entenderlo un intérprete en dichos idiomas, para todos los procesos que ellos enfrenten en la mencionada Corte Superior
2. Ordenar que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el plazo máximo de 10 días.
3. Condenar a la demandada al pago de costos procesales. Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la libertad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.
2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas¹. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción “derechos sociales” tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales².
3. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.
4. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales³.
 - Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.

¹ MAZZIOTTI, Manlio. “Diritti sociali”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803. ² KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19

² KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.

³ PACHECO TORRES, Miguel Ángel. El estado del estado social. Una cuestión pendiente. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.

- Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.
 - Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.
5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.
 6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población⁴.
 7. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos⁵.
 8. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.
 9. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que la diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional⁶ con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

⁴ Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

⁵ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

⁶ Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

10. De conformidad a lo anterior, es necesario que el Tribunal Constitucional establezca parámetros para que todos los jueces constitucionales puedan realizar un control constitucional mínimo respecto de los derechos sociales fundamentales así como de los instrumentos normativos que los contengan, es decir, las políticas públicas.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

11. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
12. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
13. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).
14. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
15. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos⁷.

⁷ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento”.

En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

16. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
17. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
18. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios⁸:
 - 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 sustancial 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 de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.

En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

⁸ Ídem, pp. 147-148.

19. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido⁹.

El Derecho a la Vivienda

20. Si bien el caso concreto es un proceso de cumplimiento, no puede perderse de vista que la norma cuya efectivización se exige, está íntimamente ligada a la tutela de los derechos sociales y el derecho a la igualdad. En consecuencia, nuestra decisión también debe tomar en cuenta dichos derechos fundamentales.

S.

MIRANDA CANALES

9 Ídem, pág. 153.

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, considero que la demanda debe desestimarse.

El demandante pretende que se dé cumplimiento al artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal, como manifestación del derecho a la identidad étnica y cultural, a favor de los pueblos indígenas Awajún y Wuanpis, que señala, que

Artículo 114 Idioma.-

1. Las actuaciones procesales se realizan en castellano.
2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.
3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

El precedente recaído en la STC 00168-2005-PC/TC establece que, además de demostrar que el mandato de la ley o acto administrativo sea un mandato vigente; cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal; de ineludible y obligatorio cumplimiento; e incondicional; también debe acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública.

En el caso de autos, no advierto una actitud renuente por parte de la Corte Superior de Justicia de Amazonas y tampoco inactividad por cumplir las normas objeto de cumplimiento. En efecto, independientemente del debate acerca de si los artículos en cuestión están dirigidos al juez en un proceso judicial concreto o a la corte superior, existe un proceso de implementación de un servicio de intérpretes de leguas nativas y, al mismo tiempo, el mismo recurrente ha expuesto que en el interior del proceso penal instaurado en ocasión de los hechos del “Baguazo” que se ha cumplido con proporcionar de intérpretes a los indígenas procesados, de conformidad con el artículo 114 del Código Procesal Penal.

En su escrito de demanda (foja 5) señala que el “14 de mayo del año 2014 se dio inicio al juicio oral en la Sala de apelaciones transitoria de Bagua-Amazonas; sin embargo el desarrollo de toda la audiencia se llevó a cabo sin presencia de intérprete para los indígenas que no hablan el idioma español, motivo por el cual la audiencia tuvo que suspenderse hasta nueva fecha” (sic); sin embargo, es “recién para la segunda audiencia que el Ministerio de Cultura proporcione dos intérpretes” (sic). Es decir, ante la falta de intérpretes, el juicio oral se suspendió hasta que fue proporcionado la asistencia de estos a los inculpadados.

Esto va en la línea de lo expresado, en su contestación de demanda (foja 49), por el Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, quien da cuenta de la capacitación personalizada que realizó este poder del Estado, a través de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP), a los intérpretes titulares Isaac Paz Suikai y Dina Ananco Ahuananchi de las etnias Awajún y Wampis, así como a los intérpretes suplentes, designados por el Ministerio de Cultura para el proceso judicial del denominado caso “Baguazo”.

Asimismo, dicho procurador público también informa del Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional suscrito entre el Poder Judicial y el Ministerio de Cultura; y de que se encuentra en proceso de implementación el Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas del Poder Judicial, donde serán registrados los participantes que aprobaron el curso de especialización antes mencionado, registro que, según reciente seguimiento, observo que se viene ya materializando, conforme a la Resolución Administrativa 008-2019-CE-PJ, de fecha 9 de enero de 2019, que aprueba el reglamento del registro en cuestión, el protocolo para la participación de traductores e intérpretes de lenguas indígenas u originarias en procesos judiciales, así como el Código de Ética de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial.

Por otro lado, y en todo caso, no se verifica probatoriamente en autos que, en ocasión de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, la corte superior de justicia emplazada, los jueces del proceso penal del caso conocido como “Baguazo” o que los jueces de algún proceso judicial en dicha corte hayan negado o entorpecido la garantía de intérpretes a procesados indígenas que ignoren el castellano. De la revisión del expediente autos no es posible encontrar información alguna.

En ese sentido, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de cumplimiento.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular pues no estoy de acuerdo con el fallo ni con la fundamentación de la sentencia en mayoría.

Los recurrentes solicitan que se ordene a la presidenta de la Corte Superior de Justicia de Amazonas cumplir con el artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal cuyo texto es el siguiente:

2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente
3. Debe proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

Manifiestan que la emplazada es renuente a cumplir con la norma legal en cuestión, fundamentalmente, por las siguientes razones (cfr. fojas 9):

- El 14 de mayo del año 2014 (sic) se dio inicio al juicio oral en la Sala de apelaciones y transitoria de Bagua-Amazonas; sin embargo el desarrollo de toda la audiencia se llevó a cabo sin presencia de intérprete para los indígenas que no hablan el idioma español, motivo por el cual la audiencia tuvo que suspenderse hasta nueva fecha.
- Es recién para la segunda audiencia que el Ministerio de Cultura proporcionó dos intérpretes.
- Salvo para el proceso del Baguazo (sic), absolutamente ninguno de los miembros de los pueblos indígenas procesados por los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, cuentan con intérpretes.
- En estos momentos los indígenas de las comunidades nativas Awajún y Wampis carecen de intérpretes cuando son procesados por los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas
- El día 10 de julio pasado, el Presidente de la Sala encargada del proceso por la Curva del Diablo informó que el Viceministro de Interculturalidad les ha comunicado que solo financiarán los gastos de los dos intérpretes hasta fines de este mes de Julio.

Sin embargo, esas afirmaciones no se sustentan en medio probatorio alguno; son un mero dicho. A lo largo del proceso, los recurrentes no han presentado un solo documento que demuestre la renuencia de los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas a cumplir con el artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal.

Por el contrario, del escrito de contestación de la demanda (cfr. fojas 49), se advierte que el Poder Judicial y, en particular, la Corte Superior de Justicia de Amazonas viene adoptando diversas medidas dirigidas a cumplir con la norma legal en cuestión. Ese hecho, inclusive, es reconocido por el fundamento jurídico 7 de la sentencia en mayoría.

En consecuencia, la demanda de cumplimiento debe ser desestimada pues no está acreditado el cumplimiento del requisito de procedibilidad del artículo 66 del Código Procesal Constitucional; esto es, la renuencia de la emplazada a cumplir con la norma legal invocada por los demandantes.

Por tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de cumplimiento.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas en la presente causa, pero creo necesario añadir las consideraciones en torno que anoto a continuación.

1. En primer lugar, expreso mi pesar por el fallecimiento del dirigente y promotor de los derechos humanos Santiago Manuin Valera, además, en un contexto que nos dice mucho acerca de las deudas de nuestra comunidad política en materia de derechos fundamentales con todos y todas, y en especial con algunas comunidades, como es el caso de los pueblos originarios.
2. Además de ello, y en atención a lo ocurrido, también creo que es oportunidad para poner de relieve que la justicia constitucional le falla, no solo a quienes acuden a ella, sino a toda la comunidad, cuando no resuelve las causas que tiene ante sí a tiempo. Seguramente son muchas las razones que los jueces o juezas podemos invocar frente a estas demoras, algunas más atendibles o comprensibles que otras, sin embargo, en cualquier caso, es necesario tener en cuenta que, con dichos retardos, en última instancia se agrava cualquier lesión iusfundamental que podría estar ocurriendo.
3. Valga señalar todo esto, pues, no solo un gesto de constricción, sino como una ocasión para renovar el compromiso del Tribunal Constitucional, no de manera formal o discursiva con los derechos y las personas o las comunidades desfavorecidas, sino en los hechos, resolviendo pronto y bien, sin formalismos obcecados o tutelas solo de apariencia. Creo que este es el ánimo que nos congrega y, sobre todo, moviliza a los siete integrantes de este Alto Tribunal.
4. Señalado lo anterior, deseo relevar los alcances del derecho de defensa vinculado a casos como este. Si bien se trata de un proceso de cumplimiento, en el que se exige el acatamiento de una norma con rango legal, me parece imposible no tomar en cuenta que estamos ante un ámbito directamente relacionado con los derechos fundamentales, en especial el de las comunidades originarias, que no hablan el idioma español. En efecto, las disposiciones cuyo cumplimiento se exige son los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo n.º 957:

“2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.

3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.”

5. Ello se entiende mejor en el marco de lo prescrito en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, que establece “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente, y por escrito, de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.
6. Al respecto, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que “constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, **se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión** y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés” (Cfr. STC Exp. n.º 05085-2006-PA, 4719-2007-HC, entre otras).
7. Desde luego, el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido. (STC Exp. n.º 07731-2013-PHC, f. j. 6).
8. En este orden de ideas, no debe olvidarse además que, en un contexto de convencionalización del Derecho, se deben respetar los parámetros convencionales, lo cual incluye no solo prestar atención a los derechos recogidos en la Convención Americana o en la interpretación vinculante de dicha Convención, sino también a los distintos documentos que, en el ámbito de sus competencias, brindan tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a cuestiones controvertidas.
9. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 ha señalado que “El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla”.
- En tanto que en la Opinión Consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa “ incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos”.
10. Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que “toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor” (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d).

11. Ahora, y también directamente vinculado con las disposiciones legales cuyo cumplimiento se exige, lo hasta aquí señalado debe interpretarse también, en función de lo dispuesto en el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, cuyo segundo párrafo establece que “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”. En este sentido, los demandantes no están exigiendo el cumplimiento de una norma solo de rango, sino también de alcance constitucional.
12. De manera complementaria, debo precisar que este derecho no implica solamente una mera facultad de uso del propio idioma ante alguna autoridad específica, sino que representa también, en casos referidos a territorios bilingües o con un uso mayoritario de una lengua originaria, una auténtica manifestación del derecho a la identidad cultural. En efecto, debido a que a través del uso de un idioma originario este es reconocido, preservado, protegido y conservado, determinada comunidad termina siendo proyectada en tanto grupo humano con particulares y distintivas características culturales.
13. Además de lo ya indicado, en el marco de lo resuelto es necesario insistir en un asunto al cual ya me he referido en una anterior ocasión (fundamento de voto de la STC 05656-2015-HC); me refiero a la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, y por ello debe, precisamente, abordar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, reitero, el artículo 2, inciso 19 de la Constitución debe entenderse no solo como el derecho a usar el propio idioma a través de un intérprete, sino que debe propender además a la generación de un sistema que incluya autoridades bilingües en aquellas regiones bilingües o en las que las lenguas originarias sean habladas de forma mayoritaria por sus habitantes, a efectos de propiciar un trato directo y más cercano entre el ciudadano y el funcionario público. Ello constituiría una auténtica expresión del efectivo reconocimiento del Estado Constitucional a la pluralidad étnica y cultural existente en nuestro país. Más aún, permitiría superar realmente la situación deficitaria encontrada en las autos, donde se acredita que se podría contar con una limitada cantidad de intérpretes, para un determinado número de traducciones al año y únicamente para 17 Cortes Superiores (de un total de 34 Cortes Superiores actualmente existentes, según información publicada en la página oficial del Poder Judicial: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/).
14. Por cierto, si bien la importancia de lo anterior ya ha sido, en cierta medida, reconocida en la STC Exp. n.º 00889-2017-AA (caso Cáceres Tinoco), pues en dicho caso, de manera sin duda correcta, se reconoce al derecho a usar propio idioma y se exhorta a que se oficialice el uso de las lenguas originarias predominantes, finalmente su impacto ha sido limitado, debido al modo en que quedaron dispuestos los mandatos allí previstos, tratándose de una sentencia estructural, como lo dejé expresado entonces en mi fundamento de voto. En tal sentido, y considero que esta hubiera sido una excelente ocasión para, con base en lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional en anteriores

ocasiones y lo aquí explicado, se pudiera avanzar en lograr la efectiva tutela de estos ámbitos iusfundamentales.

15. Además de lo anterior, conviene precisar asimismo que el derecho a usar el “propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete” contenido en el artículo 2, inciso 19, si bien comprende al lenguaje hablado, puede referirse también a otras formas de comunicación consideradas constitucionalmente valiosas. Ello en la medida que estas permiten aquello que la citada norma iusfundamental persigue. Eso, a saber, implica lograr que la persona que se enfrenta a una autoridad pueda conocer y ser informada del procedimiento o proceso en el que está incurso, y que pueda dar a entender de la manera más fiel posible su verdadera intención o sus intereses.
16. En este sentido, bien visto, el “propio idioma” puede aludir igualmente al lenguaje de señas (cfr. STC Exp. n.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).

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020.

Pleno. Sentencia 828/2020

**EXP. N.º 03799-2018-PC/TC
LORETO**

**COMUNIDAD NATIVA DE CUNINICO Y OTROS,
representado por GALO VÁSQUEZ SILVA (JEFE DE LA COMUNIDAD)**

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de noviembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa Saldaña-Barrera han emitido, por unanimidad, la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de cumplimiento que dio origen al Expediente 03799-2018-PC/TC.

Asimismo, el magistrado Sardón de Taboada formuló fundamento de voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, los 24 días del mes de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; y con el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Carlos Ruiz Molleda abogado de la Comunidad Nativa de Cuninico, contra la resolución de fojas 3093, de fecha 24 de enero de 2018, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, en el extremo que desestimó la demanda de cumplimiento del punto 4 del anexo 4 del Decreto Supremo 081-2007-EM.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de febrero de 2015, don Galo Vásquez Silva, jefe de la Comunidad Nativa de Cuninico, Armando Arce del Águila, Jefe de la Comunidad Nativa Nueva Esperanza; don Pablo Silva Salinas, jefe de la Comunidad Nativa Nueva Santa Rosa; y don Julio Arirua Nashnato, jefe de la Comunidad Nativa San Francisco, interponen demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud, la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), la Dirección General de Epidemiología, Petroperú, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Gobierno Regional de Loreto, el Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci) y el Ministerio de Ambiente.

Respecto al Ministerio del Ambiente, Ministerio de Salud y el Gobierno Regional de Loreto, sostienen que han incumplido los artículos 2 y 3 de la Ley que regula la Declaratoria de Emergencia Ambiental, Ley 28804, y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 0024-2008-PCM.

Con relación al Ministerio de Salud por: i) no implementar un sistema de emergencia para atender la salud de las personas afectadas por el derrame de petróleo, para lo cual debe priorizar a la población más vulnerable, en cumplimiento de los artículos 103, 105, 106 y 123 de la Ley General de Salud (Ley 26842); ii) el cumplimiento del artículo 5, inciso 7, de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (Ley 27657); iii) el cumplimiento del artículo 55, incisos d, y 57, inciso b, del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, aprobado por Decreto Supremo 023-2005-SA; y iv) el cumplimiento de los artículos 5, 6 y 7 del Decreto Legislativo 1156 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 001-2004-SA.

Sobre Digesa sostienen que no ha cumplido con los puntos 2 y 3 del Anexo 4 del Procedimiento para control de emergencias, contenido en el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos, aprobado por Decreto Supremo 081-2007-EM.

De igual manera, aduce que tanto Digesa como la Dirección General de Epidemiología incumplieron el artículo 6 de la Ley que regula la Declaratoria de emergencia ambiental, Ley 28804, y la Norma técnica de salud 053-MINSA/DGE-V.01, aprobada por Resolución Ministerial 1019-2006-MINSA.

Añaden que Petroperú no ha cumplido con los puntos 3.2 y 4 del Anexo 4 del Procedimiento para control de emergencias, contenido en el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos, aprobado por Decreto Supremo 081-2007.

Respecto a Osinergmin, aseveran que no han cumplido con sus facultades de supervisión y fiscalización del oleoducto norperuano, contenidas en el artículo 70 del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo 082-2007-EM.

En contra de OEFA, por no haber cumplido con establecer medidas cautelares contra Petroperú, en favor de las comunidades nativas afectadas por el derrame de petróleo en la quebrada de Cuninico, en cumplimiento del artículo 21 de la Ley 29352.

En cuanto al Gobierno Regional de Loreto, sostienen que no han cumplido con: i) el artículo 14 de la Ley 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres y los artículos 11, 31, 32, 33 y 34 del Reglamento de la Ley 29664, aprobado mediante Decreto Supremo 048-2011-PCM; y ii) el artículo 49 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867.

Respecto a Indeci, señalan que no ha cumplido los artículos 13 y 14 de la Ley 29664, y los artículos 11 y 31 del Reglamento de la mencionada ley.

Sobre el Ministerio del Ambiente, alegan que no han cumplido con regular efectivamente el estándar de calidad ambiental para el agua, más aún cuando los “Estándares nacionales de calidad ambiental para el agua”, aprobados por el Decreto Supremo 002-2008-MINAM, y las Disposiciones para la implementación de los estándares nacionales de calidad ambiental para agua, aprobadas por Decreto Supremo 023-2009-MINAM, no son suficientes para la fiscalización de acuíferos, lo cual constituye una omisión legislativa.

Mediante escrito de fecha 14 de abril de 2015, OEFA contesta la demanda y refiere que esta debe ser declarada improcedente o infundada. Detalla que sí han cumplido con su labor de fiscalización y supervisión. Respecto al otorgamiento de medidas cautelares, menciona que los demandantes no especificaron el tipo de medida ni adjuntaron los medios probatorios que acrediten su pretensión.

Contestaciones de los demandados

El Ministerio del Ambiente contesta la demanda mediante escrito de fecha 15 de abril de 2015. Relata que sí ha cumplido con sus competencias, pues ha dictado normas para la implementación de los estándares de calidad ambiental.

Osinermin, mediante escrito de fecha 15 de abril de 2015, contesta la demanda sosteniendo que las funciones que presuntamente ha incumplido, han sido transferidas a OEFA. Añade que únicamente tiene competencias respecto a la supervisión y fiscalización del oleoducto norperuano, que sí ha cumplido.

Petroperú contesta la demanda mediante escrito de fecha 13 de abril de 2015. En líneas generales aduce que dichos eventos han sido ocasionados por terceros, hecho que los eximiría de responsabilidad. Por ello, requiere que previamente se acredite la existencia del daño a los demandantes.

La Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, la Dirección General de Salud (Digesa) y la Dirección General de Epidemiología, mediante escrito de fecha 17 de abril, contesta la demanda. Alega que el Ministerio de Salud no es la entidad responsable para emitir la declaratoria de emergencia ambiental. De igual manera, que Digesa ha cumplido plenamente con sus competencias, pero no puede asumir la responsabilidad de la empresa operadora, presuntamente causante del derrame de petróleo. Los mismos argumentos son esgrimidos a favor de la Dirección General de Epidemiología.

Indeci, mediante escrito de fecha 18 de mayo de 2015, contesta la demanda. Manifiesta que las normas objeto de cumplimiento se encuentran sujetas a controversia compleja. Añade que en los casos de derramamiento de petróleo ha cumplido con sus competencias.

El Gobierno Regional de Loreto, mediante escrito de fecha 23 de julio de 2015, contesta la demanda. Argumenta que no se ha acreditado que los recurrentes hayan solicitado previamente el cumplimiento de lo que ahora demanda. Asimismo, señala que ha cumplido cabalmente con todas sus competencias.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Mixto Loreto – Nauta, mediante 45, de fecha 13 de setiembre de 2017, declara fundada en parte la demanda. En líneas generales sostiene que las entidades demandadas no han cumplido con los mandatos contenidos en los documentos normativos previamente señalados. Por consiguiente, decide lo siguiente:

“1. Se **ORDENA** al Ministerio de Salud y a la Dirección General de Epidemiología, dentro del plazo de treinta días, diseñen e implementen una Estrategia de Salud Pública de emergencia, que permita establecer un programa de atención médica, así como de vigilancia epidemiológica ambiental y sanitaria, incluyendo el monitoreo constantes de los estándares de salubridad del agua; asimismo ejecuten un programa de asistencia y atención en salubridad a la población, en especial a los niños, niñas, madres gestantes y adultos mayores, a efectos de identificar a las personas que pudieron haber sido afectadas por las consecuencias del derrame de petróleo y brindarles la atención médica pertinente.

2. Se ordena que el Ministerio de Salud y la Dirección General de Epidemiología, transcurrido el plazo mencionado en el punto precedente, informe

documentadamente sobre el avance de la ejecución de la estrategia de salud y salubridad, al Juzgado Mixto de la Provincia de Loreto Nauta, respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente.

3. Se exhorta al Gobierno Regional de Loreto, a la Municipalidad Provincial de Loreto Nauta que, en coordinación con las Municipalidades Distritales, participen urgentemente, en las acciones de ejecución que permitan la protección de la salud de los pobladores de las Comunidades afectadas, debiendo priorizarse, en todos los caos, el tratamiento de los niños, niñas, mujeres y gestantes y adultos mayores.

Todo ello, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, imponérseles a los responsables de las instituciones una multa compulsiva y progresiva de 50 URP, la misma que será pagada de forma individual.

4.2. **DECLARAR INFUNDADA** en lo de más que la contiene.

(...)”.

Sentencia de segunda instancia

A su turno, la Sala Civil de Loreto, mediante resolución 55, de fecha 24 de enero de 2018, integra la resolución apelada y declara improcedente la demanda contra Indeci y el Ministerio del Ambiente. Asimismo, confirma la sentencia en el extremo que la declara fundada en parte.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. Conforme se puede apreciar de las resoluciones de primer y segundo grado, las pretensiones de los recurrentes han sido estimadas en su mayoría. En ese sentido, en su recurso de agravio constitucional precisan que únicamente cuestionan la denegatoria del cumplimiento del ítem 4 del anexo Nro. 4, del Decreto Supremo 081-2007-MI-NEM, que ordena al operador del oleoducto peruano identificar a los afectados y que haga un inventario de ellos, para luego compensarlos.

Consideraciones procesales previas

2. Con los documentos de fechas 13 y 19 de enero de 2015, se acredita que los recurrentes han cumplido con el requisito especial del proceso de cumplimiento, previsto en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional, por lo que corresponde analizar si el documento normativo cuya ejecución se solicita reúne los requisitos establecidos en el precedente emitido en la Sentencia 00168-2005-PC/TC (precedente Villanueva Valverde).

Análisis de la controversia

3. En el precedente precitado, el Tribunal Constitucional precisó los criterios para procedencia de los procesos de cumplimiento. Así, se expone allí que para el cumplimiento

de una norma legal, la ejecución de un acto administrativo y la orden de emisión de una resolución, se requiere, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a. Ser un mandato vigente.
- b. Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma o del acto administrativo.
- c. No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d. Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e. Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f. Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
 - g. Permitir individualizar al beneficiario.
4. El ítem 4 del anexo Nro. 4, del Decreto Supremo 081-2007-MINEM, estipula lo siguiente:

“4. Compensaciones

4.1. La compensación por los daños ocasionados debe ser adecuada y a la brevedad posible, para lo cual el operador deberá identificar a los afectados. Esta información será enviada a la OSINERGMIN.

4.2. El operador debe identificar y hacer un inventario de los daños ocasionados a terceros, propiedades y al medio ambiente dentro de un período de 15 días de la fecha del incidente. Esta información será entregada a la OSINERGMIN.

4.3. El operador deberá valorizar, para realizar las compensaciones, los daños ocasionados, esta valorización deberá comunicarse al OSINERGMIN. La compensación debe ordenarse con los afectados, sin embargo, es potestad de los afectados solicitar de la Defensoría del Pueblo para lograr un trato justo.

4.4 En caso de que no se logre un acuerdo entre el operador y algún afectado, éste podrá acudir al Poder Judicial tanto el operador deberá depositar el monto de compensación ofrecido en custodia.

4.5. En caso que no haya certeza de la identidad del demandante o la existencia de algún obstáculo de carácter legal, el monto de la compensación será depositada en cuenta susceptible de ser cobrada por el titular reconocido del predio damnificado.”.

5. La resolución de segunda instancia, en su fundamento 7, establece que, al no haberse efectuado el proceso de identificación y acuerdos con los afectados, la indemnización por medio del proceso de cumplimiento no resulta procedente por prohibición de la norma, pero que, no obstante, en el futuro debe activarse el proceso de diálogo entre el operador del oleoducto y las personas afectadas con el fin de llegar a acuerdos indemnizatorios (fojas 3100).
6. Este Tribunal, está de acuerdo con lo expresado por la Sala Civil de Loreto en tanto y en cuanto no es posible solicitar la indemnización por los daños ocasionados, pues el proceso de cumplimiento no tiene por finalidad que se ordene una indemnización, sino que se dé cumplimiento a una norma con rango de ley. Conviene precisar que en este proceso constitucional también se tutela derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran vinculados de manera directa. Ello es así porque el cumplimiento de un documento normativo puede llevar a la satisfacción de otros derechos fundamentales, como sería en este caso los derechos a la salud y al medio ambiente, por citar algunos.
7. No obstante, este Tribunal puede verificar que el ítem 4 del anexo Nro. 4 del Decreto Supremo 081-2007-MINEM, dispone una serie de pasos para lograr la compensación por los daños ocasionados. Concretamente, no contempla una indemnización sin más, sino que prevé un trámite para conseguir una reparación.
8. Es precisamente así que debe entenderse la pretensión de los recurrentes; es decir, se debe iniciar con la identificación de los afectados, tal y como lo ordena el documento normativo objeto de cumplimiento. Una cuestión completamente distinta sería si en este proceso de cumplimiento se pretendiera cuestionar el monto que se ha determinado como compensación, pues no es la naturaleza de este proceso dilucidar pretensiones de ese tipo.
9. A mayor abundamiento, es necesario recordar que, en este caso, OEFA ha encontrado responsabilidad administrativa en Petroperú, puesto que el derramamiento de petróleo ha ocasionado daños a la flora y fauna de la quebrada de Cuninico, como se verifica de la Resolución Directoral 844-2015-OEFA/DESA, la misma que ha sido confirmada por la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental, mediante la resolución 054-2016-OEFA/TFA-SME, de fecha 19 de diciembre de 2016. Por ello, este Tribunal no puede ser ajeno a la necesidad de compensación a los miembros de las comunidades afectadas, sobre todo cuando ya han transcurrido más de cinco años desde la interposición de la presente demanda y no se advierte ninguna solución a sus reclamos. Por tanto, la pretensión debe ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda. En consecuencia, cúmplase con el ítem 4 del anexo Nro. 4 del Decreto Supremo 081-2007-MINEM.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA**

Estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia, así como con su fundamentación. Sin embargo, considero oportuno precisar algunos alcances del procedimiento administrativo sancionador seguido contra Petroperú S.A. en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

En efecto, como refiere la sentencia en su fundamento 9, mediante Resolución Directoral 844-2015-OEFA/DFSAI, de 21 de setiembre de 2015, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) de OEFA declaró la responsabilidad administrativa de Petroperú S.A. por la comisión de tres infracciones a la normativa ambiental. Empero, esta no fue confirmada por la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental, mediante la Resolución 54-2016-OEFA/TFA-SME, de 19 de diciembre de 2016, como allí se indica.

Resulta que la mencionada resolución de 2015 no fue materia de impugnación por ninguno de los administrados –incluyendo Petroperú S.A.– dentro del plazo legal establecido, por lo que se declaró consentida mediante Resolución Directoral 945-2015-OEFA/DFS-AI, de 26 de octubre de 2015.

La Resolución 54-2016-OEFA/TFA-SME, a la que hace referencia la sentencia, en realidad confirma la Resolución Directoral 1283-2016-OEFA/DFSAI, de 29 de agosto de 2016, en el extremo que declaró el incumplimiento de la segunda medida correctiva ordenada a Petroperú S.A. mediante la aludida Resolución Directoral 844-2015-OEFA/DFSAI, y en el extremo que impuso una multa ascendente a 53 555 UIT vigentes a la fecha de pago.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**C. DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL**

Pleno. Sentencia 467/2020

**EXP. N.º 00367-2016-PHC/TC
UCAYALI**

**ÓSCAR RÍOS SILVANO,
representado por LAURENCIO RAMÍREZ CAIRUNA**

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 21 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez (con fundamento de voto), ha emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus* que dio origen al Expediente 00367-2016-PHC/TC.

El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votó en fecha posterior, quien coincidió en declarar fundada la demanda y apartarse de un punto resolutivo del fallo de la ponencia.

Los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada formularon votos singulares en el sentido de declarar infundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los señores magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, aprobados en la sesión del Pleno del día 19 de abril de 2017, y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión del Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Laurencio Ramírez Cairuna, a favor de don Óscar Ríos Silvano, contra la resolución de fojas 320, de fecha 18 de noviembre del 2015, expedida por la Sala Penal de Apelaciones en Adición Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus*.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de diciembre de 2014, don Laurencio Ramírez Cairuna interpuso demanda de *habeas corpus* a favor de don Óscar Ríos Silvano y la dirigió contra los jueces superiores Padilla Vásquez, Llanos Chávez y Cucalón Coveñas, integrantes de la Sala Especializada en lo Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali; y contra los jueces supremos Príncipe Trujillo, Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Urbina Gamvini, integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Solicita que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007 en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y de la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007 que declaró no haber nulidad de la referida sentencia (Expediente 2004-00903-0-2402-JR-PE-01/RN 796-2007). Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, a contar con intérprete en el idioma nativo, a la identidad étnica y cultural, entre otros.

El recurrente sostiene que el favorecido es un ciudadano indígena de la etnia shipibo del departamento de Ucayali que comprende mínimamente el idioma español, y que más bien habla y entiende el idioma shipibo. Pese a ello, fue juzgado y sentenciado en el idioma español. Al respecto, se alega que correspondía que al favorecido se le asigne un traductor durante el proceso penal que se le siguió, pero, al no haberse llevado a cabo ello, se produjo su indefensión.

El favorecido, a fojas 86 de autos, refiere que habla en el idioma shipibo conibo en un cien por ciento y que el idioma español lo habla en un menor porcentaje (poco). Asimismo, afirma que durante el desarrollo del juicio oral fue patrocinado por un abogado de su libre elección, pero que no se le designó intérprete pese a que lo solicitó en una oportunidad y el juicio se realizó bajo el idioma español. Refiere que es docente de educación primaria, profesión obtenida en un instituto superior pedagógico bilingüe y que en otro instituto donde enseñó educación primaria se habla el idioma español en un ochenta por ciento y en un veinte por ciento el idioma shipibo conibo, puesto que dicho instituto brinda educación a personas que hablan ambos idiomas. El idioma español lo aprendió cuando cursaba educación secundaria, y en el establecimiento penitenciario donde se encuentra internado habla en un cien por ciento el idioma español y solo habla shipibo conibo con sus familiares.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial señala a fojas 167 de autos, que el favorecido contó con abogado defensor de su libre elección durante todo el proceso penal y que no objetó la presunta incomprensión del idioma español o su imposibilidad de comunicarse a través de dicho idioma. Agrega que en el recurso de nulidad que interpuso el favorecido contra la sentencia condenatoria no se hace referencia alguna a su condición de ciudadano indígena ni a su necesidad de contar con un intérprete, sino que se circunscribió a alegar que no hubo prueba alguna en su contra.

El Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Coronel Portillo, con fecha 10 de septiembre del 2015, declaró infundada la demanda porque se demostró que el favorecido habla y comprende el idioma español. Durante su declaración instructiva (continuada) y en el juicio oral fue patrocinado por abogados defensores de su libre elección y no dejó constancia alguna sobre la necesidad de contar con un traductor; por el contrario, declaró de manera coherente; y su abogado defensor suscribió el medio impugnatorio que interpuso contra la sentencia condenatoria.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares fundamentos.

Mediante el recurso de agravio constitucional de fojas 398 de autos, el recurrente reitera los fundamentos de su demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007, en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y de la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007, que declaró no haber nulidad de la referida sentencia (Expediente 2004-00903-0-2402-JR-PE-01/RN 796-2007). Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso y de defensa, y se invocan los derechos a contar con intérprete en el idioma nativo del favorecido, a la identidad étnica y cultural, entre otros.

Análisis de la controversia

2. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 8125-2005-PHC/TC (caso Jeffrey Immelt), ha indicado que el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.
3. En el Expediente 6998-2006-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho de defensa requiere que el justiciable se informe de la existencia del proceso penal, en atención a su derecho de conocer de forma cierta, expresa e inequívoca los cargos que pesan en su contra. De ahí que el derecho de defensa sea, entre otros, una manifestación del derecho al debido proceso, derecho irrenunciable, dado que la parte no puede decidir si se le concede o no la posibilidad de defenderse; e inalienable, pues su titular no puede sustraerse a su ejercicio.
4. La Constitución Política del Perú, en el artículo 2, inciso 19, reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, e incluso en el segundo párrafo establece que “todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”. Esta disposición asegura el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa. Por consiguiente, el derecho de defensa no sería posible si, en el seno del proceso, no se hubiera nombrado intérprete al recurrente teniendo este como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tuviera la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido (Expediente 4789-2009-PHC/TC).
5. En la sentencia emitida en el expediente 7731-2013-PHC/TC, el Tribunal Constitucional precisó que una persona quechuahablante y analfabeta que declaró su entendimiento mínimo del español, tiene derecho a que el juez penal le proporcione un intérprete con la finalidad de que esta pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones con el objeto de que pueda ser oída en el proceso.
6. Asimismo, a través de la sentencia emitida en el expediente 889-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucionales la ausencia de vigencia efectiva del derecho a que el Estado peruano se comuniqué oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde estas son predominantes, tal y como el artículo 48 de la Constitución, la Ley de Lenguas, su reglamento y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad lo mandan. Dicho mandato constitucional se encuentra directamente vinculado con el derecho de defensa de todos los peruanos que se comunican en idiomas originarios, pues en su caso particular, el juez competente se encuentra en la obligación constitucional de salvaguardar su

derecho adoptando las medidas necesarias para asegurar que el desarrollo del proceso sea totalmente comprendido por ellos.

7. Si bien es cierto que la educación pública peruana y el programa de alfabetización y continuidad educativa, en su generalidad, esta diseñada para inculcar el aprendizaje del castellano como idioma oficial, ello no implica que los ciudadanos que adopten como segunda lengua al castellano como consecuencia de la educación básica, hayan logrado superar en su totalidad la barrera del lenguaje, y ello es así, dado la diferencia lingüística existente entre los idiomas originarios peruanos, que en el presente caso es el shipibo konibo que pertenece a la familia lingüística pano¹ (lenguas amazónicas anteriores a la conquista española), y el castellano, que es una lengua de origen latino.
8. Al respecto, diversas investigaciones sobre las lenguas pano, que nos explican la presencia de una cosmovisión propia para expresar su realidad.

“En las comunidades es común que los niños sean monolingües en SK [shipibo konibo] hasta la edad de seis años, y que se inicien en el aprendizaje del castellano recién al ingresar a la escuela. La mayor parte de los maestros primarios son también shipibos y la lengua propia es parcialmente empleada en las “escuelas bilingües”. Los adultos suelen hablar también el castellano, aunque su grado de dominio de esta lengua varía considerablemente en correlación con factores generacionales, de género, cercanía a los centros urbanos, afluencia de personas foráneas, acceso a medios de comunicación, etc. El idioma SK es un elemento esencial de la identidad shipiba. Así como los shipibos se autoconsideran *joni-kon*, o sea “la gente verdadera o por excelencia”, su lengua es llamada *joi-kon*, la “lengua verdadera o por excelencia”. Los “mestizos” (monolingües hispano-hablantes) son llamados *nawa* “foráneo” [también ‘enemigo (Armentia 1898:58)] y el idioma castellano es conocido como *nawa-n joi* «lengua de los forasteros». En los varios años que llevo visitando el Ucayali no he conocido a ningún shipibo que no hable su lengua propia. Sin embargo, esta situación podría cambiar en un futuro no muy lejano, debido a la migración constante a la ciudad de Pucallpa y el adyacente Distrito de Yarinacocha, entre otros factores. Otro aspecto a resaltar es la fuerte presencia de préstamos castellanos de naturaleza léxica, morfológica, sintáctica, semántica, e inclusive fonológica, especialmente en el SK hablado por los líderes modernos y aquéllos con mayor acceso a la educación formal”².

- 1 Consultar, Valenzuela, Pilar. Características morfosintácticas del idioma Shipibo-Konibo del Ucayali. Publicación en línea en <http://elies.rediris.es/elies13/valenzuela.htm>, Zariquiey Roberto, Vázquez Alonso y Tello Gabriela. Lenguas y dialectos pano del Purús: una aproximación filogenética. Publicación en línea en http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0254-92392017000100003.
- 2 Valenzuela, Pilar. Características morfosintácticas del idioma Shipibo-Konibo del Ucayali. Publicación en línea en <http://elies.rediris.es/elies13/valenzuela.htm>

9. Son estas investigaciones sobre las lenguas pano y tanaka, que nos muestran que estos idiomas cuentan con sus propios fonemas, pronunciación, acentos, fenómenos prosódicos, entre otros³. A continuación, visibilizamos esta situación:

“El SK presenta los dos órdenes posibles en las combinaciones de un adjetivo con su núcleo sustantivo:

(1) a. joxo chitonti	(b) chitonti joxo
blanco pampanilla	pampanilla blanco
“pampanilla * blanca”	“pampanilla blanca”

Cabe señalar que ambas posibilidades ocurren comúnmente en el uso, y que no existe una distinción semántica obvia entre estos órdenes. Es decir, la situación que hallamos en el SK no es comparable a los casos de órdenes alternativos en castellano tales como ‘hombre pobre’ y ‘pobre hombre’.

[...]

Otro aspecto interesante en cuanto a las combinaciones de sustantivo y adjetivo es la posibilidad de tener un adjetivo antes y otro después del núcleo:

- (4) wiso ochíti siná
negro perro bravo
‘perro negro y bravo’
- (5) mecha joni shinanya
Buen mitayero hombre de buenos pensamientos
‘hombre buen mitayero^ø y de buenos pensamientos’

La situación recientemente ilustrada no representa solamente una posibilidad de la lengua; al menos según el juicio de tres colaboradores shipibos, la secuencia adjetivo-sustantivo-adjetivo fue el orden decididamente favorecido al combinar un sustantivo con dos adjetivos. Uno de estos colaboradores sugirió la presencia de una pausa luego del sustantivo, separando así la secuencia adjetivo-nombre del adjetivo final⁴.

10. En esta misma línea, las investigaciones sobre las lenguas pano, nos explican la particular forma de sus fonemas:

3 Valenzuela, Pilar y Guillaume Antonie. Estudios sincrónicos y diacrónicos sobre lenguas Pano y Tanaka: Una introducción. En línea en file:///C:/Users/Carin%20ww/Downloads/A_39_01.pdf

* Especie de falda envuelta que usa una mujer shipiba.

^ø Es decir, buen cazador/pescador.

4 Valenzuela, Pilar. *Ibidem*.

A pesar de las limitaciones propias de su tiempo, el estudio históricocomparativo de Shell (1965/1975) es sumamente valioso para el conocimiento del Proto-Pano. La autora proporciona 512 juegos de cognados con sus respectivas proto-formas que atribuye al “PanoReconstruido”. En el plano fonológico, reconstruye dieciséis fonemas consonánticos (*p, *t, *k, *k^w, *ʔ, *ts <ɕ>, *tʃ <č>, *r <r>, *m, *n, *s, *ʃ, *ʂ, *β , *j <y>, *w) y ocho fonemas vocálicos, cuatro orales (*i, *i̯, *a, *o) y sus contrapartes nasalizadas (*ĩ, *ĩ̯ <ĩ̃>, *ã, *õ).

Adicionalmente, postula dos niveles tonales y acento, así como cambios regulares de tono/acento que obedecerían patrones comunes. Pares de sílabas forman grupos rítmicos. Las estructuras silábicas más comunes son V y CV; solo las sibilantes sordas (*s, *ʃ, *ʂ) y la glotal (*ʔ) habrían ocurrido en posición de coda y solo las vocales y tal vez la glotal *ʔ en posición final de palabra. Entre las restricciones fonotácticas tenemos que *i e *ĩ no pueden seguir a *j, mientras que *o y *õ no pueden seguir a *k^w ni *w; además, *i̯ y *ĩ̯ raramente siguen a *ʃ, en tanto que *i e *ĩ raramente siguen a *ʂ. Se constatan secuencias de dos vocales al interior del morfema y se sostiene que las vocales nasalizadas habrían sido menos frecuentes que en las lenguas actuales (Shell 1975; Valenzuela 2003: 56-57)⁵.

11. Otras investigaciones nos explican las percepciones de los adolescentes shipibo-conibos de Cantagallo, sobre las diferencias de vida en la selva y en la ciudad.

“Me gustaría más vivir en la selva porque es diferente de aquí. Para mí, hay dos cosmovisiones: en la selva y aquí en la ciudad. En la selva para ser feliz, no necesitas carro, no necesitas casa, no necesitas dinero ni cosas o ropas. Para ser feliz, ya tienen allá tu casa, el carro no existe sino la canoa, allá nadie se muere de hambre porque todos los días hay pescado. Acá en la ciudad solo necesitan casa, carro, dinero ropa de vestir, muchas cosas. Esa es la diferencia entre esos dos». - Erika⁶.

12. Lo antes expresado, nos plantean de manera objetiva que un ciudadano perteneciente a una comunidad chipibo-konibo, tienen una forma particular de entender el mundo, a partir de su forma de vida y su cosmovisión amazónica, lo cual es explicado a través de su propio idioma materno.
13. Por otro lado, investigaciones sobre el aprendizaje de un segundo idioma extranjero señalan lo siguiente:

“... lo meramente lingüístico no basta para el desarrollo de la competencia lingüística, si ello no se inserta en un marco de realizaciones contextuales para la enseñanza de un idioma extranjero, en este caso el inglés. Silva (1976) señala lo capital que resulta la propuesta de una metodología adaptable y flexible, dependiendo de

5 Valenzuela, Pilar y Guillaume Antonie. *Ibidem*.

6 Repositorio Académico UPC. Asqui Oyola y Oropeza Mori “Análisis de las percepciones de los adolescentes de la comunidad shipibo-conibo de Cantagallo respecto a su idioma. En línea en

los contextos socioculturales de los estudiantes (actitudes, motivaciones, cultura, intereses), sin duda antecedentes previos que todo profesor o profesora de idiomas deben considerar para la planificación y ejecución de la enseñanza. Autores como Navarro (2010) y Matanzas (2016) confirman tales planteamientos desde la base de la interacción social y la motivación integradora, respectivamente, posicionándose de manera más clara el enfoque sociolingüística como alternativa pedagógica. Es fundamental visibilizar que la didáctica disciplinar del inglés tiene una especial responsabilidad que supera la adquisición de una competencia lingüística, comprendiendo que el aprendizaje de una segunda lengua es una comprensión socio-cultural de un contexto ajeno al local, que trae, por tanto, improntas estructurales asociadas a visiones políticas, económicas y valóricas que deben ser decodificadas y transparentadas, contrastando también la riqueza de los universos interculturales del propio país o región⁷.

14. Daniela Trenkic, psicolingüística investigadora de la Universidad de York, considera que "... crear una conexión emocional es lo que hace que seas mejor con el aprendizaje de un idioma"⁸.
15. Como es de verse, las investigaciones antes referidas, concluyen por un lado, que los idiomas originarios americanos distan en su forma y pronunciación, de los idiomas latinos como el castellano. Y, por otro lado, también nos explican que el aprendizaje de un segundo idioma (adicional al materno), requiere condiciones o motivaciones personales a fin de poder llegar a comprenderlo en su totalidad.
16. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario señalar que la garantía de los derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano, han sido formuladas en base a categorías jurídicas importadas del Derecho español, mexicano, brasilero y norteamericano, todas ellas expresadas en lenguaje jurídico castellano.
17. Siendo ello así, la sentencia emitida en el expediente 889-2017-PA/TC, es de gran importancia, pues en ella se exhortó a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos, a efectuar su mayor esfuerzo para oficializar el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo antes del Bicentenario de la independencia del Perú. Esto con la finalidad de dar cumplimiento efectivo al mandato de oficialidad de los idiomas originarios contenido en el artículo 48 de la Constitución.
18. Es importante reconocer que, pese a que la Constitución consagra el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete en el artículo 2, inciso 19 *in fine*, dicha situación no mereció atención con anterioridad a la dación de la Ley

7 Tejeda Cerda, Pamela y Niebles Gutierrez, Ángela. Análisis de algunos factores socio-culturales en la enseñanza de un idioma extranjero. Estudios pedagógicos. Número Especial 40 años: 31-39, 2016. En línea <https://www.redalyc.org/pdf/1735/173549199004.pdf>

8 Hardach, Sophie ¿Cuál es la mejor edad para aprender un nuevo idioma? Artículo en línea en: <https://www.bbc.com/mundo/vert-fut-46197822>

29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú; y que, incluso, después de ella, el impulso a su implementación fue mínimo conforme se precisó en la mencionada sentencia emitida en el expediente 00889-2017-PA/TC.

19. En el presente caso, el favorecido en su declaración brindada al juez de primer grado del hábeas corpus (f. 86 a 90), ha manifestado lo siguiente:

PARA QUE DIGA: que lenguas o idiomas usted desarrolla?

Dijo: Que habla el idioma shipibo Conibo en un cien por ciento, aparte de su idioma habla el idioma castellano en un menor porcentaje (poco).

PARA QUE DIGA: si durante el desarrollo del juicio oral por el cual ha sido sentenciado, por el delito de homicidio calificado, usted ha sido asesorado por un abogado de su libre elección o uno designado de oficio?

Dijo: Que si ha contado con un abogado de su libre elección, el doctor Antonio Palomino Galindo.

Para que diga: durante el desarrollo de este juicio oral se le ha brindado o se le ha designado intérprete alguno sobre el idioma que usted ha señalado líneas arriba Shipibo Conibo?

Dijo: Que no, para nada; y todo el desarrollo del juicio ha sido en el idioma castellano; de igual forma durante mi interrogatorio en el juicio oral, por parte de los magistrados ha sido en el idioma castellano. Asimismo señala que durante el desarrollo del juicio su persona indicó al presidente de la sala que su persona era de Shipibo conibo, pero el presidente de la sala le dijo que habla bien el castellano, y no era necesario que identificara como Shipibo Conibo, donde le dijo que habla el castellano poco y no entiende términos jurídicos, lo que le hizo presente al presidente de la sala.

PARA QUE DIGA: Que grado de instrucción tiene su persona y donde ha estudiado?

Dijo: Que cuenta con Instrucción Superior Completa, Especialidad Docente de Primaria, habiendo realizado sus estudios en el Instituto Superior Pedagógico Bilingüe de Yarinacocha.

(...)

PARA QUE DIGA: Desde cuando usted habla el idioma castellano, y si cuando usted desempeñaba el estudio de docente, esto se realizaba en el idioma castellano Shipibo Conibo.

Dijo: Que en dicho instituto el 80% se habla en castellano y 20% en la lengua de origen: toda vez que dicho instituto alberga diferentes lenguas el castellano y nativo.

Asimismo refiere que el idioma castellano lo aprendió en el nivel secundario. Toda vez que en el nivel primario su lengua de estudio lo realizó como idioma shipibo.

(...)

En este estado de la defensa técnica del favorecido por intermedio del Juzgado desea interrogar a la persona de Oscar Ríos Silvano.

PARA QUE DIGA: si durante el desarrollo del juicio oral los integrantes de colegiado le solicitaron que se identifique como indígena o demuestre su origen, cuando usted indicó que era de origen shipibo?

Dijo: Que ninguna vez le solicitaron que se identifique como shipibo.

PARA QUE DIGA: si tu abogado defensor sabía de su condición u origen de shipibo conibo, y si este letrado invocó normas de carácter internacional como el convenio 169 de la OIT?

Dijo: Que si, su abogado sabía de su origen como shipibo, toda vez que la muerte del alcalde quien también era shipibo mi persona asumió el cargo de alcalde, en razón de ser teniente alcalde de la Municipalidad Distrital de Iparia, pero mi abogado nunca me ha comentado ni ha comentado a la sala de estos tratados en relación a personas indígenas, pero sí sabía su identidad como indígena.

PARA QUE DIGA: si entendía los términos jurídicos que utilizaba el fiscal y los integrantes del colegiado?

Dijo: Que como ya he señalado no entendía los términos jurídicos que estos empleaban, y ante su reclamo de que no entendía estos términos la sala le dijo que iban a emplear otros términos que iba a entender.

PARA QUE DIGA: ¿estando al reclamo que usted hizo a la sala, en algún momento el colegiado dispuso designarse un intérprete para que usted pueda comprender los argumentos y fundamentos de acusación o responder por medio de un intérprete?

Dijo: Que no han designado ningún intérprete y tampoco designaron durante el desarrollo del proceso, y como no entendía bien no podía ni preguntarle a sus coprocesados sobre los argumentos jurídicos.

PARA QUE DIGA: si usted ante su reclamo por un intérprete, lo realizó en una sola oportunidad o en varias oportunidades.

Dijo: Que esto se suscitó en una sola oportunidad cuando la relatora le levantó la voz sobre una persona, y su persona le manifestó que no entendía ya que era indígena.

PARA QUE DIGA: si durante la lectura de la sentencia por la cual usted fue condenado a 30 años y se encuentra privado de su libertad, usted entendió los términos jurídicos que sustentaron su sentencia condenatoria?

Dijo: Que la mayor parte no lo ha entendido, pero que al pedirle que se realice su auto defensa no sabía como hacerlo por que no había entendido, y su abogado le dijo: que no apelara y que esta conforme.

En este estado el juzgado reformula las siguientes preguntas en merito al interrogatorio por parte de su defensa

PARA QUE DIGA: conforme usted ha referido que no entendió los fundamentos de la sentencia, como tampoco podía hacer su auto defensa y que su abogado defensor le dijo que dijera que esta conforme; usted interpuso recurso de nulidad en ese acto, fue posterior o le manifestó lo que le dijo su abogado.

Dijo: Que no hizo caso a su defensor y apeló conjuntamente con sus coacusados, por no estar conforme con los treinta años, así como tampoco estaba de acuerdo con la reparación civil que le habían impuesto de doscientos mil nuevos soles.

(...)” (sic, f. 87 a 90).

20. Como es de verse, el favorecido a través del presente hábeas corpus, cuestiona la tramitación de su proceso penal por no haber contado con un intérprete en su idioma shipibo conibo, pues, señala que la comprensión del castellano en su caso resulta “poco”, además de no comprender la terminología jurídica.
21. Pese a que los jueces emplazados no se han apersonado al proceso, se aprecia de autos que han sido notificados oportunamente y que el procurador del Poder Judicial ha efectuado su defensa. En tal sentido, a consideración de este Tribunal, corresponde verificar si lo referido por el actor con relación a su falta de comprensión del castellano en el proceso penal cuestionado, incidió o no en el pleno ejercicio de su derecho de defensa.
22. Mediante Oficio 903-2004/2014-SPLA-CSJUC/PJ del 1 de agosto del 2014 (f. 99), la Sala de Apelaciones en Adición Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, remitió copia de los actuados en el expediente penal 903-2004-0-2402-JR.PE-01. De la revisión de dichos documentos, se aprecia lo siguiente:
 - a) En su declaración instructiva de fecha 19 de mayo de 2015 (f. 109 a 116, el favorecido se identificó como un miembro de la “raza shipibo conibo” (f. 110); sin embargo, en dicha diligencia, no consta que el juez penal le consultara si requería de intérprete, por lo que la totalidad de la misma se efectuó en castellano.
 - b) De la diligencia de confrontación de 10 de noviembre de 2005 (f. 117 a 121), la resolución del 5 de diciembre de 2005 (f. 122 y 123), el informe final del 6 de diciembre de 2005 (f. 124 a 133), no se aprecia que el juez a cargo del proceso haya tomado alguna medida para requerir un intérprete para el favorecido o que este lo hubiera requerido.
 - c) De la transcripción de la (reapertura) audiencia desarrollada por la Sala Penal Permanente-Reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Ucayali (f. 143 a 163) de fecha 5 de julio de 2006, se aprecia lo siguiente:

- Con relación al interrogatorio del fiscal superior al favorecido:
“... PARA QUE DIGA: a Gabino Muñoz Rengifo desde cuándo lo conoce; DIJO: somos de la misma nacionalidad, hemos crecido juntos en la Colonia Caco (f. 155)
 - Con relación al interrogatorio de la directora de debates al favorecido:
“... PARA QUE DIGA: Usted se reunió con Miguel García López; DIJO: no, éramos militantes del mismo movimiento, pero no de las reuniones (f. 158).
“....PARA QUE DIGA: pero si eran miembros militantes de un partido político es imposible que las cabezas del mismo no se reunieran; DIJO: no doctora, yo me refiero después de la muerte del hermano Gabino.- PARA QUE DIGA: yo no le he preguntado eso a nivel general; Usted tuvo reuniones con las personas antes mencionadas; DIJO: no; PARA QUE DIGA: Cómo explica que Wiliam Ochavano Raymundo dice que el cuatro de enero se encontró con usted y se fue al billar ubicado entre los jirones Huascar y Sucre conjuntamente con usted y Miguel García López y permanecieron veinte minutos porque comentaron que el documento de la denuncia del Zorro les iba a servir para pedir la vacancia del occiso; DIJO: Después de la muerte del occiso el partido se desintegro.- PARA QUE DIGA: yo no le pregunté eso. Usted tuvo problemas con Wilder Ochavano Rengifo; DIJO: no (f. 159)
23. Es primer lugar, es necesario precisar que la totalidad de diligencias desarrolladas en el proceso penal seguido en contra del favorecido (y otros), insertadas en el presente expediente, han sido desarrolladas en castellano jurídico y sin intérprete.
24. Por otro lado, se aprecia que, pese a que el favorecido es docente bilingüe, y que por tal razón, se esperaría una comprensión razonable y general del castellano; en autos, conforme se ha descrito en el fundamento 22 c, durante el interrogatorio que le efectuará el fiscal superior y la directora de debates, este mostró respuestas singulares a algunas de las preguntas que se le formulara, a lo cual, la directora de debates claramente expresó su desconcierto expresando “yo no le pregunté eso”.
25. Este hecho en particular, plantea una duda razonable con relación a la comprensión del castellano por parte del favorecido, pues, pese a que contó con un abogado defensor, en su desenvolvimiento directo con el fiscal y la directora de debates, parece presentar confusiones con relación a la comprensión de algunos significados en castellano y las respuestas que brindaba a las preguntas que se le formulaban, desde entender la nacionalidad como sinónimo de etnia; hasta absolver preguntas directas con respuestas que parecen no tener vinculación a las interrogantes formuladas o tal vez no fueron debidamente comprendidas por el favorecido.
26. ¿Esta comprensión singular de los significados por parte del favorecido, puede ser entendida o no como una afectación a su derecho de defensa?

27. En jurisprudencia reiterada de este Tribunal se ha establecido que el ejercicio pleno del derecho de defensa tiene una especial relevancia en el proceso penal, pues tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser puesto en un estado de indefensión (Cfr. Sentencia 1919-2006-HC/TC, fundamento 3).
28. En el presente caso, tomando en cuenta lo detallado en el fundamento 22 *supra*, este Colegiado considera que sí se ha lesionado el derecho de defensa del actor en su aspecto material, pues, pese a que este contó con una defensa técnica, de los actuados del proceso penal obrante en autos se desprende la existencia de una duda razonable respecto al entendimiento del favorecido de algunas palabras en castellano, lo cual solo puede encontrar explicación en su desenvolvimiento natural en su idioma shi-pibo conibo, dada la configuración totalmente distinta en cuanto a significados que presenta dicho idioma originario con el castellano, lo cual, pese a tener la calidad de docente bilingüe, no podría exigírsele tal cambio de entendimiento, pues es parte de su conformación cultural como miembro de una comunidad nativa, conforme se autoidentificó en su declaración instructiva (f. 110), y que se encuentra acreditado a fojas 10 de autos.
29. Al respecto, este Tribunal considera importante señalar que los jueces de la república, no importando su especialidad o su nivel de jerarquía, tienen el deber de impartir justicia de manera objetiva, al cual se suma el deber de garantizar la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de las partes que participan en los procesos que tiene a su cargo, siendo de vital importancia para el cumplimiento de tales deberes, garantizar, oportunamente, el debido proceso a fin de evitar la demora injustificada en su trámite producto de vicios que pudieron haberse subsanado a tiempo.
30. En el presente caso, si bien la defensa de los jueces emplazados ha manifestado que no se ha lesionado el derecho invocado porque “el favorecido Óscar Ríos Silvano contó con asistencia letrada de su libre elección durante todo el decurso del proceso penal, sin que éste objetara su incomprensión del idioma castellano o su inhabilidad de comunicarse con dicho idioma” (f. 169); es necesario precisar que, el deber de resguardar el trámite regular de los procesos es una responsabilidad exclusiva de los jueces, ello en atención al principio de dirección judicial; y, por ello, no es posible exigírsele a las partes, en el caso de que hablen un idioma originario, que demuestren su grado de incomprensión del castellano, así como tampoco puede inferirse que, pese a autoidentificarse como miembro de una comunidad indígena y hablar el castellano (bilingüe), el procesado no requiera de un intérprete porque no lo exigió.

31. Admitir una presunción en dichos términos, en casos como el presente, implicaría dar por hecho que todos los procesados, sin distinción alguna, se encuentran en el mismo nivel de entendimiento de sus derechos fundamentales y de lo que su contenido significa en términos castellanos y jurídicos; desconociendo nuestro pasado prehispánico y nuestro origen pluriétnico, cuya garantía de subsistencia y no extinción es un deber constitucional del Estado derivado de los artículos 2, inciso 19, 17 *in fine*, 48 y 89 de la Constitución, que implica garantizar, en todo nivel, el derecho de las comunidades indígenas (campesinas y nativas) y sus miembros a conservar sus tradiciones, su cosmovisión, su forma particular de comprender el mundo que los rodea, sus expresiones orales, sus cánones valorativos, de contar su verdad en su idioma, entre otros aspectos.
32. Por ello, ante controversias en donde algunas de las partes se autoidentifique como miembro de una comunidad indígena, el juez tiene el deber de velar por sus derechos fundamentales al interior del proceso, para lo cual, tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizarlos, a fin de impartir justicia con imparcialidad y en cumplimiento de los mandatos constitucionales. Siendo además que, garantizar el desarrollo de un proceso judicial brindando el intérprete respectivo, también coadyuva a encontrar la verdad de los hechos, pues la expresión natural de un idioma originario traducido por un intérprete, permitirá al juez comprender de manera directa si las justificaciones vertidas por el imputado de un proceso penal con relación a los hechos objetivos, configuran o no un delito.
33. En tal sentido, es importante recordar que el derecho de usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete y el mandato del artículo 48 de la Constitución vigente, respecto de la oficialidad de nuestros idiomas originarios, no pueden entenderse como simplemente declarativos, todo lo contrario, nuestro Texto Constitucional señala expresamente lo siguiente en el artículo 17 *in fine*:

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.

Claro ejemplo de la fuerza normativa de los citados mandatos constitucionales y los avances en su materialización, son la creación del Registro Nacional de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas del Ministerio de Cultura a través del Decreto Supremo 002-2015-MC del 21 de agosto de 2015; el Plan Nacional de Educación Bilingüe al 2021, aprobado mediante la Resolución Ministerial 629-2016-MINEDU, del 14 de diciembre de 2016; la educación intercultural bilingüe (que cuenta con 24, 951 instituciones educativas bilingües a nivel nacional, distribución de material educativa para inicial y primaria en 23 idiomas indígenas, materiales de biblioteca en 5 idiomas indígenas y diccionarios en 7 de dichos idiomas); la aprobación del alfabeto oficial de 37 idiomas originarios por parte del Ministerio de Educación; la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad, aprobado mediante el Decreto Supremo 005-2017-MC, del 10 de agosto de 2017, la implementación del

Registro Civil Bilingüe en 8 idiomas originarios por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (con 407 oficinas implementadas en dicho servicio a nivel nacional); la creación del Centro de Asuntos Interculturales, Comunidades y Rondas Campesinas del Ministerio Público (órgano de capacitación encargado de promover el Sistema de Justicia Intercultural); la creación de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena y la aprobación del Protocolo de Atención Legal con Enfoque Intercultural por parte del Poder Judicial; la emisión de ordenanzas regionales destinadas a reconocer el uso de idiomas originarios, promover la capacitación de funcionarios y servidores públicos en lenguas originarias y sancionar los actos de discriminación basados en el uso del propio idioma originario, entre otros.

34. Queda claro entonces, que el uso de los idiomas originarios en todo nivel administrativo y judicial, es de obligatorio cumplimiento normativo, pues incluso la política educativa nacional se encuentra basada en el aprendizaje en idiomas originarios, todo lo cual nos lleva afirmar que no existe un mandato de asimilación obligatoria del idioma castellano como única lengua en la cual recibir formación educativa, así como tampoco existe un mandato para los jueces de toda la República para impartir justicia únicamente en castellano.
35. Por ello, el hecho de que un ciudadano peruano que se autoidentifica como miembro integrante de una comunidad indígena y que ha recibido educación bilingüe, conforme se encuentra acreditado en autos (Cfr. escrito de fecha 3 de enero de 2017, obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), no absuelve a los jueces de su deber de resguardar el derecho de defensa de dicha parte, pues, mínimamente, debe asegurarse de que realmente comprende el idioma castellano y que podrá expresar su verdad sin limitaciones o confusiones durante su juzgamiento.
36. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional considera pertinente estimar la presente demanda, y disponer la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas, por haberse lesionado el derecho del favorecido de usar su propio idioma en juicio mediante un intérprete. Sin perjuicio de lo cual, el juez o los jueces a cargo de su caso, deberán tomar las medidas respectivas para asegurar la participación del actor en el proceso, brindándole un intérprete, todo ello, dentro de un plazo máximo de 48 horas de notificada la presente sentencia, sin que el cumplimiento del presente mandato implique su excarcelación inmediata, debiendo ponerse a disposición del juez competente para que decida su situación jurídica.

Los procesos constitucionales y los idiomas originarios

37. A fojas 235 de autos, corre el escrito de fecha 3 de junio de 2015, presentado por don Laurencio Ramírez Cairuna, Director del Área de Justicia Intercultural y Conciliación de la Organización Regional Aidesep de Ucayali, representante de 14 pueblos amazónicos, entidad adscrita a la Dirección General de Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del cual solicitó la activación del Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural dirigido a los funcionarios de

Loreto y Ucayali, a fin de que el presente habeas corpus sea resuelto con pertinencia cultural dado la autoidentificación del favorecido como miembro de una comunidad indígena.

38. El mencionado escrito fue proveído a través de la resolución once, del 5 de junio de 2015, señalándose lo siguiente:

DADO CUENTA.- Por recibido el escrito N° 15482-2015, presentado por Laurencio Ramírez Cairuna Director de Justicia Intercultural y Conciliación ORAU-UCAYALI, estando a su pedido, téngase presente en lo que fuere pertinente y en el momento oportuno.

39. Sin embargo, luego de dicho acto procesal, los jueces de las instancias anteriores no requirieron la participación de un intérprete a fin de permitir al favorecido, explicar su versión de los hechos en su idioma Shipibo conibo, esto, pese a que el Poder Judicial inicio la implementación de la Ley 29735 –Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión, en el año 2016.
40. En efecto, el Poder Judicial a través de la Resolución Administrativa 011-2016-CE-PJ, del 27 de enero de 2016, inició la implementación la Ley 29735, disponiendo creación de un modulo web denominado “Servicio de intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial”, a través del cual se puso a disposición este servicio para las Cortes Superiores de Justicia de la República y de la ciudadanía con la finalidad de favorecer una justicia bilingüe en aquellos procesos donde participen ciudadanos cuyo dominio de una lengua materna u originaria sea superior al castellano.
41. El Tribunal Constitucional consciente de la realidad pluriétnica y multicultural del país y del mandato constitucional contenido en el inciso 19, del artículo 2 de la Constitución, considera trascendental dar impulso al cumplimiento de dicho mandato constitucional para el trámite de los procesos constitucionales de tutela de derechos, pues resulta importante que la justicia constitucional adopte las medidas necesarias para otorgar tutela jurisdiccional efectiva a favor de los peruanos que tienen el derecho comunicarse en su propio idioma para ejercer la defensa de sus derechos fundamentales ante los jueces constitucionales.
42. En tal sentido, este Tribunal considera importante que a partir de la publicación de la presente sentencia, todos los jueces que tengan a su cargo el trámite de procesos constitucionales en los que participen ciudadanos peruanos que se autoidentifiquen como miembros de comunidades indígenas (nativas o campesinas), adopten las medidas necesarias a fin de garantizar su derecho a usar su propio idioma a través de un intérprete durante todo el trámite del proceso, para lo cual, podrán requerir del apoyo del Servicio de intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial o del Registro Nacional de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas del Ministerio de Cultura, a efectos de cumplir con el citado mandato constitucional.

43. Adicionalmente a ello, y teniendo en consideración que las costumbres de las comunidades indígenas muchas veces plantean conflictos con la jurisdicción ordinaria y la comprensión del mundo occidental, es necesario que el juez constitucional también adopte medidas respecto de la forma de evaluación de cada caso concreto, esto con la finalidad de encontrar soluciones que permitan tutelar los derechos fundamentales de las personas indígenas tomando en consideración sus especiales condiciones sociales, culturales y morales.
44. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera valioso el avance que ha venido efectuando el Poder Judicial al aprobar el Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural, y en especial, los principios que desarrolla. Por ello, este Colegiado estima que los jueces constitucionales de todos los niveles tienen el deber de garantizar la impartición de justicia en los casos que alguna de las partes o ambas, se autoidentifiquen como miembros de una comunidad indígena, tomando en cuenta los parámetros desarrollados en el dicho protocolo; principios que a continuación detallamos:
- **principio de acceso a la justicia diferenciada.** Entendido como el derecho de todas las personas para que, sin ningún tipo de distinción, puedan solicitar ante cualquier autoridad pública, el reconocimiento de algún derecho o la resolución de algún conflicto en que se encuentre involucrada, cuya solución sea, además de justa y equitativa, dictada de manera pronta, cumplida y eficaz. En sentido estricto, el acceso a la justicia está referenciado a la justicia intercultural, de manera que los actos y decisiones de todas las autoridades involucradas resuelvan las demandas, peticiones y conflictos indígenas conforme a una visión integrada del derecho aplicable con visión y pertinencia intercultural.
 - **principio de derecho de defensa.** Derecho y garantía fundamental e irrenunciable que asiste a todas las personas inmersas en algún tipo de conflicto –de cualquier naturaleza– para que su causa sea analizada, investigada y resuelta conforme a los estándares del debido proceso legal y del derecho a la defensa. En el trámite de los procesos constitucionales, debe existir defensa letrada gratuita para las personas indígenas en situación de pobreza o exclusión por medio de la Defensa Pública y la asistencia de un intérprete en el idioma originario con el cual, el miembro de la comunidad indígena se autoidentifique. El juez constitucional tiene el deber de velar por el derecho de defensa de la persona indígena, para lo cual, si el juez constitucional no conoce el idioma indígena, deberá requerir del auxilio de un intérprete en el idioma originario respectivo, a fin de efectuar las consultas necesarias a la persona indígena para conocer con toda certeza, aquello que este pretende alcanzar mediante un pronunciamiento judicial en sede constitucional.
 - **principio pro persona humana (pro homine).** Los jueces a cargo del trámite de los procesos constitucionales, tienen el deber de aplicar la norma más favorable en beneficio de la persona indígena, siempre que resulten acordes con la Constitución

y los derechos fundamentales. Asimismo, los jueces constitucionales deberán tener en cuenta los términos de la distancia para la valoración de los plazos procesales regulados en el Código Procesal Constitucional.

- **principio pro pueblo indígena.** Implica aplicar la norma que más favorezca los derechos de los miembros de las comunidades indígenas (campesinas o nativas). En el caso de las normas indígenas, el juez constitucional tiene el deber de efectuar la interpretación constitucional más favorable posible a efectos de dar valor constitucional al contenido de dicha norma.
- **principio de no discriminación.** Brindar un trato en términos de igualdad a los miembros de las comunidades indígenas, cuando ello no represente una desventaja por su especial condición de vulnerabilidad.
- **principio de equidad jurídica.** Aplicar criterios de justicia equitativa a favor de la persona indígena cuando ello se justifique en razón de su particular condición de vulnerabilidad, desventaja, exclusión o discriminación (darle a cada quien según sus necesidades).
- **principio de acción afirmativa.** Aplicar, con base en el principio de equidad, normas o decisiones que brinden mayores ventajas o derecho a las personas indígenas en razón de su condición de vulnerabilidad. Puede referirse a cuota, servicios o derechos específicos y supone que deben ser medidas temporales y no permanentes hasta que cesen las causas de la discriminación estructural.
- **Trato con respeto a la diferencia cultural.** Los jueces constitucionales se encuentran obligados a conocer y respetar las diferencias culturales de las personas indígenas al momento de establecer cualquier tipo de contacto, trato o diligencia en el marco de sus competencias.
- **No revictimización.** Es importante que los jueces constitucionales eviten cualquier tratamiento institucional, personal o actitudinal que revictimice, discrimine, humille o afecte en cualquier modo, la dignidad de las personas indígenas al momento de acceder a cualquier instancia de los procesos constitucionales.
- **Protección a la identidad e integridad de grupo.** Dimensionar que detrás de cada caso o situación de conflicto a resolver en que se encuentre involucrada una persona indígena, puede haber detrás derechos colectivos, sociales y culturales que se identifican o afectan la identidad e integridad de comunidades indígenas a la que pertenecen.
- **Principio a ser informado de manera adecuada.** Las personas indígenas tienen el derecho de ser informadas de todas las implicancias que supone el trámite de los procesos constitucionales, en su propio idioma si así lo requieren. Asimismo, los jueces, servidores y funcionarios de la administración de justicia a cargo del trámite de procesos constitucionales tienen el deber de informar de manera adecuada a las personas indígenas, el estado de su causa, así como brindar la debida orientación

respectiva en lenguaje sencillo y entendible, o en el idioma de la persona indígena, si así lo requiere.

45. Cabe precisar que la lista de principios antes detallada resulta solo enunciativa, dado que, es posible que, de la interpretación constitucional de la dignidad humana, o de los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, puedan incluirse nuevos principios o incluso derechos que permitan brindar mejores herramientas al juez constitucional para brindar tutela judicial efectiva a favor de las personas indígenas, razón por la cual, este Tribunal considera pertinente establecer los antes citados principios como doctrina jurisprudencial vinculante en aplicación de lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado vulneración del derecho de don Oscar Ríos Silvano a usar su idioma shipibo conibo en la tramitación del expediente penal 2004-00903-0-2402-JR-PE-01.
2. Declarar **NULA** la sentencia de fecha 29 de enero de 2007 en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007 que declaró no haber nulidad en dicho extremo de la sentencia impugnada.
3. Notificar la presente sentencia a la Sala Especializada en lo Penal Permanente de la Corte Superior de Ucayali y a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a fin de que adopten las medidas necesarias para asegurar la participación del actor en el proceso, brindándole un intérprete, en un plazo no mayor de 48 horas, sin que el cumplimiento del presente mandato implique su excarcelación inmediata, debiendo ponerse a disposición del juez competente para que decida su situación jurídica.
4. Los principios enunciados en el fundamento 44, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante en atención a lo dispuesto por el artículo VI del Código Procesal Constitucional.
5. Notificar la presente sentencia al Poder Judicial a fin de que dé la publicidad necesaria para iniciar la implementación inmediata de los principios establecidos en el fundamento 44, para los procesos constitucionales de tutela de derechos.
6. Notificar la presente sentencia al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Cultura y al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para su conocimiento y fines respectivos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque si bien coincido con el sentido de lo resuelto, estimo necesario precisar mi posición sobre la importancia de un intérprete para el ejercicio del derecho de defensa de las personas que tienen un idioma propio distinto al castellano.

En la sentencia recaída en el Expediente 7731-2013-PHC/TC, este Tribunal se ha pronunciado al respecto al establecer que lo protegido por el derecho de defensa no podría ejercerse si, en el seno de un proceso, se omite nombrar intérprete a aquella parte que tiene como idioma originario uno distinto al castellano.

Todo ello se encuentra protegido en distintos instrumentos, decisiones y opiniones nacionales e internacionales, tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 14.3, ha dejado establecido las siguientes garantías mínimas para las personas: “a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”, y “f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”. En tanto que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en el artículo 8.2.a el “derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 ha señalado que “la evolución del procedimiento ha sido constante y notable en el medio siglo transcurrido después de la Segunda Guerra Mundial. De esto hay abundantes testimonios. El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla”. En tanto que en la Opinión Consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa “incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos”.

La Constitución, como ya ha tenido ocasión de precisar este Tribunal en las SSTC N°. 04719-2007-HC y 4789-2009-HC, no es solo una obra normativa, sino que en su dimensión cultural es “expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la auto representación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”, que contiene en su seno distintas reglas como expresión de su identidad cultural fundada en la diversidad. De ahí que el artículo 2 inciso 19 de la Constitución establece en

su segundo párrafo que “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante ante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”. Con esta norma constitucional se busca asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados, a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales como es el caso del derecho de defensa.

Por todo ello, se desprende que el ejercicio del derecho de defensa no es posible si al recurrente no se le designa traductor o intérprete, y - acorde a la Convención Americana- que este derecho es una garantía mínima del procesado para el respeto de su derecho al debido proceso y a su identidad cultural, en consecuencia, para su validez. Tal es así que, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha señalado que “toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor” (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d), lo que reafirma indudablemente la trascendencia de lo protegido.

S.

RAMOS NÚÑEZ

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas en la presente causa, en el sentido de declarar fundada la demanda. Sin embargo, considero necesario añadir las consideraciones en torno que anoto a continuación y apartarme de un punto resolutivo del fallo.

1. En primer lugar, estimo necesario relevar los alcances del derecho de defensa vinculado a casos como este. Sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental, tenemos que nuestra Constitución reconoce, precisamente, en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente, y por escrito, de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.
2. Al respecto, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que el referido derecho de defensa “constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, **se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión** y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés” (Cfr. STC Exp. n.º 05085-2006-PA, 4719-2007-HC, entre otras).
3. La adecuada defensa de una persona requiere no solo que esté formalmente disponible para ella una imputación de la cual se acusa, o que sea accesible la información sobre la cual se discute en torno de un proceso judicial que le concierne. Requiere además que esta sea comprensible, pues lo contrario generaría evidentes grados de desprotección. En efecto, en este sentido es claro que el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido. (STC Exp. n.º 07731-2013-PHC, f. j. 6).
4. Vinculado con lo anterior, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, cuyo segundo párrafo establece que “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”. En este sentido, se entiende perfectamente que el derecho a la defensa implica, necesariamente, poder conocer y defenderse antes las autoridades haciendo uso del propio idioma.

5. De manera complementaria, este derecho no implica solamente una mera facultad usar el propio idioma ante alguna autoridad específica, sino que representa también, en casos referidos a territorios bilingües o con un uso mayoritario de una lengua originaria, una auténtica manifestación del derecho a la identidad cultural. En efecto, debido a que a través del uso de un idioma originario este es reconocido, preservado, protegido y conservado, determinada comunidad termina siendo proyectada en tanto grupo humano con particulares y distintivas características culturales.
6. Se trata de una previsión contenida expresamente, además, en los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo n.º 957, en los cuales se señala que:

“2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.

3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.”
7. Asimismo, en similar orden de ideas, no debe olvidarse además que, en un contexto de convencionalización del Derecho, es menester respetar los parámetros convencionales, lo cual incluye no solo prestar atención a los derechos recogidos en la Convención Americana o en la interpretación vinculante de dicha Convención, sino también a los distintos documentos que, en el ámbito de sus competencias, brindan tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a cuestiones controvertidas.
8. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 ha señalado que “El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla”. En tanto que en la Opinión Consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa “incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos”.
9. Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que “toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor” (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Mismo, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d).

10. Además de lo ya indicado, en el marco de lo resuelto es necesario insistir en un asunto al cual ya me he referido en una anterior ocasión (fundamento de voto de la STC 05656-2015-HC); me refiero a la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, y por ello debe, precisamente, abordar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, reitero, el artículo 2, inciso 19 de la Constitución debe entenderse no solo como el derecho a usar el propio idioma a través de un intérprete, sino que debe propender además a la generación de un sistema que incluya autoridades bilingües en aquellas regiones bilingües o en las que las lenguas originarias sean habladas de forma mayoritaria por sus habitantes, a efectos de propiciar un trato directo y más cercano entre el ciudadano y el funcionario público. Ello constituiría una auténtica expresión del efectivo reconocimiento del Estado Constitucional a la pluralidad étnica y cultural existente en nuestro país. Más aún, permitiría superar realmente la situación deficitaria encontrada en los autos, donde se acredita que se podría contar con una limitada cantidad de intérpretes, para un determinado número de traducciones al año y únicamente para 17 Cortes Superiores (de un total de 34 Cortes Superiores actualmente existentes, según información publicada en la página oficial del Poder Judicial:

(https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/).

11. Por cierto, si bien la importancia de lo anterior ya ha sido, en cierta medida, reconocida en la STC Exp. n.º 00889-2017-AA (caso Cáceres Tinoco), pues en dicho caso, de manera sin duda correcta, se reconoce al derecho a usar propio idioma y se exhorta a que se oficialice el uso de las lenguas originarias predominantes, finalmente su impacto ha sido limitado, debido al modo en que quedaron dispuestos los mandatos allí previstos, tratándose de una sentencia estructural, como lo dejé expresado entonces en mi fundamento de voto. En tal sentido, y considero que esta hubiera sido una excelente ocasión para, con base en lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional en anteriores ocasiones y lo aquí explicado, se pudiera avanzar en lograr la efectiva tutela de estos ámbitos iusfundamentales.
12. Además de lo anterior, conviene precisar asimismo que el derecho a usar el “propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete” contenido en el artículo 2, inciso 19, si bien comprende al lenguaje hablado, puede referirse también a otras formas de comunicación consideradas constitucionalmente valiosas. Ello en la medida que estas permiten aquello que la citada norma iusfundamental persigue. Eso, a saber, implica lograr que la persona que se enfrenta a una autoridad pueda conocer y ser informada del procedimiento o proceso en el que está incurso, y que pueda dar a entender de la manera más fiel posible su verdadera intención o sus intereses.
13. En este sentido, bien visto, el “propio idioma” puede aludir igualmente al lenguaje de señas (cfr. STC Exp. n.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).

14. Por último, veo que en la presente causa se ha acogido literalmente todos los criterios contenidos en el conocido “Protocolo de atención y orientación legal con enfoque intercultural dirigido a funcionarios del sistema estatal de justicia” (cfr.<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a1a259004c7e4d38ac19efe93f7fa794/Protocolo+de+orientaci%C3%B3n+y+asistencia+legal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a1a259004c7e4d38ac19efe93f7fa794>), el cual no es citado en la parte pertinente, pese a que, con modificaciones muy ligeras, el proyecto pretende que ello sea establecido como “doctrina jurisprudencial” del Tribunal Constitucional. Aunado a la anterior, la posición que sostengo, si bien es en parte es coincidente con lo indicado en el Protocolo, agrega varias otras consideraciones que aparecen expresadas en mi fundamento de voto de la STC Exp. n.º 02765-2014-PA, caso Zelada Riquelme, todas estas razones por las cuales debo apartarme de este extremo del fallo. Considero, asimismo, que los criterios que quieren establecerse como “doctrina jurisprudencial, adecuadamente referenciados, deberían ser puesto a conocimiento de los magistrados y magistradas, y con ello iniciarse un real debate sobre lo que sería pertinente y útil establecer como jurisprudencia en esta materia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de la opinión de declarar fundada la demanda pues, a mi consideración, la misma debe ser desestimada. Mis fundamentos son los siguientes:

1. Don Laurencio Ramírez Cairuna interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Óscar Ríos Silvano, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007, en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y de la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007, que declaró no haber nulidad de la referida sentencia (Expediente 2004-00903-0-2402-JR-PE-01/RN 796-2007). Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso, de defensa; y, se invocan los derechos a contar con intérprete en el idioma nativo del favorecido, a la identidad étnica y cultural, entre otros.

El recurrente sostiene que el favorecido es un ciudadano indígena de la etnia shipibo del departamento de Ucayali, que comprende mínimamente el idioma español y que, más bien, habla y entiende el idioma shipibo. Pese a ello, fue juzgado y sentenciado en el idioma español. Alega que correspondía que al favorecido se le asigne un traductor durante el proceso penal, pero al no haber ocurrido ello se produjo su indefensión.

2. El Tribunal Constitucional en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 8125-2005-PHC/TC *Caso Jeffrey Immelt*, ha indicado que el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.
3. La Constitución Política del Perú, en el artículo 2, inciso 19, reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, e incluso en el segundo párrafo establece que “*Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad*”. Esta disposición asegura el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa. Por consiguiente, el derecho de defensa, no sería posible si, en el seno del proceso, no se hubiera nombrado intérprete al recurrente teniendo éste como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tuviera la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido. (Expediente 4789-2009-PHC/TC).

4. En el presente caso, de la revisión de autos se puede apreciar que el actor, en su declaración prestada ante el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Establecimiento Penal de Pucallpa (fs.86), señaló que cuenta con instrucción superior completa pues es docente de educación primaria, habiendo realizado sus estudios en un instituto superior pedagógico bilingüe en el que se habla 80% español y 20% shipibo conibo; además, señaló que el idioma español lo aprendió cuando cursaba educación secundaria, pues la primaria la estudio en el idioma shipibo.
5. Por otro lado, en la declaración que prestó ante la Sala Penal Permanente con Reos en Cárcel – Corte Superior de justicia de Ucayali (fs. 155-162), manifestó haber formado un movimiento político en el que tuvo cargo de sub secretario general, que fue elegido regidor de la Municipalidad Distrital de Iparia, tras haber participado en las elecciones en la plancha de Gabino Muñoz Rengifo, quien ganó la alcaldía, y que incluso fue Teniente Alcalde de dicha comuna en esa misma gestión, habiendo asumido la alcaldía al fallecer el titular en el cargo. En ese mismo acto, afirmó que como alcalde afrontó un proceso judicial en el que se embargó los fondos de la municipalidad, logrando que dicho embargo se reduzca “solo hasta el 3% de los fondos como la ley lo permite”. Además, precisó que como regidor solicitó la fiscalización de la gestión del alcalde, con quien, además, siendo teniente alcalde participó en diversas gestiones judiciales y administrativas.
6. Por otro lado, durante el desarrollo del proceso penal que se siguió en su contra, fue patrocinado por un abogad de su elección que lo asesoró en las diversas diligencias en las que participó.
7. De lo expuesto se puede colegir que el favorecido sí comprende y habla el idioma español y, además, durante su participación como regidor, teniente alcalde y alcalde de la Municipalidad de Iparia, desarrolló actividades relacionadas con temas legales, lo que desvirtúa el argumento de que comprendiera “mínimamente” el idioma español y que, por ello, se hubiese afectado su derecho de defensa.

Por lo expuesto, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular.

El demandante dice que el favorecido, al ser procesado y condenado a 30 años de pena privativa de la libertad, por el delito de homicidio calificado en calidad de instigador, no contó con un intérprete a pesar de ser un ciudadano indígena de la etnia shipibo, lo que afectó su derecho de defensa.

Sin embargo, durante el proceso, el favorecido ha contado permanentemente con el patrocinio de un abogado defensor, sea de oficio o de su libre elección, demostrando comprender el idioma español, al escuchar y absolver las preguntas formuladas en el proceso, conforme se aprecia de su declaración instructiva de 19 de mayo de 2005 (fojas 109), de la diligencia de confrontación con su coprocesado don Alfonso Borjas Olortegui de 10 de noviembre de 2005 (fojas 117) y de la sesión de juicio oral de 5 de julio de 2006 (fojas 134).

En estas diligencias, ni el favorecido ni su defensa manifestaron que el primero no comprendía o tenía imposibilidad de entender y/o expresarse en el idioma español; tampoco expresaron la necesidad de la intervención de un traductor o intérprete.

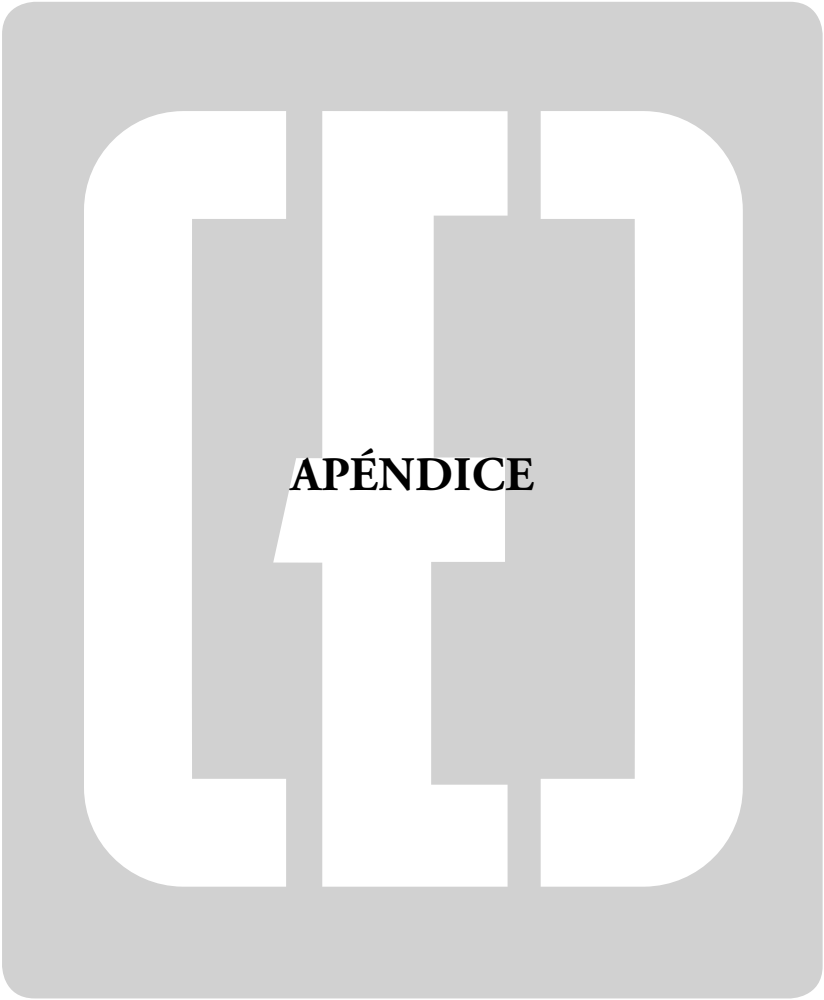
Además, en su declaración de fojas 86, manifestó que fue patrocinado por abogados de su libre elección; que es docente de educación primaria, habiéndose titulado en un instituto superior pedagógico bilingüe; que en otro instituto, donde enseñó en el nivel de educación primaria, se habla el idioma español en un ochenta por ciento y en un veinte por ciento el idioma shipibo conibo; que el idioma español lo aprendió cuando cursaba educación secundaria; que en el establecimiento penitenciario donde se encuentra internado se habla en un cien por ciento el idioma español y que solo habla shipibo concibo con sus familiares.

De lo expuesto, se desprende que el favorecido comprende y habla español, lo que desvirtúa la alegada afectación de su derecho de defensa.

En consecuencia, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA



APÉNDICE

**Caso sobre la constitucionalidad de la prestación de los
“Servicios Policiales Extraordinarios”**

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Administrativo y Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 20 de agosto de 2020 los señores magistrados se ratificaron en sus votos emitidos en el **Expediente 00009-2019-PI/TC**, ponencia del magistrado Ramos Núñez, siendo el sentido de la votación el siguiente:

- Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Ramos Núñez votaron a favor de la sentencia, que resuelve declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad, INTERPRETAR, IMPROCEDENTE e INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene.
- El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votó en fecha posterior, expresando su acuerdo con el sentido de lo resuelto en la sentencia.
- Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron un voto singular conjunto por declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad, sin interpretación alguna.
- El magistrado Blume Fortini emitió un voto singular con relación al punto 1.b de la parte resolutive de la sentencia.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la ponencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00009-2019-PI/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

23 de junio de 2020

**Caso sobre la constitucionalidad de la prestación
de Servicios Policiales Extraordinarios**

**COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN MARTÍN
c.
PODER EJECUTIVO**

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra las disposiciones que regulan la prestación de los denominados Servicios Policiales Extraordinarios, regulados en los Decretos Legislativo 1267 y 1213

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de junio de 2020, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera conforme al artículo 30-A, del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 8 de abril de 2019, el Colegio de Abogados de San Martín, representado por su Decano, interpone una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, “Ley de la Policía Nacional del Perú”; el artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213; “Decreto Legislativo que regula los servicios de seguridad privada”; y, los artículos 9, primer párrafo, 10, primer párrafo, 11, inciso d), 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 del Decreto Supremo 003-2017-IN, “Decreto Supremo que aprueba los lineamientos rectores para la ejecución de los servicios policiales en cumplimiento de la función policial”.

Con fecha 30 de abril de 2019, este Tribunal admitió a trámite la demanda en relación con las disposiciones impugnadas de los Decretos Legislativos 1213 y 1267.

La entidad demandante alega que el Decreto Legislativo 1267 es inconstitucional por la forma, al haber sido emitido en contravención al artículo 106 de la Constitución, por lo que vulnera la reserva de ley orgánica (o, alternatively, de ley ordinaria) a la cual está sujeta la Policía Nacional del Perú (PNP).

Asimismo, sustenta la infracción de los artículos 44, 166, 168 y 169 de la Constitución por razones de fondo. Solicita, sobre ello, la emisión de una sentencia interpretativa que excluya de todas las disposiciones impugnadas los supuestos a los que hace referencia el artículo 11, inciso d), del Decreto Supremo 003-2017-IN, que señala que una de las “situaciones extraordinarias en que se puede asignar personal de vacaciones, permiso o franco, para la realización de servicios policiales extraordinarios” es para “atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales”. Requiere que esto se haga a efectos de salvar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

Por su parte, con fecha 15 de agosto de 2019, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, los cuales se resumen a continuación.

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El colegio demandante señala que las disposiciones impugnadas son inconstitucionales en el sentido interpretativo referido a que la PNP pueda prestar servicios policiales extraordinarios para “atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales”.
- Alega que existen 138 convenios suscritos entre la PNP y empresas extractivas firmados entre 1995 y 2018, especialmente con empresas dedicadas a la minería y los hidrocarburos. Señala que 29 de estos convenios se encontrarían vigentes a la fecha de interposición de la demanda, con fechas de caducidad entre 2019 y 2022, de los cuales 3 tienen vigencia indefinida, 14 podrían renovarse de manera automática y 2 no precisan su vigencia. La mayoría de empresas contratantes tienen conflictos ubicados en regiones donde se habrían producido fuertes tensiones socioambientales, como Arequipa, Apurímac, Cajamarca y Puno.
- Afirma que el Decreto Legislativo 1267 es inconstitucional por la forma, pues regular la organización y funciones de la PNP corresponde a una ley orgánica o, cuando menos, a una ley ordinaria, y no mediante una norma que no asegura el debate público. Sostiene que la reserva de ley tiene por objeto garantizar que determinados asuntos de elevado interés público sean sometidos a debate en el Congreso de la República.
- El demandante sostiene que la PNP es una entidad vital para el adecuado funcionamiento del Estado, por lo que su estructura y funcionamiento debiera regularse por ley orgánica, conforme al artículo 106 de la Constitución. Rechaza por ello el razonamiento de este Tribunal en el fundamento 30 de la Sentencia 0022-2004-AI/TC, aunque sostiene que cuando menos, existe una reserva de ley ordinaria a favor de la regulación de la PNP.
- Además, señala que el Poder Ejecutivo se extralimitó de las atribuciones que le fueron conferidas mediante la Ley 30506, que solo lo facultó para el perfeccionamiento de la Ley de la PNP, y no para que realice su derogación y modificación absoluta con la sanción de otra ley sobre la materia.
- Por otro lado, alega que las normas impugnadas son inconstitucionales por el fondo, por cuanto: (i) desnaturalizan y menoscaban la función de la PNP, entendida como función

pública, privatizándola y poniéndola al servicio de intereses particulares y por encima del bien común; (ii) incumplen los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) respecto a la función policial y el uso de la fuerza en los Estados democráticos, así como la obligación estatal de remover los obstáculos que impiden la vigencia de los derechos humanos, vulnerando el bien jurídico de la seguridad ciudadana; (iii) son discriminatorias y generan indefensión en las poblaciones que habitan en las zonas de influencia de proyectos extractivos; (iv) desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales; y, (v) representan un ejercicio proscrito de las libertades económicas y atentan contra el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.

- Solicita que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, que establece que la PNP pueda prestar servicios policiales extraordinarios en entidades del sector privado, sea interpretada en el sentido que las empresas extractivas -así como las de transporte vinculadas a estas- no podrán ser incluidas dentro de las entidades privadas solicitantes, en razón de que la función pública policial sería desnaturalizada si ello ocurriera.
- Argumenta que en contextos de conflictividad social, las situaciones que puedan comprometer el orden público o la seguridad ciudadana deben ser atendidas por una fuerza policial neutral, independiente y no financiada por intereses corporativos, pues esto alienta la criminalización en contra de defensores de derechos humanos que participan en actos de movilización social. Agrega que en el contexto de los servicios policiales extraordinarios, la población desconoce si el personal policial labora en cumplimiento de su función pública o al servicio de un privado.
- El demandante señala que la PNP tiene como función primordial la preservación del orden interno, que es un bien jurídico constitucional, lo cual se deriva principalmente del artículo 2, inciso 24 de la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona a la seguridad personal; el artículo 44, según el cual uno de los deberes primordiales del Estado es proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y también del artículo 166, que señala que la PNP tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como prestar protección a las personas y a la comunidad, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia.
- Agrega que este Tribunal ha manifestado, en el fundamento 8 de la Sentencia 0017-2003-AI/TC, que el orden interno es sinónimo de orden policial. Afirma que la seguridad ciudadana concretiza la vigencia efectiva del bien jurídico constitucional del orden interno, y que este no obedece a intereses particulares, sino públicos, pues está asociado al interés general. Por tanto, afirma que el servicio policial debe brindarse a la comunidad en su conjunto, sin realizar distinciones arbitrarias, como ocurre con los servicios policiales extraordinarios, que implican una prestación de servicio diferenciado y privilegiado en favor de particulares, beneficiarios de un convenio.
- El demandante también alega que los servicios policiales extraordinarios constituyen un supuesto de abuso del derecho, y vulneran el principio de interdicción de la

arbitrariedad, pues constituyen una desviación del poder de la PNP que no responden a su finalidad legítima. Por ello, afectarían el derecho a la buena administración.

- Asimismo, sostiene que la función de la PNP es una función pública, y que no se deja de ser funcionario público cuando termina la jornada laboral o se está de vacaciones o de franco. En el caso de los policías o militares la situación es aún más sensible por cuanto son quienes ejercen el monopolio del uso legítimo de la fuerza estatal. Sin embargo, mediante los servicios policiales extraordinarios, estos agentes protegen intereses corporativos particulares durante sus vacaciones o días de franco, ignorando el carácter permanente de la función pública.
- Estos servicios policiales extraordinarios representan para el demandante una privatización de la función policial, lo que quiebra las competencias constitucionales de la PNP, y coloca como una mercancía más en el mercado los actos de poder estatal, sujetos a los intereses de las empresas.
- En tal sentido, señala que del artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213, no debe interpretarse que las personas públicas a que se refiere la norma prestan servicios de seguridad privada. Esto es, ni la PNP ni las Fuerzas Armadas (FFAA) pueden ser ofertantes de servicios de seguridad privada. Ello en relación con la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales.
- El demandante argumenta también que los servicios policiales extraordinarios generan graves situaciones de conflictos de intereses que se encuentran en contradicción con lo dispuesto en el artículo 7, inciso 1, de la Ley 27815, 'Ley del Código de Ética de la Función Pública'. Considera, en ese sentido, que el servidor público debe regirse por el deber de neutralidad, y actuar con absoluta imparcialidad en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia, la cual se ve comprometida cuando la PNP pretende garantizar a la vez la seguridad ciudadana y los intereses de la empresa (a la cual está vinculada por convenio), que son distintos y opuestos al interés de la comunidad y al bien común.
- Señala que los servicios policiales extraordinarios generan indefensión en las poblaciones que habitan en las zonas de influencia de los proyectos extractivos. Además, habría un trato discriminatorio, pues en virtud de los convenios con las empresas la PNP garantiza de forma prioritaria la protección de quienes han contratado sus servicios, abandonando la seguridad ciudadana de la población rural, especialmente en situaciones de conflictividad social.
- Para el demandante, la discriminación es principalmente de tipo económico, pues la PNP opta por preferir proteger los intereses de las empresas extractivas en detrimento de los intereses de la comunidad, pues las primeras pagan una contraprestación por los servicios de seguridad recibidos, aunque ambos tienen la misma necesidad. Además, esto ocurre en zonas de conflictividad social donde la presencia del Estado es limitada, salvo por las fuerzas policiales que sirven a intereses particulares, generando

desconfianza en la población local, e impunidad en caso de violaciones a los derechos fundamentales de las personas.

- Alega que las normas impugnadas incumplen los estándares del DIDH respecto al uso de la fuerza en los Estados democráticos, en concordancia con el Decreto Legislativo 1186, 'Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la PNP', y con lo dispuesto en 'Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios y encargados de hacer cumplir la ley', adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990.
- Por otro lado, el demandante señala que los servicios policiales extraordinarios desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales, pues los convenios suscritos sirven para evitar el pago de beneficios sociales a favor de los efectivos policiales que los brindan, como cuando denominan entrega económica a lo que en realidad es una remuneración.
- Sostiene que ello tendría dos objetivos: (i) evitar cumplir con los elementos esenciales de una relación laboral, pues existe prestación personal y subordinación, pero no remuneración; y, (ii) evadir la responsabilidad de la PNP cuando exista una situación de alto riesgo. Esto implica una instrumentalización de los derechos laborales de los efectivos policiales.
- Asimismo, afirma que los servicios policiales extraordinarios representan un ejercicio proscrito de las libertades económicas, pues la función policial representa un límite a la libertad contractual de la PNP y de las empresas, dado que no puede estar disponible en el mercado para ser contratada por privados. Los convenios, por ello, serían inconstitucionales y contrarios al orden público.
- Finalmente, el demandante alega que las normas impugnadas vulneran el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, consagrado en el artículo 60 de la Constitución, pues los servicios policiales extraordinarios, pagados por las empresas extractivas, usando el uniforme y armas oficiales del Estado, desempeñan roles de guardiana externa de la misma forma en que lo harían los trabajadores de las empresas de seguridad privada, que existen y son capaces de brindar tales servicios.

B-2. Contestación de la demanda

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, son los siguientes:

- El Procurador Público Especializado señala que la demanda es infundada en todos sus extremos. Respecto a la alegada inconstitucionalidad por la forma, señala que la Constitución no ha establecido reserva de ley orgánica u ordinaria para la regulación de la PNP, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional.
- En lo referente a que el Poder Ejecutivo se habría excedido al legislar sobre una materia no delegada, señala que la Ley 30506 incluyó un mandato para legislar sobre seguridad

ciudadana a fin de “modificar la estructura organizacional y funcionamiento del Ministerio del Interior para mejorar la atención y prestación de servicios al ciudadano” y “perfeccionar el marco normativo” de la PNP, por lo que se encontraba habilitado para modificar el marco normativo de dicho ministerio y sus órganos adscritos. Esto no se limita a una modificación parcial.

- Sobre la falta de debate público, el demandado señala que no corresponde establecer requisitos adicionales al proceso de emisión de normas legales. Agrega que este Tribunal ya ha señalado, en la Sentencia 00012-2018-PI/TC, que ciertas materias, por circunstancias vinculadas a la urgencia o necesidad de un accionar inmediato, justifican reducir la deliberación, razonamiento que se aplica al procedimiento de los decretos legislativos.
- Respecto a los cuestionamientos de fondo, el Procurador Público Especializado señala que la PNP cumple sus funciones de acuerdo con lo establecido en la Constitución, respetando el orden constitucional y los derechos fundamentales.
- Sostiene que el anexo de la Ley 30714, Ley que regula el régimen disciplinario de la PNP, señala con sanción de pase a retiro a aquellos efectivos policiales que brinden servicios de protección o seguridad no autorizados a terceros.
- Afirma también que el Decreto Legislativo 1267 garantiza la imparcialidad, objetividad y neutralidad, así como la unidad, de la función policial. Conforme a esto último, el personal policial es parte de un órgano caracterizado por la unidad institucional y operacional, y se encuentra sujeto siempre a las mismas normas y obligaciones, así como a una única estructura jerárquica y de mando, lo cual se mantiene cuando la función policial se realiza en el marco de los servicios policiales extraordinarios.
- Sostiene que estos servicios sirven para garantizar de mejor manera el control interno y la seguridad ciudadana, sin afectar la institucionalidad e independencia de la PNP, y que esto ocurre conforme a normas legales expresas que regulan la materia de forma clara y transparente. Además, dichos servicios están limitados a ocho supuestos de hecho en que se pueden brindar, y siempre bajo un convenio.
- En tal sentido, alega que la función policial requiere importantes herramientas económicas y logísticas, por lo que los servicios policiales extraordinarios son un método para obtener recursos para cumplir con dicha función. Además, señala que los servicios policiales extraordinarios no son nuevos en nuestro ordenamiento, sino que ya se encontraban contemplados en la Ley 27238 y en el Decreto Legislativo 1148, normas que anteriormente regulaban a la PNP.
- Del mismo modo, agrega que la normativa aplicable establece que el solicitante del servicio no tiene poder de dirección alguno sobre el personal de la PNP, y que se compromete a no interferir en las operaciones policiales que se realicen, bajo ninguna circunstancia, lo que asegura la independencia e imparcialidad de los efectivos policiales. También se especifica que los servicios policiales extraordinarios no impiden ni limitan al personal destacado a cumplir con sus labores institucionales.

- Además, señala que, conforme al modelo de cooperación entre la PNP y las empresas extractivas, aprobado por Resolución Ministerial 562-2017-IN, los servicios policiales extraordinarios se realizan en la zona de influencia periférica, y no al interior de la empresa (salvo en el caso de custodia de almacenes con explosivos y similares). Es decir, se incrementa el personal policial y se fortalece la seguridad ciudadana en zonas contiguas a la actividad extractiva por tratarse de zonas estratégicas o de difícil acceso, no servicios de carácter privado.
- En tal sentido, indica que mediante los servicios policiales extraordinarios se realiza función policial, por lo que no resulta válido, para el demandado, señalar que vulneran el principio de interdicción de la arbitrariedad, o que constituyen un abuso del derecho, o una amenaza a la seguridad ciudadana, pues los policías siempre están sujetos al poder estatal, y conservan su imparcialidad y objetividad frente a las empresas solicitantes.
- En cuanto a la supuesta discriminación, alega que las normas impugnadas no establecen un trato diferenciado entre las personas, conforme al *test de igualdad* practicado por el Tribunal Constitucional, pues la diferenciación no ocurre en las normas legales sino en las infralegales y, además, no ocurre entre personas, sino que se da considerando situaciones objetivas, y no se limita a empresas extractivas o entidades privadas, sino que incluye otros tipos de empresas y entidades públicas.
- Respecto, al pago económico proveído por la entidad solicitante, este pago se realiza a la PNP, e incluye una entrega al personal policial que, encontrándose de vacaciones, permiso o franco, preste los servicios de manera voluntaria, los gastos en que incurre la PNP, y el monto por las compensaciones económicas que correspondan a los policías.
- Por tanto, sostiene que no existe una relación económica entre la entidad solicitante y el personal policial, ni tampoco ánimo de lucro por parte de la PNP, sino que se busca solventar los gastos en que incurre por brindar seguridad extra en zonas estratégicas. Afirma que los convenios no tienen naturaleza contractual, pues su objeto no es patrimonial.
- Agrega que tampoco se estarían encubriendo una relación laboral entre las empresas y los policías, pues estos últimos jamás se encuentran bajo el poder de dirección privado, sino estatal, y no se produce ningún tipo de subordinación laboral a otro órgano que no sea la Policía Nacional del Perú.
- Por ello, sostiene también que no se afecta la seguridad ciudadana como bien jurídico, y que no se han vulnerado los estándares del uso de la fuerza, pues las normas impugnadas no tratan sobre esa materia, pues únicamente establecen un marco jurídico para los servicios policiales extraordinarios. Los efectivos policiales que los brinden se encuentran sujetos a la cadena de mando de la PNP y a toda la normativa aplicable a la misma, incluidas todas las reglas sobre uso de la fuerza.
- De otro lado, argumenta que no se ha vulnerado el principio de subsidiariedad económica del Estado, pues los servicios policiales extraordinarios y los servicios de seguridad

privada tienen regulación diferente, y el personal policial que participa de dichos servicios lo hace ejerciendo el poder estatal, pues realiza función policial y no un servicio de seguridad privada.

- Sobre la impugnación del artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213, señala que este no regula la función policial o los servicios policiales extraordinarios, y mucho menos autoriza al personal de la PNP a realizar servicios de seguridad privada, sino que únicamente delimita el ámbito de aplicación de la citada norma.
- Finalmente, el Procurador Público Especializado hace notar que en realidad el demandante cuestiona como inconstitucionales ciertos sentidos interpretativos referentes a la suscripción de convenios de servicios policiales extraordinarios únicamente entre la PNP y empresas extractivas, lo que depende de la inconstitucionalidad de una norma infralegal, el Decreto Supremo 003-2017-IN. Ello desnaturaliza el proceso de inconstitucionalidad, pues el análisis de la norma infralegal sería la cuestión principal. Además, de este razonamiento se extrae que las normas legales impugnadas no serían inconstitucionales en sí mismas.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. La demanda ha sido presentada con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, 'Ley de la Policía Nacional del Perú'; el artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213, 'Decreto Legislativo que regula los servicios de seguridad privada'; y, los artículos 9, primer párrafo, 10, primer párrafo, 11, inciso d), 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 del Decreto Supremo 003-2017-IN, 'Decreto Supremo que aprueba los lineamientos rectores para la ejecución de los servicios policiales en cumplimiento de la función policial'.
2. La Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 establece lo siguiente:

La Policía Nacional del Perú, a través del personal policial que se encuentre de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria, podrá prestar servicios policiales extraordinarios en entidades del Sector Público y/o del Sector Privado, en situaciones que puedan comprometer y/o afectar el orden público y la seguridad ciudadana.

Las modalidades, requisitos, condiciones, costos y demás aspectos que impliquen la prestación de los servicios policiales extraordinarios deben contar previamente con opinión favorable de la Oficina General de Planificación y Presupuesto del Ministerio del Interior, sujeto a la disponibilidad presupuestaria. Para el cumplimiento de lo dispuesto queda exceptuado de lo señalado en el tercer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del presente Decreto Legislativo.

Para la prestación de los servicios policiales extraordinarios, la Policía Nacional del Perú propone al Ministerio del Interior la celebración de los respectivos convenios, los mismos que son aprobados por Resolución Ministerial y suscritos por el Director General de la Policía Nacional del Perú.

La celebración y cumplimiento de dichos convenios no deberá afectar la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año así como el cumplimiento cabal de su finalidad. En ningún caso se podrá contratar en forma directa al personal policial de la Policía Nacional del Perú.

El personal policial en actividad o disponibilidad que preste servicios de seguridad privada se sujetará a la regulación y control sobre la materia.

3. Por otro lado, también se cuestiona el artículo 2 del Decreto Legislativo 1213, en sus incisos 1 y 2, el cual regula el ámbito de aplicación de la prestación del servicio de seguridad privada”
4. El Tribunal advierte que, en el escrito de demanda, se han formulado una serie de argumentos que cuestionan la constitucionalidad, tanto por razones de forma como de fondo, del Decreto Legislativo 1267. En lo que respecta al Decreto Legislativo 1213, solo se ha solicitado una declaratoria de inconstitucionalidad por razones de fondo.
5. En ese sentido, corresponde examinar, en primer lugar, los argumentos respecto de la supuesta inconstitucionalidad, por razones de forma, del Decreto Legislativo 1267.

§2. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1267

6. En su escrito de demanda, el Colegio de Abogados de San Martín ha indicado que el Decreto Legislativo 1267 es inconstitucional por razones de forma, ya que regula materias que, por su naturaleza, corresponden ser desarrolladas en una ley orgánica. Del mismo modo, agrega que el Poder Ejecutivo se extralimitó al ejercer las atribuciones que le fueron conferidas mediante la Ley 30506, ya que esta solo lo facultó para el perfeccionamiento de la Ley de la Policía Nacional del Perú.
7. Este Tribunal, en jurisprudencia constante, ha sostenido que, a través del proceso de inconstitucionalidad, se pueden cuestionar normas con rango de ley que, por razones de forma o de fondo, contravengan lo establecido en nuestra *norma normarum*. En el caso concreto de los vicios por la forma, se ha precisado que una norma incurre en ellos, principalmente, en tres escenarios: a) cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento de producción normativa previsto en la Constitución; b) cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho; y, c) cuando es expedida por un órgano que constitucionalmente resulta incompetente para hacerlo [STC 00020-2005-PI y 00021-2005-PI (acumulados), fundamento 22].

8. En el presente caso, este Tribunal nota que los argumentos por los que se impugna la constitucionalidad por la forma del decreto se relacionan, en esencia, con los dos últimos supuestos, ya que se considera que el Poder Ejecutivo no era el órgano competente para regular el régimen de la Policía Nacional del Perú, lo cual debió realizarse a través de otra fuente de derecho.
9. En efecto, los vicios cuestionados por la entidad demandante son los siguientes: i) las materias reguladas por el Poder Ejecutivo no podían ser aprobadas por decreto legislativo, ya que en estos casos existe reserva de ley orgánica o, cuando menos, de ley ordinaria; ii) la ley autoritativa no delegó facultades para la adopción de las medidas que, finalmente, implementó el Poder Ejecutivo mediante el decreto legislativo cuestionado; y, iii) las reformas adoptadas debieron contar con un mayor margen de deliberación, debido a las materias sobre las que versaban.
10. En consecuencia, se procederá a analizar, por separado, cada uno de los argumentos desarrollados por el Colegio de Abogados de San Martín respecto de la supuesta inconstitucionalidad, por razones de forma, del Decreto Legislativo 1267.
 - i) *Sobre la existencia de una reserva de ley orgánica para regular la estructura y funcionamiento de la Policía Nacional del Perú*
11. En relación con el primer punto, el Colegio de Abogados de San Martín ha sostenido, en su escrito de demanda, que el decreto legislativo está regulando materias que, según la Constitución, cuentan con reserva de ley orgánica. De conformidad con lo expuesto por la entidad demandante, en la medida en que el decreto legislativo ha adoptado medidas concernientes a la estructura y funcionamiento de una entidad del Estado, existiría un vicio de forma al no hacerse las reformas respectivas a través de una ley orgánica o, por lo menos, de una ley ordinaria.
12. En su escrito, la entidad demandante ha indicado que la regulación de la Policía Nacional del Perú originariamente se encontraba contenida en la Ley 27238, a través de la cual se promulgó la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. Esta ley, según precisa, fue derogada por el Decreto Legislativo 1148, cuerpo normativo que se encargaría de normar el régimen de esta entidad estatal. Con posterioridad, este decreto legislativo sería, a su vez, derogado por el Decreto Legislativo 1267, el cual, precisamente, es cuestionado en este proceso de inconstitucional. De esta forma, el Colegio de Abogados de San Martín advierte que, en la actualidad, el estatuto y las funciones de la Policía Nacional del Perú se regulan por una fuente del derecho distinta a la inicialmente prevista para esta labor.
13. Ahora bien, es importante precisar que el solo hecho que una ley orgánica haya sido reformada por un decreto legislativo no supone, por sí mismo, un vicio que amerite una declaratoria de inconstitucionalidad. Sobre ello, se ha precisado que no debe presumirse que una materia revista naturaleza orgánica “solo por encontrarse incorporada en una ley que lleva ese nombre, siendo necesario analizar, caso por caso, es decir, norma por norma, si la materia tratada por ella se encuentra reservada constitucionalmente a una fuente que ostente mayor rigidez” [STC 0002-2011-PCC, fundamento 10].

En consecuencia, lo que en este caso corresponde determinar es si es que es constitucionalmente posible que el legislador delegue, al Poder Ejecutivo, la regulación de la estructura y funcionamiento de la Policía Nacional del Perú.

14. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución, “[m]ediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución”. La tesis del Colegio de Abogados de San Martín es que, de acuerdo con esta disposición constitucional, las atribuciones de la Policía Nacional del Perú debían ser reguladas por ley orgánica, al ser una entidad estatal prevista en la ley fundamental. Al respecto, este Tribunal advierte que son dos los posibles sentidos interpretativos del artículo 106: i) la estructura y el funcionamiento de las entidades formalmente mencionadas en la Constitución deben ser reglamentadas a través de leyes orgánicas; y, ii) no toda entidad estatal prevista en la ley fundamental debe ser regulada por esta fuente del derecho, sino solo aquellas que así lo requieran por su relevancia constitucional.
15. Evidentemente, la primera tesis interpretativa puede conducir al absurdo que cualquier entidad, por el solo hecho de haber sido mencionada en algún extremo de la Constitución, deba ser regulada por una ley orgánica. Sobre ello, ya este Tribunal, en la STC 00022-2004-PI, ha sostenido una serie de criterios que permiten identificar qué entidades, por su relevancia constitucional, deben ser reglamentadas por aquella fuente formal del derecho. En aquella oportunidad, se precisó que la Policía Nacional del Perú es un órgano dependiente del Ministerio del Interior, de modo que, si la estructura y funcionamiento de este último podía ser reglamentados por una ley ordinaria, no existiría ningún impedimento formal para que el de aquella entidad también lo fuera [STC 00022-2004-PI, fundamento 30].
16. De este modo, se ha precisado que no existía un *deber constitucional* de reglamentar la estructura y el funcionamiento de la Policía Nacional del Perú a través de una ley orgánica. Sin embargo, resta determinar si esta regulación puede ser objeto de una delegación de facultades en los términos previstos en el artículo 104 de la Constitución. De conformidad con esta cláusula constitucional, “[e]l Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente”.
17. Este Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que el artículo 104 ha institucionalizado la legislación ejecutiva delegada. En relación con sus límites, ha precisado que ellos comprenden “tanto los directamente establecidos por la Constitución como los previstos en la ley habilitante, que, según el antes citado artículo 104º de la Constitución, tiene competencia para establecer exigencias tanto de orden temporal como de orden material” [cf. STC 00022-2011-PI].
18. Al respecto, no se advierte la existencia de algún límite de naturaleza constitucional relacionado con la posibilidad de delegar al Poder Ejecutivo la regulación del funcionamiento

y estructura de la Policía Nacional del Perú. De hecho, como se ha precisado con anterioridad, este es un órgano dependiente del Ministerio del Interior. En ese sentido, es lógico concluir que este último sector conoce, de cerca, cuáles son las materias que resultaría conveniente reformar a efectos de optimizar su funcionamiento, ya que de ello depende, en buena medida, el resguardo del orden público y de la seguridad ciudadana.

19. De similar forma, es el Poder Ejecutivo el que puede identificar qué medidas adoptar para hacer más operativo el funcionamiento de la Policía Nacional del Perú. En efecto, no es ajeno a este Tribunal el hecho que existen ciertas cuestiones técnicas que, por *expertise*, son más cercanas y conocidas por las autoridades vinculadas al Poder Ejecutivo. Por ello, no se advierte que la regulación de la estructura y funcionamiento de esta entidad estatal deba, necesariamente, encontrarse asignada a una ley orgánica.

ii) *Sobre la “extralimitación” en la que habría incurrido el Poder Ejecutivo respecto de la ley autoritativa*

20. En relación con el segundo punto, este Tribunal debe determinar si es que el Poder Ejecutivo se ha extralimitado respecto de las materias que fueron expresamente delegadas por la ley autoritativa expedida por el Congreso de la República.

21. Sobre ello, fluye de autos que, mediante la Ley 30506, el Congreso delegó al Poder Ejecutivo la potestad de legislar “por el plazo de noventa (90) días calendario, en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República” (artículo 1).

22. Concretamente, el artículo 2.2 de la ley autorativa se encargó de precisar las materias que, en lo que respecta a la seguridad ciudadana, fueron objeto de delegación al Poder Ejecutivo. De conformidad con esta disposición, este órgano del Estado estaba habilitado para legislar sobre lo siguiente:

[...]

- c) Reestructurar el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, mejorando la articulación multisectorial e intergubernamental y la participación ciudadana, así como la cooperación entre la Policía Nacional del Perú y los gobiernos locales y regionales, sin que ello implique regular sobre materias reservadas a ley orgánica ni afectar las competencias otorgadas a los gobiernos locales y regionales en la Constitución Política del Perú.

[...]

- e) Modificar la estructura organizacional y funcionamiento del Ministerio del Interior para mejorar la atención y prestación de servicios al ciudadano, así como contribuir a la erradicación de actos de corrupción dentro del sector; perfeccionar el marco normativo de la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial para la lucha contra el crimen organizado y la delincuencia común, sin que

ello implique regular materias reservadas a ley orgánica ni se afecte la autonomía constitucional de las dos últimas instituciones antes mencionadas.

23. Se puede apreciar que, en el marco de delegación de facultades, el Congreso de la República autorizó al Poder Ejecutivo para legislar en cuestiones vinculadas con la “re-estructuración” del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana. En el caso de la Policía Nacional del Perú, se estipuló que la habilitación se efectuaba con el propósito de que se mejoraran los canales de cooperación entre este órgano con los gobiernos locales y regionales. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 2.e, se habilitaba al Ejecutivo de perfeccionar el marco normativo de la Policía Nacional del Perú para la lucha contra el crimen organizado y la delincuencia común.
24. Para este Tribunal, la referencia indeterminada al “perfeccionamiento” del marco normativo policial otorga al Poder Ejecutivo un importante margen de maniobra para incorporar las medidas que, dentro de sus atribuciones de conformidad con la Constitución, estime como necesarias para la optimización de los servicios que presta la Policía Nacional del Perú como entidad del Estado. Sin embargo, es también posible interpretar la voluntad del legislador a través de los documentos que se encargaron de analizar, en sede parlamentaria, la viabilidad del Decreto Legislativo 1267.
25. En efecto, el Decreto Legislativo 1267 fue analizado por parte del Congreso de la República, el cual, en ejercicio de las funciones de control que le dispensa tanto la Constitución como su Reglamento, determinó que la regulación finalmente aprobada por el Poder Ejecutivo se encontraba dentro del ámbito de las competencias que habían sido delegadas por parte de la autoridad legislativa. En efecto, en el dictamen de fecha 25 de abril de 2017, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso concluyó que

[e]l Decreto Legislativo estudiado **HA CUMPLIDO** con lo dispuesto por el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República, por cuanto no contraviene la normativa constitucional, y se enmarca dentro de las facultades delegadas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo mediante la Ley 30506 [Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de fecha 25 de abril de 2017, pág. 21. Énfasis pertenece al original].
26. De ello se desprende que, para el propio Congreso de la República, las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo se encontraban en el marco de lo que había sido objeto de delegación en la ley autoritativa. De hecho, la amplitud de estas materias también se advierte en el Proyecto de Ley 228/2016-CR, el cual sugirió, precisamente, la aprobación de la ley autoritativa que daría origen al Decreto Legislativo 1267. De conformidad con esta propuesta, la delegación de facultades era indispensable a fin de

efectuar modificaciones y ajustes en lo referente a la estructural organizacional, especialización profesional, modalidades de servicio, régimen disciplinario, carrera policial y salud, con la finalidad de contar con una Policía moderna que responda a los retos que enfrenta el país [...]. Asimismo, se debe incidir en una estricta administración de disciplina policial, garantizando el ejercicio irrestricto de los derechos del personal policial.

27. Se desprende de este proyecto que la autorización que se iba a brindar al Poder Ejecutivo para regular todo lo concerniente al perfeccionamiento de la normatividad relativa a la Policía Nacional del Perú era de carácter amplio. De hecho, esto también fue entendido de la misma forma por el Congreso de la República, el cual, al analizar el decreto legislativo aquí cuestionado, terminó por confirmar que no existía alguna extralimitación por parte de la autoridad ejecutiva.
28. Lo expuesto demuestra que sería inoficioso que este Tribunal considere que exista alguna clase de extralimitación en relación con una cuestión en la que los mismos órganos involucrados se encuentran de acuerdo, siempre, claro está, que esta operación se encuentre dentro del marco de lo *constitucionalmente permitido*, tal y como se ha acreditado en este caso. En ese sentido, existen razones considerables para estimar que el Poder Ejecutivo ha legislado de conformidad con las materias que fueron objeto de delegación por parte del Congreso de la República, por lo que no se advierte algún vicio de inconstitucionalidad por la forma en este extremo de la demanda.
 - iii) *Acerca de la falta de deliberación como sustento de una supuesta inconstitucionalidad por la forma*
29. Finalmente, este Tribunal también nota que, según el Colegio de Abogados de San Martín, se ha presentado un déficit de deliberación, ya que las reformas adoptadas por el Decreto Legislativo 1267 no fueron objeto de discusión en el órgano que, por antonomasia, refleja la deliberación pública, que es el Congreso de la República.
30. Al respecto, el Tribunal ha señalado, en constante jurisprudencia, que la deliberación es un componente fundamental de cualquier sistema democrático. En particular, se ha precisado que la democracia no puede ser concebida como un simple agregado de preferencias o intereses de quienes detentan el poder, ya que la adopción de decisiones debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de posiciones y argumentos. Esto implica que todos los que intervienen en estos procesos cuenten con los datos necesarios para emitir una opinión informada [cfr. STC 00012-2018-PI y 00013-2018-PI (acumulados), fundamento 19].
31. Ahora bien, la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal en cuanto a la necesidad de la deliberación se ha relacionado, básicamente, con las exoneraciones de trámites al interior del Congreso de la República, mas no en el caso de la delegación de facultades. Sobre ello, es importante anotar que, de estimarse lo señalado por la parte demandante, debería cuestionarse la constitucionalidad formal de todos los decretos legislativos, ya que esta fuente del derecho se caracteriza, precisamente, por delegar en un órgano técnico el desarrollo de ciertas materias que, por su naturaleza, no suelen ser objeto de discusión en el seno del intercambio parlamentario.
32. En ese sentido, es natural que los modernos Estados Constitucionales, en aras de favorecer un ágil desenvolvimiento de sus instituciones, habiliten herramientas como la delegación de facultades normativas a órganos que, por su experiencia y conocimientos técnicos, puedan brindar una inmediata respuesta a una situación problemática. En

el seno de estos órganos es natural que la deliberación no sea ejercida en los mismos términos que en el Congreso de la República.

33. En todo caso, esto no puede ser un motivo para identificar un posible vicio de inconstitucionalidad por la forma, ya que este órgano estatal conserva la potestad de examinar la propuesta efectuada por el Poder Ejecutivo, a fin de determinar si es que ha existido alguna posible extralimitación por parte de este último. En ese sentido, no considera este Tribunal que, en este extremo, se haya acreditado la existencia de algún vicio de inconstitucionalidad.
34. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que el Decreto Legislativo 1267 es compatible, por la forma, con la Constitución. En consecuencia, corresponde examinar los argumentos expuestos por las partes respecto de la inconstitucionalidad, por el fondo, de las disposiciones impugnadas.

§4. INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1213 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1267

35. El Tribunal, de la revisión del escrito de demanda, advierte que los argumentos relativos a una eventual inconstitucionalidad por el fondo giran en torno a que las disposiciones impugnadas adolecen de los siguientes vicios: (i) desnaturalizan y menoscaban la función de la PNP, entendida como función pública, privatizándola y poniéndola al servicio de intereses particulares y por encima del bien común; (ii) incumplen con los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) respecto a la función policial y el uso de la fuerza en los Estados democráticos, vulnerando el bien jurídico de la seguridad ciudadana; (iii) son discriminatorias y generan indefensión en las poblaciones que habitan en las zonas de influencia de proyectos extractivos; (iv) desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales; y, (v) representan un ejercicio proscrito de las libertades económicas y atentan contra el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.
36. En ese sentido, corresponde analizar, por separado, cada uno de los puntos que han sido cuestionados por el Colegio de Abogados de San Martín.

4-1. UNA CUESTIÓN PREVIA: ACERCA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1267 Y SU DESARROLLO A TRAVÉS DEL DECRETO SUPREMO 0003-2017-IN

37. Sin embargo, y antes de analizar los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal nota que, en estricto, diversos reclamos presentados en la demanda de inconstitucionalidad se conectan, esencialmente, con cláusulas del Decreto Supremo 0003-2017-IN, el cual reglamenta todo lo relativo a la prestación de Servicios Policiales Extraordinarios. De hecho, la propia entidad demandante ha admitido que no cuestiona, en general, su realización, sino que su pedido se circunscribe al caso de los escenarios en los que se han presentado conflictos sociales a raíz del desarrollo de la actividad minera en diversas localidades, los cuales precisamente se encuentran regulados en dicha norma infralegal.

Del mismo modo, diversos cuestionamientos planteados en el escrito de demanda (tales como la supuesta vulneración de derechos laborales) se encuentran, también, expuestos en el referido decreto y no así en el texto del decreto legislativo impugnado.

38. Siendo esto así, lo que en principio correspondería a este Tribunal sería declarar, sin más, la improcedencia de la demanda, y ello debido a que lo que se estaría impugnando sería, en buena cuenta, una norma de rango infralegal, lo que generaría que este supremo intérprete de la Constitución carezca de competencia para dilucidar el reclamo presentado en el seno de un proceso de inconstitucionalidad. Ahora bien, en este caso ocurre algo *sui generis*: la figura de los “Servicios Policiales Extraordinarios” ha sido regulada en la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 en términos excesivamente genéricos, brindando, de este modo, un importante margen de regulación a la propia administración pública.
39. De este modo, los escenarios en los que se prestan estos servicios se encuentran contenidos, en su totalidad, en el Decreto Supremo 0003-2017-IN. Esto supone que, en principio, nada impediría al Ministerio del Interior expedir normas que puedan ampliar o reducir los escenarios en los que ellos se realizan. Por ello, es importante que este Tribunal, en la dilucidación de la presente controversia, delimite, si es que, en primer lugar, su prestación resulta, en *general*, contraria a las funciones constitucionalmente asignadas a la Policía Nacional del Perú. Una vez precisado lo anterior, corresponderá examinar si es que existen algunos supuestos particulares en los que la realización de los “Servicios Policiales Extraordinarios” pueda comprometer derechos o bienes con cobertura constitucional, lo que generaría que la autoridad legislativa y administrativa no cuenten con competencia para regularlos.
40. Por lo expuesto, este Tribunal, más que ejercer un control de constitucionalidad del Decreto Supremo 0003-2017-IN, lo que en realidad procederá a examinar es si es que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 otorga alguna clase de cheque en blanco a la administración para regular todos los escenarios en los que se pueden prestar esta clase de servicios.

4-1. LA SUPUESTA DESNATURALIZACIÓN Y MENOSCABO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

41. El Colegio de Abogados de San Martín ha alegado que las disposiciones impugnadas desnaturalizan la función policial, ya que generan graves conflictos de intereses que se encuentran en contradicción con Ley del Código de Ética de la Función Pública. Sobre ello, indican que esta incompatibilidad surge cuando la PNP pretende garantizar, a la vez, la seguridad ciudadana y los intereses de la empresa (a la cual está vinculada por convenio), que son distintos y opuestos al interés de la comunidad y al bien común. Esto no permite, según menciona, que pueda existir una policía neutral e independiente, ya que se está tolerando la prestación de un servicio diferenciado y privilegiado en favor de particulares, beneficiarios de un convenio. Agrega, en ese sentido, que las disposiciones cuestionadas suponen un abuso del derecho y un desvío del poder.

42. Corresponde, pues, que este Tribunal examine si es que las disposiciones cuestionadas afectan el deber de neutralidad y, en ese sentido, si desnaturalizan la función policial. Ahora bien, para determinar ello, corresponde analizar, de conformidad con la Constitución y las cláusulas pertinentes del ordenamiento jurídico nacional, cuáles son las finalidades que corresponde realizar a la Policía Nacional del Perú.
43. Al respecto, la finalidad de esta institución, tal y como se precisa en el artículo 166 de la norma fundamental, es la de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad. También se le encomienda, en virtud de esta disposición constitucional, que garantice el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio tanto público como privado. De similar forma, se le encarga prevenir, investigar y combatir la delincuencia, así como vigilar y controlar las fronteras.
44. El orden interno ha sido asimilado, en nuestra jurisprudencia, a la noción de “orden policial”, ya que a través de la actividad que este implica “se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía. Con ello se preserva la armonía necesaria para alcanzar los fines que la sociedad persigue” [STC00017-2003-PI, fundamento 7].
45. Ciertamente, el artículo 166 de la Constitución señala que corresponde a la Policía Nacional del Perú el resguardo de la seguridad ciudadana y del orden público. Sin embargo, ello no puede ser asumido como el reconocimiento de una competencia de carácter excluyente. Así, el artículo 197 dispone que las municipalidades, en cooperación con la Policía Nacional, puedan también desarrollar y contribuir con esta clase de funciones. Dentro de ese marco de cooperación, existe, en la actualidad, el servicio denominado como de “Serenazgo”.
46. De acuerdo al Registro Nacional de Municipalidades realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, se consignó que, para el año 2016 existían, a nivel nacional, 26 690 personas que realizaban servicios de “Serenazgo”. El Tribunal no solo ha reconocido la validez constitucional de esta institución, sino que además ha precisado que esta entidad “cumple el objetivo de brindar seguridad ciudadana, por lo general, mediante servicios de vigilancia pública y atención de emergencias” [STC 00041-2004-PI, fundamento 44].
47. Por otro lado, en el contexto de estados de excepción, se puede decretar, por ejemplo, que la preservación de la seguridad ciudadana y del orden interno pueda ser cumplida en colaboración con las Fuerzas Armadas. Al respecto, en nuestra jurisprudencia se ha señalado que “de manera temporal y extraordinaria, las Fuerzas Armadas pueden asumir el control del orden interno, previa declaración de un estado de excepción y mediante orden expresa del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, de acuerdo con los artículos, 137°, 165° y 167° de la Constitución” [STC 0002-2008-PI, fundamento 11].

48. En todo caso, y más allá de la existencia de entidades estatales que, junto con la Policía Nacional, desarrollan esta clase de funciones, este Tribunal también advierte, en este rubro, una cada vez más notoria presencia del sector privado, ya que, inclusive, existe una considerable cantidad de empresas dedicadas a la prestación de este servicio. Esto obedece a que, particularmente en las últimas décadas, se ha vuelto más recurrente, tanto en el Perú como en el contexto internacional, la demanda de mayores niveles de seguridad, lo cual obedece a múltiples factores.
49. La masificación de las empresas de seguridad privada evidencia que, en muchas ocasiones, el resguardo policial general no es suficiente, por ejemplo, para el control de espacios que, si bien son privados, se caracterizan por su uso masivo. En este punto, el cuidado de lugares como los centros comerciales, los cines, los restaurantes, los centros financieros o los espectáculos abiertos al público han supuesto un serio reto para la Policía Nacional del Perú, la cual, como es natural, no suele darse abasto, ya que también debe encargarse de la prevención y persecución del delito, lo cual puede ocurrir en cualquier ámbito de la comunidad. No sorprende, en ese sentido, el crecimiento que, entre los años 2005-2015 se han reportado respecto de los agentes que laboran en empresas de seguridad del sector privado, lo cual puede acreditarse a través de lo señalado en el siguiente cuadro [SUCAMEC (2016). Seguridad privada en el Perú. Un estado situacional, pág. 33]:

Departamento	Vigilancia Privada	Transporte de dinero y valores	Protección personal	SISPE	Cuenta propia	SISPA	TOTAL
Lima	117 901	2 185	2 051	655	313	443	123 548
La Libertad	11 364	29	39	36	83	8	11 559
Arequipa	10 050	19	57	23	64	65	10 278
Ancash	8 179	1	14	5	-	47	8 246
Loreto	5 546	27	-	1	2	11	5 587
Cusco	5 117	41	-	2	2	17	5 179
Lambayeque	5 094	13	58	5	-	8	5 178
Junin	4 730	38	1	11	1	21	4 802
Piura	4 682	31	2	5	3	15	4 738
Ica	4 070	21	6	5	104	35	4 241
Puno	3 568	40	1	-	-	24	3 633
Cajamarca	2 652	1	1	1	-	3	2 658
Ucayali	2 040	4	3	5	-	-	2 052
Ayacucho	2 036	2	-	-	-	3	2 041
Callao	1 832	-	-	30	9	21	1 892
Pasco	1 760	-	-	1	-	1	1 762
Tacna	1 664	-	-	-	-	-	1 664
San Martín	1 540	23	-	1	-	-	1 564
Moquegua	1 205	-	-	-	-	-	1 205
Huánuco	978	10	-	3	-	-	991
Tumbes	649	-	1	1	192	3	846
Madre de Dios	416	-	-	2	-	5	423
Apurímac	389	-	-	-	11	-	397
Huancavelica	286	-	-	1	-	-	284
Amazonas	244	-	-	-	-	-	244
TOTAL	197 986	2 485	2 234	793	784	730	205 012

Tabla 2
Cantidad de carnés iniciales emitidos para agentes de seguridad privada, según modalidad y departamento

Base:
Total de carnés iniciales emitidos en todas las modalidades durante el periodo 2005 -2015 (205 012)²⁸
Fuente:
SUCAMEN (GSSP - OGIC)
Elaboración propia (SUCAMEC - GP)

50. Se aprecia, pues, que los niveles de riesgo se incrementan en la medida en que los puntos de interacción son de carácter masivo. De hecho, estos lugares también se constituyen en importantes focos de peligro para la concreción de hechos delictivos, como ha venido ocurriendo particularmente en las últimas décadas. Ahora bien, no considera este Tribunal, como parece ser la tesis de la entidad demandante, que pueda ser sencillo trazar una distinción tajante entre el ámbito de lo *público* y lo *privado* en lo que se refiere a la protección de la seguridad ciudadana y del orden interno.
51. En efecto, la reiterada comisión de hechos delictivos en contra de empresas privadas no es una cuestión que solo repercute en las personas que laboren en este sector, las cuales, por lo general, ya se ven considerablemente expuestas al delito por las actividades comerciales o financieras que realizan. Y es que los impactos y consecuencias de la comisión reiterada de hechos delictivos en contra de empresas pueden, también, trasladarse al ámbito público. Sobre ello, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha sostenido que

los empresarios y el sector privado han modificado sus conductas debido a la violencia. Por ejemplo, en casos extremos, los empresarios, especialmente los más pequeños, pueden pasar de la formalidad a la informalidad u ocultar sus ganancias para atraer menos a los criminales. En países donde la corrupción y el crimen han penetrado en las instituciones del Estado, los empresarios temen que los delincuentes accedan a información confidencial de sus empresas para efectos de extorsión. Al esconderse en el sector informal, las empresas pueden gozar del anonimato, pues no registran su existencia o sus finanzas ante el Estado [...]. Sin embargo, el aumento de la informalidad niega valiosos ingresos fiscales al Estado [...], lo que debilita aún más la capacidad de sus instituciones, como la policía y el poder judicial [...]; además, restringe las acciones de las empresas y, muchas veces, su crecimiento [PNUD (2013). Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014, pág. 96 y 97].
52. Por otro lado, este Tribunal no puede ser indiferente al hecho que, en los distintos escenarios en los que se realizan esta clase de servicios -incluso los que se generaron con ocasión de alguna iniciativa privada, como puede ser un centro comercial o un concierto abierto al público-, las autoridades policiales se encargan de custodiar el orden y la seguridad de las personas que se encuentran en dichos lugares, lo cual repercute, necesariamente, en el bienestar general. Esto no hace sino reflejar que no se trata de una *privatización* de la labor de la Policía Nacional del Perú.
53. De hecho, por el contexto de exposición al peligro, diversas empresas pertenecientes han adoptado distintas medidas internas para resguardar tanto a sus instalaciones como a su personal, lo cual supone, para ellas, una inversión adicional. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática, “[e]l 70,3% de empresas implementaron medidas de seguridad para protegerse de la delincuencia; de las cuales el 61,5% de empresas utilizaron sistemas de vídeo y captura de imágenes, el 38,0% mejoraron

la infraestructura física (alambrado, muros) y el 33,6% contrataron personal de seguridad de bienes e inmuebles” [INEI (2018). Encuesta Nacional de Victimización a Empresas, pág. 16]. En concreto, las medidas que se han adoptado, conforme se puede apreciar del siguiente gráfico, son las siguientes:



54. Del mismo modo, es importante destacar, tal y como se hará en esta sentencia, que el personal policial no se encuentra sometido a alguna clase de subordinación laboral respecto de la entidad que solicitó la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”, de lo que se desprende que los efectivos policiales destacados no dejan de cumplir, en caso la situación lo amerite, las funciones que tanto la Constitución como la normatividad de la institución les asignen.
55. Se colige, de lo expuesto, que cuestiones como la preservación de la seguridad ciudadana no pueden, en principio, ser encasilladas dentro de lo público y lo privado, ya que, en las sociedades contemporáneas, se han diseñado múltiples canales de cooperación entre las entidades tanto públicas como privadas con el fin de poder optimizar la protección del orden interno y la seguridad ciudadana.
56. Preciado lo anterior, es necesario enfatizar que la habilitación que el ordenamiento nacional realiza a estas empresas para prestar servicios de seguridad no supone, como es evidente, que el Estado sea indiferente a la forma y el modo en que ellas operan. Esto no solamente porque es importante fiscalizar, por ejemplo, la plena observancia de la normativa laboral que les sea aplicable, sino también porque es deber del Estado velar porque las empresas pertenecientes a este rubro se sometan a un conjunto de directivas mínimas que permitan uniformizar su funcionamiento y velar por el cumplimiento de ciertos estándares de calidad. Lo contrario supondría dejar al libre arbitrio de la iniciativa privada el *modus operandi* para prestar y ejecutar los servicios de seguridad privada.
57. En ese sentido, el Decreto Legislativo 1127 ha creado la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC), órgano que, de conformidad con el artículo 6.a, tiene entre sus funciones la de “[c]ontrolar, administrar, supervisar, fiscalizar, normar y sancionar las actividades en el ámbito de los servicios de seguridad privada, fabricación y comercio de armas,

municiones y conexos, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil, de conformidad con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales y la legislación nacional vigente. en esta materia, comprende también la facultad de autorizar su uso”. Esta entidad se ha dedicado, en los últimos años, ha expedir resoluciones y directivas relativas al cumplimiento que deben observar, en lo que aquí interesa, las empresas que prestan el servicio de seguridad privada.

58. En virtud de lo expuesto, debe determinarse si es que la prestación de “Servicios Policiales Extraordinarios” desnaturaliza, como lo sostiene el Colegio de Abogados de San Martín, las funciones de la Policía Nacional del Perú al no permitírsele resguardar la seguridad ciudadana o custodiar el orden interno.
59. Sobre ello, la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, precisa que “[l]a Policía Nacional del Perú, a través del personal policial que se encuentre de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria, podrá prestar servicios policiales extraordinarios en entidades del Sector Público y/o del Sector Privado, en situaciones que puedan comprometer y/o afectar el orden público y la seguridad ciudadana”.
60. Como se puede apreciar, la disposición impugnada se refiere tanto al sector público como privado. Sin embargo, la demanda interpuesta en este proceso de inconstitucionalidad únicamente se relaciona con el sector privado, y, en particular, con las empresas extractivas. En efecto, de conformidad con el artículo 11.d del Decreto Supremo 0003-2017-IN, uno de los supuestos habilitantes para la prestación de estos servicios es para “atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales”.
61. En consecuencia, se aprecia que los argumentos de la entidad demandante se encuentran direccionados a cuestionar lo dispuesto en el artículo 11.d del Decreto Supremo 0002-2017-IN, por lo que, en principio, correspondería declarar la improcedencia, en este punto, de la demanda.
62. Sin embargo, en el auto de 30 de abril de 2019, este Tribunal precisó que en relación con los artículos del Decreto Supremo 003-2017-IN que fueron impugnados cabía “advertir que el régimen procesal de la inconstitucionalidad de normas conexas se encuentra previsto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, como una facultad propia y potestativa del Tribunal Constitucional, y que la etapa procesal para realizar dicho examen es al momento de sentenciar” [ATC 0009-2019-PI, fundamento 3]. Así, se evaluaría la posibilidad de analizar la constitucionalidad de esta norma infralegal siempre y cuando ello fuera producto de la determinación de la invalidez del Decreto Legislativo 1267.
63. De esta forma, este Tribunal se referirá, en primer lugar, a los alcances normativos del Decreto Legislativo 1267 para, posteriormente, analizar si es que es posible concluir que tanto la norma con rango de ley que regula estos servicios, así como cualquier normatividad infralegal que los regulen, se encuentran *impedidas constitucionalmente* de hacer referencia a las empresas extractivas.

64. Ahora bien, y una vez precisado lo anterior, para este supremo intérprete de la Constitución la sola referencia al sector privado -sin que esto excluya, de hecho, a entidades del Estado, las cuales también han solicitado estos servicios-, como beneficiario de la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” no supone una vulneración de la ley fundamental. Y ello no solo porque la función de la Policía Nacional del Perú de resguardar la seguridad ciudadana termina por beneficiar a la comunidad en general, sino también porque la labor de prevención del delito no puede ser encasillada como una función de repercusiones estrictamente privadas.
65. En el caso concreto del sector privado, también es posible identificar situaciones especiales de riesgo en las que se requiere que el Estado adopte una serie de medidas con la finalidad de salvaguardar derechos y/o bienes constitucionales de la sociedad. Esto ocurre, principalmente, con las empresas privadas que prestan servicios públicos, y con las empresas que, por la naturaleza de la labor que realizan, pueden constituirse en importantes focos de riesgo para la realización de actividades delictivas.
66. En lo que respecta a las empresas privadas que prestan servicios públicos, ellas son consideradas como entidades estatales de conformidad con el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. De acuerdo con esta misma ley, se considera como una entidad pública a todas aquellas personas jurídicas sujetas al régimen privado que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas.
67. En estos casos se presenta un especial deber de tutela por parte de los efectivos policiales, ya que se trata de empresas que prestan un servicio que, en principio, corresponde al Estado brindar. Esto supone que, inmediatamente, se active un particular rol de fiscalización en relación con las actividades que aquellas entidades realizan. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado, en un criterio que este Tribunal comparte, que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, [...], sea por entidades públicas o privadas [...], la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo” [Corte IDH. Caso Albán Cornejo vs. Ecuador. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 119].
68. Evidentemente, el Estado, a través de entidades como el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú, tiene el deber constitucional de supervisar que el desarrollo de las funciones de las empresas privadas que prestan servicios públicos no se vea obstaculizado o perturbado por actos que comprometen la seguridad ciudadana y el orden interno. Esto obedece no solo a que se trata de servicios que el mismo Estado, en principio, estaría obligado a efectuar, sino a la concreción del deber general de la Policía Nacional, conforme al artículo 166 de la Constitución, de prevenir y combatir la delincuencia.
69. Por otro lado, este Tribunal no puede obviar que, en el caso de empresas del sector privado, existen una serie de actividades que generan un importante foco de riesgo

para la realización de hechos delictivos. Por ejemplo, en el caso del sector financiero, es notoria su pertenencia al sector privado, pero ello no impide advertir que se trata de un conglomerado de entidades que prestan servicios que suelen estar expuestos a un mayor nivel de peligrosidad, lo cual justifica la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”. En ese sentido, no se advierte que la sola referencia al sector privado, como beneficiario de estos servicios, sea incompatible con la Constitución.

70. Ahora bien, la tesis de la entidad demandante es que esta disposición desnaturaliza la finalidad de la función policial, ya que la coloca al servicio de intereses privados, lo cual atenta contra el deber de neutralidad que deben observar los funcionarios y servidores públicos, y esto particularmente en el caso de empresas extractivas. Agrega, sobre ello, que la prestación de estos servicios convierte a los efectivos policiales en cuerpos de seguridad privada.

71. Este Tribunal no comparte dicha aseveración, y ello por las siguientes razones: i) los deberes de protección a cargo de la Policía Nacional del Perú no han sido desplazados por la disposición impugnada; ii) la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” no excluye la adopción de medidas organizacionales internas que permitan evitar cualquier escenario de conflicto; y iii) no se excluye la activación de conductos de reclamo ante escenarios particulares de desvío de poder.

i) *Vigencia de los deberes de protección a cargo de las autoridades estatales*

72. La Policía Nacional del Perú, tal y como lo dispone el artículo 166 de la Constitución, es la encargada de garantizar el orden interno. Esto se traduce en el deber de prestar asistencia a la persona y a la comunidad, así como de prevenir, investigar y combatir los actos delincuenciales.

73. Esta obligación genera, respecto de la Policía Nacional del Perú, dos formas de actuación: a) una negativa, en el sentido que debe abstenerse de realizar cualquier conducta que suponga un menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución; y b) una positiva, en el sentido de adoptar todas las medidas que sean pertinentes para salvaguardar los derechos y/o bienes que la ley fundamental le ha encomendado. Esto último supone la activación, a favor de cualquier persona o colectivo, de una suerte de derecho de protección, el cual habrá de entenderse “como un derecho frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros”. [Alexy, Robert (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 398].

74. Los argumentos de la parte demandante se encuentran orientados, principalmente, a cuestionar que la disposición impugnada no garantiza una adecuada prestación de servicios por parte de la Policía Nacional del Perú, lo cual genera una situación de desprotección que incide en los derechos de la persona y de la sociedad.

75. El Tribunal advierte que el deber de protección, a cargo de la Policía Nacional del Perú, no se ha visto menoscabado por la adopción de la disposición impugnada. De hecho,

esta misma cláusula se encarga de precisar que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” no será realizada por todo el personal policial, sino únicamente por aquel que se encuentre de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria.

76. El que la prestación de estos servicios extraordinarios sea voluntaria obedece a múltiples factores. El más notorio se relaciona con que el efectivo policial no se encuentra obligado a ser parte de este programa, ya que también puede ejercer, por ejemplo, su derecho a gozar de sus días de vacaciones y de franco. Otro factor relevante es que, al ser una cuestión facultativa, no todo el personal policial participa de su prestación. Este hecho genera, a su vez, que al no ser una considerable cantidad de efectivos los que deseen participar, deba la institución establecer órdenes de prioridad para la asignación del resguardo respectivo.
77. De este modo, no existe una reducción del personal policial que pueda generar algún déficit de protección de los derechos y bienes constitucionales que la Constitución ha asignado a la Policía Nacional. De hecho, estas entidades no solo han celebrado convenios con entidades privadas, sino también con órganos públicos, lo que ha permitido reforzar su seguridad.
78. Ahora bien, de la revisión de la disposición impugnada, es posible apreciar que el personal policial que puede prestar los servicios extraordinarios es aquel que se encuentra en una de estas situaciones: a) vacaciones; b) permiso; y c) de franco.
79. En relación con los efectivos policiales que se encuentren de vacaciones y de franco, este Tribunal advierte que no se presenta algún potencial escenario de déficit de protección o de garantía, y ello en la medida que se trata de personal que, en principio, no se encuentra a disposición inmediata de la institución. De este modo, la realización de los “Servicios Policiales Extraordinarios” no tendría alguna repercusión negativa respecto del cumplimiento de las finalidades que la Constitución ha asignado a la Policía Nacional del Perú.
80. En el caso particular de los permisos, este Tribunal considera que el sentido interpretativo que permite evitar algún posible escenario de protección deficiente consiste en que su otorgamiento no debe ser con el exclusivo propósito de poder realizar los “Servicios Policiales Extraordinarios”. Esto es, la razón del permiso brindado debe obedecer a supuestos distintos a los de la prestación de esta clase de servicios, ya que, de lo contrario, se podría trasladar a personal específicamente asignado al resguardo de una localidad o entidad determinada, lo que ocasionaría un déficit de protección al que no se orienta la disposición cuestionada.
81. Una situación de déficit de protección se presentaría si es que, por ejemplo, se destacara a personal policial que se encuentra realizando labores ordinarias a prestar los “Servicios Policiales Extraordinarios”, o si se otorgaran una serie de permisos masivos con el propósito de resguardar a una entidad en concreto, desprotegiendo, así, al resto de la colectividad. Evidentemente, esta regla puede ser superada en contextos de marcada necesidad, como puede ocurrir, por ejemplo, con el desarrollo de espectáculos públicos en los que concurre una cantidad considerable de personas.

82. La cantidad de comisarías existentes a nivel nacional no hacen más que confirmar la necesidad de que, al evaluar la viabilidad de las solicitudes dirigidas a la obtención de estos servicios, el Director General de la Policía Nacional del Perú tome en consideración el número de efectivos policiales asignados a una localidad. De forma particular, y de no adaptarse las medidas pertinentes, las localidades en las que, esencialmente por su población y extensión, se encuentren asignados pocos efectivos policiales podrían verse perjudicadas por el uso reiterado de “Servicios Policiales Extraordinarios”, ya que esto podría ocasionar una potencial desprotección de la circunscripción respectiva, en especial si es que ella es asignada en entidades en las que no necesariamente concurre una cantidad considerable de personas.
83. En el siguiente cuadro se puede apreciar información relevante sobre este punto, la cual ha sido recabada, en el año 2017, por parte del Instituto Nacional de Estadística e Informática:

CUADRO N° 4.6
PERÚ: COMISARÍAS BÁSICAS QUE REALIZAN PATRULLAJE A PIE,
SEGÚN DEPARTAMENTO, 2017
(Absoluto y Porcentaje)

Departamento	Número de Comisarías Básicas	Comisarías básicas que realizan patrullaje a pie	
		Absoluto	%
Nacional	1 310	932	71,1
Amazonas	48	39	81,3
Áncash	71	56	78,9
Apurímac	48	32	66,7
Arequipa	103	68	66,0
Ayacucho	48	24	50,0
Cajamarca	118	85	72,0
Prov. Const. del Callao	20	13	65,0
Cusco	91	64	70,3
Huancavelica	38	37	97,4
Huánuco	37	22	59,5
Ica	34	19	55,9
Junín	36	33	91,7
La Libertad	79	59	74,7
Lambayeque	47	28	59,6
Provincia de Lima ^{1/}	113	94	83,2
Región Lima 2/ ^{2/}	48	17	35,4
Loreto	41	28	68,3
Madre de Dios	9	4	44,4
Moquegua	19	9	47,4
Pasco	25	25	100,0
Piura	81	67	82,7
Puno	60	54	90,0
San Martín	43	26	60,5
Tacna	25	10	40,0
Tumbes	16	9	56,3
Ucayali	12	10	83,3

1/ Incluye los 43 distritos de la provincia de Lima.

2/ Se refiere a la región Lima que comprende las provincias de Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochirí, Huaura, Oyón y Yauyos.

Fuente : Instituto Nacional de Estadística e Informática - VI Censo Nacional de Comisarías 2017.

84. Así, se puede apreciar que, a nivel nacional, no existe una cantidad considerable de comisarías que realicen los servicios de patrullaje a pie. Esto es especialmente relevante ya que, por lo general, son los efectivos policiales vinculados a ellas los que realizan labores más cercanas a la prevención y combate de delincuencia respecto de la comunidad. Estos suelen ser agentes asignados a localidades que, por su poca extensión, no requieren realizar un patrullaje motorizado. Ahora bien, la situación respecto de las comisarías que realizan esta clase de servicios también fue recopilada en el Censo Nacional de Comisarías del año 2017, realizado por el INEI, el cual brindó los siguientes datos:

CUADRO N° 4.5
PERÚ: COMISARÍAS BÁSICAS QUE CUENTAN CON VEHÍCULOS MOTORIZADOS Y REALIZAN
PATRULLAJE MOTORIZADO, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2017
(Absoluto y Porcentaje)

Departamento	Número de Comisarías básicas	Comisarías básicas que cuentan con vehículos motorizados y realizan patrullaje motorizado	
		Absoluto	%
Nacional	1 310	1 173	89,5
Amazonas	48	28	58,3
Áncash	71	63	88,7
Apurímac	48	40	83,3
Arequipa	103	96	93,2
Ayacucho	48	38	79,2
Cajamarca	118	76	64,4
Prov. Const. del Callao	20	20	100,0
Cusco	91	88	96,7
Huancavelica	38	33	86,8
Huánuco	37	37	100,0
Ica	34	32	94,1
Junín	36	34	94,4
La Libertad	79	71	89,9
Lambayeque	47	45	95,7
Provincia de Lima ^{1/}	113	113	100,0
Región Lima 2/	48	46	95,8
Loreto	41	35	85,4
Madre de Dios	9	9	100,0
Moquegua	19	19	100,0
Pasco	25	22	88,0
Piura	81	78	96,3
Puno	60	58	96,7
San Martín	43	43	100,0
Tacna	25	23	92,0
Tumbes	16	16	100,0
Ucayali	12	10	83,3

1/ Incluye los 43 distritos de la provincia de Lima.

2/ Se refiere a la región Lima que comprende las provincias de Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochiri, Huaura, Oyón y Yauyos.

Fuente : Instituto Nacional de Estadística e Informática - VI Censo Nacional de Comisarías 2017.

85. La información otorgada por el INEI permite apreciar a este Tribunal que, ciertamente, existen muchos retos pendientes en lo que se refiere a las labores de seguridad ciudadana y de prevención del delito que realiza la Policía Nacional del Perú, lo cual obedece, por lo general, a inconvenientes de índole presupuestario. De este modo, no

sorprende que la seguridad privada, como se indicó *supra*, haya empezado a ser un servicio atractivo de contratar para el sector privado. Es así que, al no contar con ingentes cantidades de recursos, la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” tiene que ser a entidades que sean, según la apreciación de la entidad policial, importantes focos de riesgo para la realización del delito o la puesta en peligro de bienes jurídicos de la persona o la sociedad.

86. De este modo, ciertamente la Policía Nacional del Perú, a través de su Director General, cuenta con un especial margen de discrecionalidad al evaluar la pertinencia del otorgamiento de la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” en función de la existencia de importantes niveles de riesgo; sin embargo, ello no puede conducir a la privación o restricción severa de efectivos asignados a realizar patrullaje común, sea a pie o motorizado, ya que, en ese escenario, sí se configuraría un déficit de protección, el cual se fundamentaría al brindar mayores niveles de seguridad a las entidades que sí puedan solventar los gastos respectivos de esta clase de servicios, y ello particularmente en localidades o circunscripciones que se caractericen por su corta extensión territorial o reducida población.
87. En ese sentido, la interpretación constitucional de la frase “[l]a celebración y cumplimiento de dichos convenios no deberá afectar la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año así como el cumplimiento cabal de su finalidad” consiste en asumir que solamente se va a encomendar al personal que se encuentra en los supuestos contenidos en la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 la realización de los “Servicios Policiales Extraordinarios” si es que ello no supone una considerable reducción de la cantidad de efectivos asignados para labores de patrullaje o que se encarguen de velar por la prevención y combate de la delincuencia en general. Evidentemente, todo efectivo policial que preste estos servicios deberá hacerlo de forma voluntaria.
 - ii) *La prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” no excluye la adopción de medidas organizacionales internas*
88. Este Tribunal también nota que las disposiciones impugnadas permiten la adopción de medidas de organización interna que eviten el surgimiento de eventuales conflictos de intereses.
89. En primer lugar, no comparte este Tribunal la afirmación de la parte demandante en el sentido que los efectivos policiales que prestan “Servicios Policiales Extraordinarios” se constituyen en cuerpos de seguridad privada, ya que, de la revisión de la normatividad pertinente, es posible colegir que la relación de dependencia del efectivo destacado es con la Policía Nacional del Perú. Esta afirmación será precisada cuando se analice el sentido interpretativo del artículo 2 del Decreto Legislativo 1213.
90. Del mismo modo, el Decreto Supremo 0003-2017-IN, que reglamenta el Decreto Legislativo 1267, precisa que “[l]os accidentes que ocasionen lesiones leves o graves, incapacidad física o fallecimiento del personal policial, acaecidos por la prestación de

los servicios policiales extraordinarios, serán considerados como ocurridos en acto de servicio” (artículo 9). De esta cláusula es posible extraer que el personal policial, al prestar los “Servicios Policiales Extraordinarios”, continúa ejerciendo funciones en representación de la Policía Nacional del Perú y, en consecuencia, se sigue sometiendo a la normatividad que rige esta institución.

91. De similar forma, de conformidad con el artículo 13 del referido decreto, un requisito para acceder a la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” consiste en suscribir un documento en el que la entidad solicitante reconoce “que no tiene poder de dirección alguno sobre el personal de la Policía Nacional del Perú que brinda el servicio policial extraordinario y el compromiso de no interferir en las operaciones policiales que se realicen, bajo ninguna circunstancia”. Esto supone que la entidad solicitante no goza de ningún poder de dirección o de mando respecto de los efectivos que han sido destacados, reafirmando, así, la autoridad y la autonomía de la institución policial.
92. Ahora bien, e independientemente de las disposiciones citadas, la interpretación que este Tribunal realice en torno a lo que es objeto de la presente demanda de inconstitucional no puede remitirse a normas de rango infralegal. Si ello fuera así, la protección de los derechos y/o bienes constitucionales relacionados con la preservación de la seguridad ciudadana y del orden público se encontrarían a merced de la autoridad administrativa de turno, con todos los perjuicios que ello generaría.
93. De este modo, este Tribunal considera que la constitucionalidad de los “Servicios Policiales Extraordinarios” depende de la falta de subordinación de los efectivos policiales destacados respecto de las entidades en las que efectúan los servicios. En efecto, lo contrario supondría parcializar la labor del resguardo del orden público y de la seguridad ciudadana. Se desprende entonces, que la normatividad que reglamente esta clase de servicios no puede otorgar a las entidades solicitantes alguna potestad de mando sobre los efectivos asignados.
94. Así las cosas, entiende este Tribunal que la celebración de convenios interinstitucionales entre la Policía Nacional del Perú y otras entidades públicas o privadas obedece a la optimización de la seguridad ciudadana y del orden público, y ello en la medida en que la prestación de estos servicios debe encontrarse orientada hacia lugares que constituyen focos de riesgo para la realización de actividades delictivas.
95. No se advierte, en ese sentido, la existencia de algún déficit de protección, ya que los “Servicios Policiales Extraordinarios” se efectúan con el propósito, precisamente, de resguardar los derechos y/o bienes que la Constitución asigna a dicha entidad del Estado.

iii) *La disposición impugnada no excluye la existencia de conductos de reclamo ante escenarios particulares de reclamo de desvío de poder*

96. Para este Tribunal es evidente que no debe excluirse la posibilidad que, en algún escenario concreto, exista alguna posible desviación del poder. Sin embargo, la normatividad

vigente permite, en el escenario que ello ocurra, que se inicien las acciones respectivas. Ninguno de estos conductos se ve bloqueado o restringido por la implementación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”, ya que, como se explicó *supra*, se tratan de actos de función, por lo que se siguen considerando como actos del poder público, sujetos a los estándares vigentes sobre la materia.

97. En efecto, todo lo hasta aquí expuesto no impide que las personas o entidades involucradas puedan iniciar, si así lo estimaran, los reclamos respectivos, sea en la jurisdicción ordinaria o la constitucional. En efecto, el hecho que se confirme, en este extremo, la constitucionalidad de la disposición impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad no impide la activación, ante escenarios concretos de amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, de los canales pertinentes. Y esto puede ocurrir en escenarios abstractos (por ejemplo, cuestionar a través del proceso de acción popular ciertas normas de rango infralegal) como en casos concretos (como puede ocurrir por la existencia de una amenaza de lesión de un bien jurídico o derecho fundamental al no observarse, en un caso particular, lo dispuesto en esta sentencia).
98. Ahora bien, es probable, como lo indica el Colegio de Abogados de San Martín, que se presenten posibles escenarios latentes de conflictos sociales, en los que, entre otras cosas, se cuestione que el personal encargado de hacer cumplir la ley se encuentre, de alguna forma, vinculado con alguna empresa o entidad, particularmente del sector privado. Sin embargo, a través del proceso de inconstitucionalidad a este Tribunal compete evaluar, en abstracto, la compatibilidad tanto formal como material de una norma con rango de ley con la Constitución.
99. Esto implica que en esta clase de procesos no se ventilan hipotéticos escenarios en los que la disposición pueda ser aplicable, sino únicamente es objeto de análisis su coherencia, más allá de un caso particular, con la ley fundamental. En ese sentido, se ha precisado en nuestra jurisprudencia que en el proceso de inconstitucionalidad “no se evalúa la constitucionalidad de las leyes a la luz de un caso concreto en el que estas hayan tenido o tengan oportunidad de aplicarse, sino en atención a la compatibilidad o incompatibilidad que, en abstracto, exista entre dos fuentes formales del derecho, a saber, las leyes o normas con rango de ley y la Constitución” [STC 0005-2004-AI, fundamento 2].
100. Los criterios expuestos en la jurisprudencia del Tribunal permiten concluir que no es posible justificar la expulsión de una disposición con rango legal del ordenamiento jurídico porque existan, potencialmente, determinados escenarios concretos en los que, en virtud de alguna disposición impugnada, se puedan presentar situaciones que comprometan derechos o bienes reconocidos en la Constitución. Sin embargo, esto no excluye que, a través de una sentencia interpretativa, se puedan realizar algunas precisiones que evitarían que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” pueda desnaturalizarse, y devenir, por ello, en inconstitucional. Uno de los escenarios más complejos en los que se ha reconocido la posibilidad de su realización

es en el caso de las empresas que se encuentren, o puedan encontrarse, inmersas en conflictos sociales.

iv) *El particular escenario de los conflictos sociales*

101. Se ha determinado, en esta sentencia, que la realización de “Servicios Policiales Extraordinarios” es, en general, compatible con la Constitución. Sin embargo, y como se ha precisado *supra*, ello no puede suponer, necesariamente, que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 brinde un cheque en blanco a favor de la administración, y le permita disponer que ellos puedan ser brindados en cualquier escenario.
102. Ciertamente, y tal y como se indicó en el apartado anterior, en los procesos de inconstitucionalidad este Tribunal no está habilitado para examinar potenciales o concretos escenarios de vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, ello no impide que, con el propósito de precisar los alcances de una ley, se puedan expedir sentencias interpretativas si es que se advierte la posibilidad que la disposición impugnada pueda albergar alguna interpretación o aplicación sobreviniente que sea contraria a la Constitución.
103. La competencia del Tribunal también se legitima, en este caso, por el hecho que la figura de los “Servicios Policiales Extraordinarios” se encuentra regulada, prácticamente en su totalidad, en una norma infralegal, lo cual no hace sino demostrar los amplios alcances que habilita el Decreto Legislativo 1267 a la administración, y que generan la necesidad de emitir un pronunciamiento que permita delimitar su contenido para evitar posibles escenarios de uso arbitrario del poder.
104. La entidad demandante ha planteado el escenario concreto de lo que ocurre con las empresas mineras. De hecho, ha solicitado a este Tribunal que indique que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 no debe amparar la posibilidad que los “Servicios Policiales Extraordinarios” sean prestados a favor de ellas, ya que, por lo general, estas se encuentran involucradas en conflictos sociales, por lo que colocaría en una comprometida posición a la Policía Nacional del Perú.
105. Al respecto, tal y como lo expone la parte demandante, es de conocimiento público que existen numerosos conflictos sociales a lo largo del territorio peruano en los que se encuentran comprometidas las empresas mineras y los integrantes de las comunidades aledañas. Estos casos suelen estar relacionados, por lo general, a cuestiones medio-ambientales, ya que, según se alega, estas entidades, al no cumplir con los estándares vigentes en la materia, estarían afectando el entorno en el que las comunidades se desenvuelven. Sobre este punto, la Defensoría del Pueblo, en un informe de enero de 2020, ha reportado distintos casos de latentes conflictos sociales en los que se ha involucrado a empresas mineras [Ver: Defensoría del Pueblo. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. Reporte de Conflictos Sociales N° 191. Enero de 2020].

106. Los reclamos que suelen presentarse a propósito de la actividad minera no son de sencilla resolución. De hecho, las “lógicas de estos conflictos son muy difíciles de descifrar, y sus dinámicas, poco predecibles. Esta situación es un reto para todos los actores involucrados: representantes del Estado, de la sociedad civil, del empresariado y de la población en general” [De Echave, José y otros (2009). *Minería y Conflicto Social*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pág. 10]. Ahora bien, corresponde particularmente al Estado peruano no solo adoptar las medidas pertinentes para generar espacios de diálogo y de consenso entre las partes, sino, además, implementar todas aquellas que sean conducentes para evitar que estos escenarios de tensión puedan generar pérdidas irreparables, sea en relación con los pobladores o ya sea respecto de la comunidad empresarial.
107. El Tribunal también debe destacar que los conflictos sociales no se reducen únicamente a las tensiones entre pobladores y empresas mineras, por lo que su pronunciamiento no se puede ceñir a este escenario particular expuesto por la parte demandante.
108. En este contexto, es usual que el Estado peruano suela intervenir, en situaciones en los que los conflictos han alcanzado su punto más álgido, con el propósito de evitar posibles alteraciones severas del orden público. Y, en esta función, es evidente que la Policía Nacional del Perú ostenta un rol gravitante. Su participación siempre se encuentra orientada a prevenir la consumación de lesiones de derechos constitucionales, sin tomar partido respecto de alguna de las partes que suelen estar involucradas en el conflicto. Sin embargo, si es que, por ejemplo, esta institución (a través de algunos de sus efectivos) prestara servicios para custodiar las instalaciones de las empresas relacionadas con conflictos sociales, ello podría comprometer este halo de objetividad con el que suelen desempeñar sus funciones.
109. Para este supremo intérprete de la Constitución no es indiferente el hecho que, en muchas oportunidades, se han desencadenado diversos escenarios de tensión entre los integrantes de una comunidad con la Policía Nacional del Perú. Precisamente, uno de los factores que puede azuzar un conflicto radica en la percepción que los pobladores puedan tener respecto de los efectivos policiales que prestan “Servicios Policiales Extraordinarios” en entidades privadas. Y es que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los servicios que brinda la institución policial en eventos públicos (en los que existe consenso respecto de la necesidad de su intervención para proteger a la comunidad *en general*), o cuando otorga seguridad a distintas entidades del sector financiero (en las que, en esencia, busca prevenir la comisión de delitos contra el patrimonio, sea en contra de la entidad o en contra del consumidor que se encuentre en una zona cercana a aquella), en esta clase de casos suelen existir partes que, legítimamente, esbozan argumentos y pretensiones a su favor, por lo que la intervención policial a favor de una de ellas puede generar la sensación de una pérdida de objetividad, más allá que, en los hechos, ello pueda que no sea de esta manera.
110. En todo caso, también advierte este Tribunal que la protección que se dispense a una empresa puede vincularse con la necesidad de evitar presuntos actos delictivos,

sea en contra de la institución misma o de las personas que la integran. Sin embargo, también debe enfatizarse que, tal y como lo habilita la normatividad peruana, también existe la posibilidad para estas entidades de acudir a los servicios de seguridad privada. Esta medida evitaría comprometer a los efectivos policiales con alguna de las partes que se encuentren insertas en el conflicto social.

111. Ahora bien, también puede existir la posibilidad que, sea por la lejanía o porque no exista alguna empresa que desee prestar el servicio de seguridad privada, sea imposible que las entidades involucradas con recursos naturales puedan obtener esta clase de resguardo. Esto podría generar una situación de desprotección en contra de aquellas empresas, las cuales, también, se pueden encontrar expuestas a hechos delictivos que afecten, por ejemplo, su patrimonio. De esta manera, solo cuando, de manera evidente, se acredite que no sea posible obtener servicios de resguardo por parte del sector privado, se encontrará facultada la Policía Nacional del Perú de poder brindar, de manera excepcional, los “Servicios Policiales Extraordinarios”, y ello con la exclusiva finalidad de no generar una situación de desamparo. Es por ello que las autoridades de la Policía Nacional del Perú, al examinar solicitudes de esta clase de entidades, deben examinar si es que previamente ellas efectuaron todas las diligencias posibles para obtener servicios de protección y resguardo por parte del sector privado. Esto deberá ser acreditado por la entidad que requiere los servicios, las cuales también deberán exponer sobre la existencia de una situación de riesgo concreto.
112. En todo caso, si se llegara a presentar un escenario que faculte la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”, la institución debe velar por cumplir los elementos que se han expuesto *supra*, y que tienen que ver con el hecho que su realización no suponga una severa restricción de los servicios de patrullaje ordinario que se brindan a la comunidad, que no exista alguna subordinación respecto de la empresa a la que se brinda el servicio, y que se observen los parámetros de derechos humanos que emanan de la ley, de la Constitución, y de los tratados suscritos por el Estado peruano, tal y como se advertirá en el siguiente apartado. El uso de esta figura en estos casos deviene, pues, en excepcional.
113. Evidentemente, inobservar elementos como los expuestos en esta sentencia facultará a las personas interesadas de accionar ante las autoridades administrativas y/o judiciales para reclamar por el uso indebido de los “Servicios Policiales Extraordinarios”.
114. Finalmente, este Tribunal advierte que, en caso exista alguna clase de inconducta por parte de los funcionarios y/o servidores encargados de aplicar la ley, este pronunciamiento, desde ningún punto de vista, puede impedir que se apliquen las sanciones correspondientes a las personas que resultaran responsables. Al tratarse la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” de actos de servicio, se entiende que esta competencia le corresponde a la misma entidad policial, de acuerdo con los parámetros y normativa relativa al uso de la fuerza por parte de los efectivos policiales, así como, de ser el caso, al fuero penal ordinario.

115. Por lo expuesto, y siempre que se observen los parámetros expuestos en esta sentencia, no considera este Tribunal que, en relación con este extremo de la demanda, se presente un vicio de inconstitucionalidad.

4-2. EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

116. El Colegio de Abogados de San Martín ha señalado, en su escrito de demanda, que las disposiciones impugnadas incumplen estándares propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relativos al uso de la fuerza. Añaden, sobre ello, que se incumplen preceptos del Decreto Legislativo 1186, que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, así como los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios y encargados de hacer cumplir la ley”, adoptados por las Naciones Unidas.
117. Al respecto, es importante precisar que las trascendentales finalidades que la normatividad nacional encarga a la Policía Nacional del Perú deben ser realizadas en observancia de otros derechos, principios o bienes reconocidos, también, en la Constitución. En ese sentido, hemos recordado en nuestra jurisprudencia que “[e]l cumplimiento de las finalidades descritas en el artículo 166.º de la Constitución debe efectuarse con estricta sujeción, garantía y respeto a los derechos humanos, obligación que se deriva del artículo 44.º de la Constitución, toda vez que la Policía Nacional, como entidad del Estado, también debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” [STC 00022-2004-PI, fundamento 45].
118. Evidentemente, en el establecimiento del marco normativo nacional diseñado para el uso de la fuerza por parte de los efectivos policiales tienen una importante repercusión los estándares desarrollados por los tratados y organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta influencia se fundamenta no solo en lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también en virtud de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, disposición que establece que también forma parte del parámetro normativo para la interpretación de los derechos lo dispuesto por tribunales internacionales cuya competencia haya sido reconocida por el Estado peruano.
119. En el presente caso, se han realizado referencias genéricas a un presunto incumplimiento de ciertos principios esbozados por la Organización de las Naciones Unidas, tales como la interdicción de la arbitrariedad, la razonabilidad ética, la desobediencia constitucional necesaria, y la capacitación y asesoramiento de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
120. Sin embargo, no se ha precisado, en qué medida, las disposiciones impugnadas en el presente proceso de inconstitucionalidad suponen un apartamiento manifiesto de la vigencia de dichos principios, los cuales, evidentemente, despliegan plenos efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. De hecho, este Tribunal advierte que, en la actualidad, el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú se rige bajo

lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1186, el cual debe ser armonizado con los estándares internacionales fijado por los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución.

121. Ahora bien, ya se ha advertido en esta sentencia que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” no supone una autorización para que los funcionarios o servidores encargados de plasmarla puedan desviarse de los principios relacionados con el uso de la fuerza por parte de Policía Nacional del Perú. En efecto, es evidente, para este Tribunal, que la validez constitucional de la realización de estos servicios dependerá de la irrestricta observancia de los estándares desarrollados tanto a nivel nacional como internacional, y su incumplimiento deberá ameritar la imposición de las sanciones que correspondan tanto en el fuero ordinario como en el policial.
122. Como ya se ha indicado *supra*, el hecho que sea la Policía Nacional del Perú la que realice un convenio con alguna entidad -sea pública o privada- para la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” ya genera como consecuencia que cualquier accionar de los efectivos destacados sea, también, responsabilidad de dicha institución. En efecto, al haber operado, de manera expresa, una delegación de poder público por parte de la Policía Nacional del Perú, es evidente que esta institución tiene que efectuar un rol particular de garante, y ello en aras de evitar que los efectivos que hubieran sido designados quebranten la ley.
123. De esta forma, aunque el efectivo policial destacado se encuentre de vacaciones, con permiso o de franco, es evidente que aun despliega actos que comprometen la responsabilidad institucional de la Policía Nacional, y ello en la medida en que se trata de un funcionario o servidor que actúa facultado por el derecho nacional para ejercer atribuciones de poder público.
124. Esta suerte de condición de garante de la institución policial también implica, como se ha señalado *supra*, que existe un deber de organización interna que pueda evitar el surgimiento de latentes escenarios de conflicto social. De esta forma, en el diseño de los lineamientos referidos a la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”, la Policía Nacional del Perú debe adoptar todas las medidas pertinentes no solo para evitar posibles supuestos de protección deficiente, sino también para evitar comprometer alguna eventual parcialización de la institución con la entidad solicitante del servicio.
125. En ese sentido, además de velar porque no exista una disminución de la labor policial brindada a la comunidad por la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”, las distintas entidades deben procurar que el personal asignado a resguardar el orden en un caso de conflicto social (derivado, por ejemplo, del empleo del derecho a la protesta) no sea, en lo posible, el que, previamente, ha efectuado los servicios a los que se refiere la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267.
126. Finalmente, es importante precisar que diversos argumentos de la parte demandante, en lo que concierne a este punto, han sido ya analizados al descartar alguna posible desnaturalización de la función policial con ocasión de la expedición de las

disposiciones impugnadas, por lo que corresponde remitirse a las consideraciones que, sobre esto, ya efectuado este Tribunal.

127. Por lo expuesto, no se advierte, en este extremo, algún posible vicio de inconstitucionalidad.

4-3.LA SUPUESTA DISCRIMINACIÓN, POR RAZONES ECONÓMICAS, HABILITADA POR LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS

128. La parte demandante ha alegado que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” supone una discriminación por razones económicas, y ello en la medida en que la Policía Nacional del Perú preferiría proteger los intereses de las empresas extractivas en detrimento de los intereses generales de la comunidad. El fundamento de la distinción económica radicaría en que las primeras contarían con los recursos suficientes para dotarse de seguridad, pese a que ambos tendrían, según sostiene, la misma necesidad.
129. El artículo 2.2 de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho a “la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Ahora bien, es evidente que las categorías a las que se refiere esta disposición constitucional se relacionan con grupos y colectivos que, históricamente, se han encontrado en una situación desventajosa en relación con el resto de la sociedad. De ahí que el constituyente haya pretendido dotarles de una protección reforzada respecto de la posibilidad de la introducción de alguna medida que termine por generarles un posible perjuicio.
130. Uno de los motivos a los que la ley fundamental otorga una especial cobertura es la discriminación por razones económicas. La inserción de esta categoría obedece, indudablemente, a las constantes restricciones que, a lo largo de la historia, se han impuesto a las personas que no cuentan con los recursos suficientes para competir, en igualdad de oportunidades, respecto de los demás integrantes de la sociedad.
131. De este modo, esta clase de discriminación puede ser definida como toda exclusión, restricción o preferencia que, basada en motivos económicos, tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscado del reconocimiento de algún beneficio o derecho. También es pertinente recordar que esta especial protección se traduce en la adopción de niveles de escrutinio estrictos respecto de todos los actos que supongan una diferenciación y que se basen en este motivo. Evidentemente, no se someten a ese nivel de análisis las medidas que el Estado adopte con el propósito de intentar nivelar las disparidades históricas que este grupo ha afrontado en relación con el resto de la sociedad.
132. Ahora bien, cualquier invocación a una presunta vulneración del artículo 2.2 de la Constitución demanda de la existencia de un término de comparación válido. Sobre ello, hemos indicado, en constante jurisprudencia, que esto supone que la situación jurídica que se propone no pueda ser cualquiera, ya que tiene que ostentar determinadas características, las cuales son:

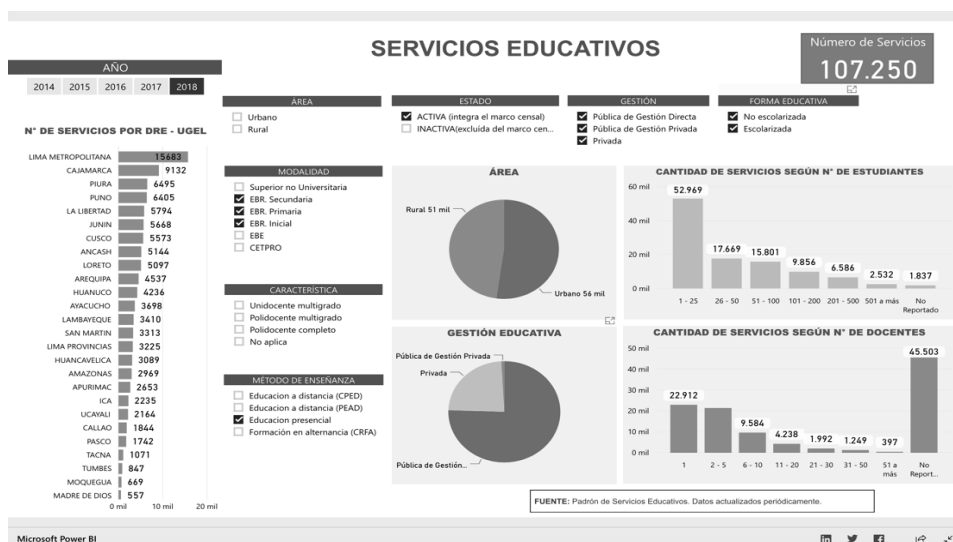
- a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste, por derivación, ampliaría el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.
 - b) La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. [...] *Contrario sensu*, no resultará válido el término de comparación en el que *ab initio* pueda apreciarse con claridad la ausencia (o presencia) de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee (o no posee) la situación jurídica cuestionada [STC 00015-2010-PI, fundamento 9].
133. Al respecto, este Tribunal nota que el núcleo del argumento desarrollado en el escrito de demanda respecto de la discriminación por razones económicas gira en torno a una supuesta preferencia a favor de la empresa extractiva, y esto en detrimento del interés de la comunidad. Asimismo, se añade que este privilegio se estaría brindando en relación con los recursos que puede costear una entidad privada, a diferencia de lo que ocurre con la otros sectores de la población, los cuales no cuentan con esas posibilidades.
134. En este caso, es posible advertir que no existe una intervención del principio de igualdad, y esto se fundamenta en dos motivos: i) la introducción de las disposiciones impugnadas no ha supuesto alguna exclusión o desprotección de derechos; y porque ii) es coherente que, en aras de garantizar la seguridad ciudadana, se implementen medidas tendientes a otorgar mayores niveles de vigilancia en lugares que constituyen focos de riesgo de actividades delictivas.
- i) *La introducción de las disposiciones impugnadas no ha supuesto algún déficit de protección de los derechos de la comunidad*
135. En esta sentencia se ha considerado que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” es compatible con la Constitución solo si no genera situaciones de desprotección respecto de los derechos o bienes que titularizan tanto la persona como la comunidad y que tienen que ver con la seguridad ciudadana y el orden interno.
136. Ahora bien, en virtud del concepto de discriminación económica que se ha desarrollado en esta sentencia, este Tribunal tiene que advertir si es que ha existido alguna diferenciación arbitraria que ha generado, sea por objeto o por resultado, el impedimento de gozar o de ejercer algún derecho que podría titularizar la persona afectada. En este caso particular, debe acreditarse si es que la prestación de los servicios extraordinarios ha ocasionado alguna reducción o desprotección del derecho de los integrantes de la comunidad a que el Estado adopte las medidas pertinentes para combatir la delincuencia y las perturbaciones del orden interno.
137. Al respecto, el Tribunal advierte que la Disposición Complementaria Final Sexta del Decreto Legislativo 1267 prevé, en lo pertinente, que los servicios solo se prestarán

por el personal que se encuentre de vacaciones, permiso o de franco, y siempre en situaciones que puedan comprometer y/o afectar el orden público y la seguridad ciudadana. Del mismo modo, se precisa que “[l]a celebración y cumplimiento de dichos convenios no deberá afectar la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año así como el cumplimiento cabal de su finalidad. En ningún caso se podrá contratar en forma directa al personal policial de la Policía Nacional del Perú”.

138. De esta disposición se desprende que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” solo se presta por parte de personal que, al momento de la asignación, no se encuentra asignado a alguna labor específica. La finalidad de esta cláusula radica en evitar generar situaciones de desprotección al asignar funcionarios y/o servidores que realicen labores de preservación de la seguridad ciudadana y el orden público en otros lugares. Del mismo modo, al precisarse que esto no impide la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del día, se garantiza la prestación de este servicio a favor de toda la colectividad.
139. Evidentemente, sí existiría un déficit de protección en el escenario que, con el propósito de brindar mayores niveles de protección a entidades privadas, se destacaran a efectivos policiales que realizan servicios comunes para que contribuyan con lo dispuesto en la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, pues ello supondría privar a la colectividad del resguardo que la institución policial brinda. En todo caso, se podrá exceptuar este criterio cuando se puedan comprometer derechos de un número considerable de personas, cuestión que tendrá que ser evaluada por la autoridad administrativa competente.
 - ii) *No vulnera el principio de igualdad la asignación de mayores efectivos policiales en zonas de alto riesgo*
140. Ahora bien, no estima este Tribunal que la asignación de personal a focos de mayor riesgo suponga el otorgamiento de una protección privilegiada que suponga una discriminación por razones económicas.
141. Al respecto, es natural que, en la implementación de políticas de seguridad, órganos como el Ministerio del Interior o la Policía Nacional del Perú asignen una mayor cantidad de presupuesto y recursos humanos a los lugares en los que existe una probabilidad más elevada de la realización de un hecho delictivo. Ya se ha indicado *supra* que existen una serie de actividades e instituciones que se ven más expuestos a la comisión de delitos, generando, así, importantes índices de criminalidad.
142. En efecto, cuando la Policía Nacional del Perú, en el marco de estos servicios, se encarga de prevenir los delitos que puedan realizarse en las entidades, no hace más que cumplir con lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución. De este modo, su realización no obedece, como lo sostiene la entidad demandante, al poder adquisitivo de las instituciones solicitantes, sino que, antes bien, se orienta a prevenir y adoptar medidas frente a la potencial comisión de hechos delictivos.

143. De hecho, la normatividad vigente exige, para evaluar la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”, la previa identificación de una situación de riesgo por parte de la Dirección General de la Policía del Perú. Esto, a su vez, se condice con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Supremo 0003-2017-IN, el cual se encarga de precisar en qué supuestos se justifica, en calidad de *numerus clausus*, la prestación de esta clase de servicios. Se menciona, por ejemplo, el contexto de eventos públicos con una considerable cantidad de asistentes, la seguridad externa de instituciones educativas, protección de instituciones bancarias o financieras o el resguardo externo de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales.
144. De este modo, la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” es constitucional porque coadyuva a la prevención del delito y, de esta manera, tutela la integridad, el patrimonio y diversos derechos de las personas de la comunidad. El artículo 11 del Decreto Supremo 0003-2017 precisa los supuestos en los que se brindarán esta clase de servicios:
- a. Para atender la seguridad externa en eventos públicos artísticos, deportivos y culturales, cuando por el número de asistentes se pueda alterar el orden público o encontrarse en riesgo la integridad física y vida de los asistentes al evento.
 - b. Para atender la seguridad externa de instituciones educativas.
 - c. Para atender la seguridad de instituciones bancarias y financieras.
 - d. Para atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales.
 - e. Para atender necesidades adicionales a la asignación regular en la jurisdicción de gobiernos regionales o locales, en lo que se refiere a actividades de patrullaje integrado para mejorar la seguridad ciudadana, así como colaboración con otras entidades del Estado o entidades privadas que presten servicios públicos por delegación del Estado.
 - f. Para el transporte de armas de fuego y explosivos de uso civil.
145. Ahora bien, la disposición citada por la parte demandante ha sido modificada por el Decreto Supremo 018-2017-IN. El referido cuerpo normativo ha añadido, aparte los indicados supra, los siguientes supuestos para el otorgamiento de este tipo de servicios:
- g. Para atender la seguridad interna y externa en locales abiertos al público, cuando por el número de visitantes se pueda alterar el orden público o encontrarse en riesgo la integridad física y vida de los visitantes. En este supuesto se requerirá informe favorable previo de la Policía Nacional del Perú y la acreditación por parte del solicitante del número de visitantes o asistentes por día, semana y mes que justifique la prestación de los servicios policiales extraordinarios.

- h. Para atender la seguridad de los fiscales y jueces del Ministerio Público y el Poder Judicial, respectivamente, de acuerdo a las funciones y/o naturaleza de los casos que tienen a su cargo que pueden poner en riesgo su vida o integridad física. En este supuesto se requerirá informe favorable previo de la Policía Nacional del Perú y la acreditación por parte del solicitante que justifique la prestación de los servicios policiales extraordinarios.
146. De acuerdo con los supuestos habilitantes para la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”, se destaca que su otorgamiento se fundamenta en dos contextos: i) por la cantidad de personas; y ii) por el desarrollo de una actividad de riesgo.
147. El primer escenario se refleja en el inciso a) del artículo 11, ya que faculta el desarrollo de estos servicios no en virtud de la naturaleza del evento (el cual puede ser deportivo, musical, cultural, etc.), sino a la cantidad de personas, lo cual puede comprometer ciertos derechos de los asistentes. En este grupo también se puede considerar lo dispuesto en el inciso e), ya que la celebración de convenios interinstitucionales entre la Policía Nacional del Perú y los gobiernos regionales o locales obedece a la necesidad de optimizar los niveles de seguridad ciudadana, lo cual se encuentra íntimamente vinculado con la cantidad de efectivos policiales que efectúan funciones de patrullaje. La reciente incorporación agregada por el Decreto Supremo 018-2017-IN, relativa a los locales de atención al público, también se relaciona con este supuesto.
148. Un especial caso es el de las instituciones educativas, en las que no solo confluyen una cantidad considerable de personas, sino que las mismas están expuestas a la posible realización de hechos delictivos. La Unidad Estadística Educativa del Ministerio de Educación brinda, en su portal web, la siguiente información:



149. De estos datos estadísticos se puede extraer la considerable cantidad de personas que se encuentran en instituciones educativas, sean públicas como privadas. Esto demuestra que los “Servicios Policiales Extraordinarios” pueden, también, brindar una importante cobertura frente al avance de la criminalidad, ya que permiten ampliar la cantidad de efectivos policiales que, por ejemplo, realizan labores de patrullaje. Esto, como no puede ser de otro modo, no es solo un beneficio, por ejemplo, para una institución educativa privada, sino que supone la adopción de medidas que permiten prevenir y combatir la delincuencia, con el bienestar general que ello fomenta.
150. El segundo escenario se vincula con la realización de actividades de riesgo, las cuales justifican, también, la prestación de los servicios extraordinarios. En ese sentido, el decreto supremo precisa el caso de instituciones educativas, financieras, o el de aquellas vinculadas con la explotación de recursos naturales o con el traslado de armas de fuego. En estos casos, los focos de riesgo se fundamentan en la vulnerabilidad del sujeto que es objeto de la protección -tal y como ocurre con los menores de edad, quienes pueden verse expuestos a ser víctimas de una considerable cantidad de delitos, o con las autoridades de los órganos que administran justicia, por alguna eventual represalia en su contra-, y en lo atractivo que resulta para el delincuente la comisión del hecho delictivo por los futuros beneficios que ello le reporta, tal y como ocurre con las empresas que, por sus actividades, suelen estar en contacto con considerables sumas de dinero.
151. La precisión de estos factores es relevante para comprobar, contrariamente a lo sostenido por la entidad demandante, que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” no se encuentra regulada para otorgar una suerte de privilegio a las empresas. De hecho, diversos supuestos del Decreto Supremo habilitan la posibilidad que estos puedan beneficiar, directa o indirectamente, a particulares. Por ejemplo, los convenios interinstitucionales entre la Policía Nacional del Perú y los gobiernos regionales o municipales están orientados a optimizar las labores de seguridad ciudadana y orden público, lo cual, como puede notarse, redundará en beneficio de la colectividad.
152. La parte demandante confirma que varios de estos supuestos son compatibles con la Constitución. Su planteamiento está orientado a estimar que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 supone una discriminación económica solo en el extremo que permitiría, según aduce, que se favorezcan a las empresas extractivas.
153. Ahora bien, el demandante se coloca en el hipotético escenario de un potencial conflicto social, pero no advierte que esta disposición también puede servir para prevenir la realización de hechos delictivos en perjuicio de esta clase de empresas, las cuales, evidentemente, no tienen conexión alguna con el ejercicio del derecho a la legítima protesta. De hecho, suelen ser también focos de riesgo de futuros delitos por el ostensible manejo de recursos económicos, lo cual, evidentemente, atrae al delincuente.

154. Al respecto, en los procesos de control abstracto no se examinan hipotéticos escenarios en los que la disposición impugnada pueda ser objeto de aplicación, ya que esa es una determinación que corresponde a la autoridad administrativa y/o jurisdiccional. Evidentemente, alguna interpretación contraria a la Constitución o a la normatividad vigente puede suponer la activación de diversos conductos de reclamo, pero ella para cuestionar la forma en que la disposición fue aplicada, y no para cuestionar su validez en abstracto, aspecto que sí es reservado, por ejemplo, al proceso de inconstitucionalidad.
155. Por lo expuesto, no estima este supremo intérprete de la ley fundamental que estos servicios supongan alguna clase de discriminación por motivos económicos.

4-4. LA SUPUESTA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS EFECTIVOS POLICIALES

156. El demandante alega que los servicios policiales extraordinarios desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales, pues los convenios suscritos sirven para evitar el pago de beneficios sociales a su favor. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la normatividad denomina entrega económica a lo que, en realidad, sería una remuneración.
157. Se alega en este caso que la “entrega económica” a la que se refiere el Decreto Legislativo 1267 sería, en realidad, una remuneración a favor del efectivo policial que ha prestado los “Servicios Policiales Extraordinarios”, y que, sin embargo, no estaría siendo reconocida por la normatividad de la materia.
158. Ahora bien, este Tribunal advierte que la regulación relativa al pago por la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” se encuentra en el Decreto Supremo 0003-2017-IN. De este modo, correspondería que se declare improcedente la demanda en este extremo, y esto debido a que la entidad demandante estaría buscando controvertir la validez de una norma de rango infralegal, cuestión que, en principio, no correspondería ser examinada en un proceso de inconstitucionalidad.
159. Sin embargo, con fecha 30 de abril de 2019, se procedió a admitir a trámite la demanda de inconstitucionalidad, lo cual ha generado que tanto el Colegio de Abogados de San Martín como el propio Poder Ejecutivo presenten sus argumentos en relación con la presunta inconstitucionalidad de la figura de la “entrega económica” por la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios”. Del mismo modo, este Tribunal considera que la dilucidación de esta materia es trascendental en la medida en que permite identificar la naturaleza del servicio prestado de conformidad con la Sexta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1267, por lo que es necesario un pronunciamiento respecto de este extremo de la demanda.
160. Preciado lo anterior, debe determinarse si es que el concepto de “entrega económica” supone, en los hechos, una forma de remuneración encubierta que no ha sido reconocida en el Decreto Legislativo 1267 ni en las disposiciones que la reglamentan.

161. Al respecto, este Tribunal advierte que la realización de las trascendentales finalidades que realiza la Policía Nacional del Perú demanda, como no podía ser de otro modo, la selección rigurosa del personal que integrará la institución, así como de su constante capacitación en relación con las funciones que tanto la Constitución como el resto del ordenamiento les encomiendan.
162. En ese sentido, en un criterio que este Tribunal comparte, se ha precisado que es importante “contar con procesos rigurosos y transparentes de selección de personal, junto con la oferta de salarios justos y competitivos y de beneficios laborales y sociales que permitan identificar y contratar a funcionarios que posean actitudes éticas, psicológicas y físicas apropiadas para el ejercicio eficaz de sus funciones” [*cf.* CIDH (2015). Informe Anual. Capítulo IV, sobre uso de la fuerza, párr. 21].
163. Ahora bien, sobre la remuneración como derecho constitucional, se ha indicado que este fluye
- del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 *in fine* y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo [STC 00020-2012-PI, fundamento 12].
164. Se ha precisado, en relación con el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, que este goza de un contenido indisponible por el legislador, y otro de libre configuración legal.
165. En lo que concierne al contenido indisponible, se ha indicado que este consta de cinco elementos: a) acceso (nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, b) no privación arbitraria (el empleador no puede dejar de brindarla, salvo que concurra causa justificada), c) prioritario (el pago de la remuneración se realiza de forma preferente respecto de otras obligaciones del empleador), d) equidad (no es viable algún supuesto de discriminación en cuanto a su otorgamiento), y e) suficiencia (debe garantizar un quantum mínimo que asegura a los trabajadores su bienestar y el de sus familias) [*cf.* STC 00020-2012-PI, fundamento 16].
166. Respecto de libre configuración por parte del legislador, este Tribunal ha sostenido que la remuneración, “como todo derecho (o principio constitucional), individual, social o económico, positivo o negativo, puede ser limitado o restringido, y por lo tanto, puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada” [STC 00020-2012-PI, fundamento 31].
167. En este caso, no se advierte que tanto la disposición impugnada como el decreto supremo que lo regula vulneren el contenido constitucionalmente protegido del

derecho a la remuneración. Sobre ello, en esta sentencia se ha enfatizado que la relación de subordinación del efectivo policial destacado no es con la empresa o entidad que efectúa la solicitud para la prestación de los servicios, sino con la misma Policía Nacional del Perú. Esto implica que es esta última la obligada a garantizar el referido derecho constitucional.

168. Así, la Sexta Disposición Complementaria Final no obliga a prestar un servicio que, posteriormente, no será retribuido económicamente. Del mismo modo, no se cuestiona en este caso alguna posible privación de las entregas que se realizan al personal policial que presta los servicios extraordinarios. Es también importante para este Tribunal que se valore que no se trata de una labor de carácter permanente, ya que, por lo general, solo se prestará durante el periodo vacacional o los días de franco que el mismo efectivo policial fije a la institución.
169. En efecto, se ha precisado que, independientemente que el funcionario o servidor se encuentre destacado en una empresa privada, sigue ejerciendo la condición de integrante de la Policía Nacional, y ello es aún más evidente si se destaca el hecho que los efectivos continúan usando el uniforme y los utensilios que les dispensa la autoridad policial. Por ello, no es correcto sostener, como lo ha hecho la parte demandante, que es la entidad que solicita los servicios la que estaría, supuestamente, incumpliendo con sus obligaciones laborales.
170. El Tribunal observa que, en la medida en que los “Servicios Policiales Extraordinarios” solo son prestados por efectivos policiales que se encuentran en vacaciones, con permiso, o de franco, no existe ninguna interrupción ni reducción de la remuneración que ya les corresponde de conformidad con las disposiciones legales vigentes. De hecho, se trata de un ingreso adicional a los que ya les corresponde percibir de conformidad con normatividad vigente.
171. Por ello, se encuentra dentro del marco de lo *constitucionalmente posible* que se les pueda asignar funciones adicionales, y más aun cuando, de manera simultánea, el efectivo policial ya recibe una contraprestación debida con ocasión de su desempeño como integrante de la institución (sea por concepto de vacaciones o por estar de franco).
172. De similar forma, tiene sentido que la Policía Nacional del Perú sea la que concentre la potestad de celebrar los convenios interinstitucionales para la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” y que sea la responsable de recibir la entrega económica respectiva, ya que ello no solo garantiza que se emplee un criterio coherente en relación con la elección de las entidades en las que este servicio será realizado, sino que, además, es ella la que dota al personal de la indumentaria y las armas correspondientes para que los efectivos puedan cumplir con la finalidad que les ha sido encargada.
173. Por lo expuesto, la entrega económica a la que hace referencia el Decreto Supremo 0003-207-IN no vulnera el derecho a la remuneración de los efectivos policiales.

4-5. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y DEL MODELO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO

174. Sobre este punto, el demandante cuestiona que las normas impugnadas vulneran el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, consagrado en el artículo 60 de la Constitución, pues los servicios policiales extraordinarios, pagados por las empresas extractivas, usando el uniforme y armas oficiales del Estado, desempeñan roles de guardianía externa de la misma forma en que lo harían los trabajadores de las empresas de seguridad privada, que existen y son capaces de brindar tales servicios.
175. El Tribunal, en su jurisprudencia, ha concebido la subsidiariedad en dos sentidos: vertical y horizontal. En el caso de la primera, se refiere a una “relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor” [STC 00018-2003-PI, fundamento 9].
176. Esta noción guarda estrecha conexión con con los servicios públicos y el desarrollo económico-social. Por otro lado, la horizontal se refiere a la relación “entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial” [STC 00008-2003-PI, fundamento 19].
177. En lo que se relaciona a la vertiente estrictamente económica de la subsidiariedad, se ha indicado que este implica “de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado” [STC 07339-2006-PA, fundamento 8].
178. Se cuestiona que la lesión a este principio radicaría en que se estaría empleando recursos públicos respecto de un servicio que podría ser realizado por parte del sector privado, concretamente del que brinda seguridad.
179. Este Tribunal advierte que la lógica del principio de subsidiariedad, en el modelo de la Constitución de 1993, se relaciona con la necesidad de postergar, en lo posible, la actividad empresarial estatal. En efecto, este principio impone una restricción a la participación en el mercado por parte del Estado. Sin embargo, en el presente caso no se advierte que la “Prestación de Servicios Policiales Extraordinarios” esté orientada a fomentar la participación del Estado o su deseo de ingresar a competir en el mercado económico, sino que, antes bien, se trata de una forma de colaboración, entre el sector público y privado, para optimizar la protección de la seguridad ciudadana y del orden público.

180. En efecto, el Colegio de Abogados de San Martín parte de la premisa que los “Servicios Policiales Extraordinarios” implican, en los hechos, que se privatice a la Policía Nacional del Perú. El Tribunal no puede compartir esa apreciación, y ello porque las labores que presta esta institución no suponen una suerte de “exclusión de protección”. Como ya se ha podido apreciar en esta sentencia, su realización no deviene en la desprotección automática de la colectividad en general.
181. Por lo expuesto, no se ha vulnerado el principio de subsidiariedad.

III. 4-6 LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1213

182. Finalmente, la parte demandante también ha alegado que los artículos 2.1, 2.2 y 4.1 del Decreto Legislativo 1213 infringen la Constitución al desnaturalizar la función policial.
183. El Colegio de Abogados de San Martín sostiene que, del artículo 2.1, es posible desprender que la Policía Nacional del Perú efectúa servicios de seguridad privada.
184. Ahora bien, en su escrito de demanda lo que en primer lugar solicita el Colegio de Abogados de San Martín es la interpretación del término “persona pública”, contenido en el artículo 2 del Decreto Legislativo, a fin de que se precise que esta clase de entidades solo pueden ser solicitantes de resguardo, mas no se encuentran autorizadas a realizarlo.
185. Sin embargo, con posterioridad lo que solicita es la declaración de inconstitucionalidad de ese extremo de la disposición.
186. Antes de analizar los argumentos expuestos por la entidad demandante, es preciso indicar que la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 4.1 carecería de sentido, ya que esta disposición fue derogada por la Disposición Complementaria Derogatoria Única del Decreto Legislativo 1267. En todo caso, tampoco se presentan los presupuestos habilitantes para emitir algún pronunciamiento de fondo pese a la derogación de esta disposición, tal y como se precisara en la STC 0005-2007-PI/TC, ya que no se advierte que se trate de una disposición que pudiera desplegar efectos ultractivos. No corresponde, pues, emitir pronunciamiento alguno en relación con este extremo de la pretensión. Expuesto lo anterior, corresponde examinar la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto Legislativo 1213.
187. Sobre ello, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, en su escrito de contestación de demanda, sostuvo que la prestación de “Servicios Policiales Extraordinarios” no es equivalente a la seguridad privada, pues se trata de cuestiones reguladas en leyes distintas.
188. El Tribunal nota que la argumentación de la entidad demandante no está direccionada a estimar que solamente los “Servicios Policiales Extraordinarios” son, de

conformidad con el decreto, seguridad privada. En realidad, el Colegio de Abogados de San Martín lo que estima es que la inconstitucionalidad radica en hacer mención a las personas de derecho público en el decreto que regula la prestación de servicios de seguridad privada, lo cual es una cuestión más amplia.

189. En su jurisprudencia, este Tribunal ha destacado que la declaración de inconstitucionalidad es una herramienta de *ultima ratio*, ya que, antes de analizar esa posibilidad, se necesario examinar si es que no concurren sentidos interpretativos que puedan salvar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas. De hecho, así lo entienden de la entidad demandante cuando solicita que el artículo 2 del Decreto Legislativo 1213 sea interpretado en el sentido que las entidades públicas solo pueden recibir los servicios de seguridad privada, pero que no pueden ser ofertantes del mismo.
190. En este caso, las cláusulas impugnadas disponen lo siguiente:

Decreto Legislativo que regula los Servicios de Seguridad Privada

Capítulo I

Disposiciones Generales

[...]

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

- 2.1. Se aplica a toda persona natural o jurídica, pública o privada, registradas y/o autorizadas o que en los hechos preste o desarrolle en cualquier lugar del territorio nacional, servicios o medidas de seguridad privada, así como a los usuarios de tales servicios.
- 2.2. Asimismo, se aplica a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dedicadas a la capacitación y fortalecimiento de competencias en materia de servicios de seguridad privada.
191. Corresponde determinar si es que, como lo sostiene la entidad demandante, es posible colegir de esta disposición que se estaría “privatizando” las funciones que realiza la Policía Nacional del Perú.
192. Al respecto, este Tribunal considera que la interpretación de esta cláusula no puede ser realizada de forma aislada, ya que la misma coexiste con otras disposiciones tanto del mismo cuerpo normativo como de otra normatividad vigente. En este caso, existen distintas disposiciones tanto del Decreto Legislativo 1213 como del 1267 que permiten analizar si es que el ordenamiento nacional se encuentra reconociendo, o no, que la Policía Nacional pueda prestar servicios de seguridad privada.
193. En el caso del Decreto Legislativo 1213, el artículo 1.2 se encarga de precisar que los servicios de seguridad privada son “complementarios” a las funciones que desarrolla la Policía Nacional del Perú, por lo que, en ese sentido, coadyuvan a la seguridad ciudadana. Este mismo cuerpo normativo cuenta con distintos principios, aun vigentes,

que regulan el funcionamiento del servicios de seguridad privada. Así, en el artículo 3 se mencionan, por ejemplo, los siguientes principios:

3.2. Principio de Complementariedad y Coordinación: la seguridad privada es **complementaria a la función de la Policía Nacional del Perú** y coadyuva a los fines de la seguridad ciudadana. El desarrollo de servicios de seguridad privada no otorga al personal que los realiza el carácter de autoridad pública.

3.3. Principio de Colaboración: Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, reguladas por el presente decreto legislativo, **tienen el deber de colaborar con la Policía Nacional del Perú**, en situaciones de comisión de un delito o una falta o cuando se afecte la seguridad ciudadana.

3.4. Principio de no intromisión: el desarrollo de servicios de seguridad privada **tiene como límite las competencias que por ley le corresponden a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú** (énfasis agregado).

194. Es, pues, evidente que el Decreto Legislativo, en distintas disposiciones que aun se mantienen vigentes, estima que las funciones que desarrollan las empresas privadas que prestan servicios de seguridad privada no son actos de poder público, sino que, antes bien, tienen que orientarse a coadyuvar o complementar la labor de la Policía Nacional del Perú. En este mismo sentido, el artículo 21, que hace referencia a las prohibiciones a las que se someten estas empresas, indica que ellas no pueden desempeñar funciones asignadas a aquella entidad. Finalmente, el artículo 24.1.g dispone que uno de los requisitos para ser personal de seguridad consiste en que el agente no sea miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad o de disponibilidad.
195. Hasta este punto, diera la impresión que, en efecto, la normatividad vigente no estima que los integrantes de la Policía Nacional realicen seguridad privada. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1267, que es posterior al decreto que regula los servicios de seguridad privada, introduce algunas cláusulas que, como lo expone la entidad demandante, invitan a considerar que, en efecto, esta institución efectúa esta clase de funciones.
196. Así, en primer lugar, la misma disposición impugnada, esto es, la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, establece que “[e]l personal policial en actividad o disponibilidad que preste servicios de seguridad privada se sujetará a la regulación y control sobre la materia”. Es pertinente agregar que, a través del Decreto Legislativo 1318, se precisó que solo puede realizar este servicio el personal en actividad. Esta misma sensación, relacionada con que los efectivos policiales ejercen “seguridad privada” se genera si es que, de conformidad con la Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1267, se advierte que el artículo 4 del Decreto Legislativo 1213 ha sido dejado sin efecto. Esta cláusula, precisamente, disponía que una de las razones por las que se consideraba incompatible la prestación o desarrollo de servicios de seguridad privada era el de tener la condición de integrante de la Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú.

197. Se desprende, de ello, que el Poder Ejecutivo, al regular las materias que fueron en su momento objeto de delegación por parte del Congreso de la República, no ha observado ciertos parámetros de técnica legislativa, ya que, según se aprecia, puede concluirse que ha mantenido vigentes, de forma simultánea, disposiciones que resultarían incompatibles entre sí.
198. Ciertamente, en nuestra jurisprudencia hemos indicado que las incoherencias en las que incurra el legislador (o, como en este caso, el Poder Ejecutivo a través de la delegación de facultades) no es un asunto que, en principio, concierna al proceso de inconstitucionalidad. Así, se ha indicado sostenido que las contradicciones internas de la ley, no autorizan, por sí solas, la declaración de inconstitucionalidad, y ello
- [...] es consecuencia del tipo de control de validez que en el seno de este proceso este Tribunal está autorizado a realizar. Como en otras ocasiones hemos dejado entrever, en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes el Tribunal realiza un juicio de compatibilidad entre la ley, o una norma con rango de ley, y la Constitución. Tal escrutinio de constitucionalidad no comprende un examen interno del acto legislativo, en el que se evalúe si las disposiciones de una ley son coherentes (o no) consigo mismas, o acaso si éstas resultan conformes (o no) con los fines que otras de su misma clase y rango promuevan [STC 0005-2011-PI, fundamento 6]
199. En efecto, no es, en principio, función de este Tribunal aclarar los supuestos de incoherencia intrínsecos en los que hubiera incurrido el legislador o el Poder Ejecutivo a través de delegación de facultades. Sin embargo, y en la medida en que la incierta interpretación que pueda brindársele al Decreto Legislativo 1213 puede ocasionar una inconstitucional atribución a las Fuerzas Armadas e integrantes de la Policía Nacional del Perú respecto de funciones que no les corresponde, se torna en indispensable el pronunciamiento del supremo intérprete de la ley fundamental.
200. En el presente caso se ha declarado que la prestación de los “Servicios Policiales Extraordinarios” es compatible con la Constitución. Se ha precisado, además, que la Policía Nacional del Perú, al realizarlos, no se “parcializa” con los integrantes de la entidad respectiva, y esto porque, principalmente, todos los actos que realiza en este contexto son considerados actos de servicio. Esto genera el reconocimiento de que la subordinación es con la institución policial, y no con otra entidad, sea pública o privada.
201. Del mismo modo, se ha indicado que la protección y resguardo de la seguridad ciudadana no es una función que monopolice la Policía Nacional del Perú, y ello no solo porque la puede realizar en colaboración con otros órganos estatales, sino, además, por la creciente intervención del sector privado en este rubro. Esto obedecía, según se señaló, a las ya conocidas tasas de criminalidad, así como de la necesidad de las empresas del sector privado de resguardar tanto la integridad de los trabajadores como su propio patrimonio.

202. En efecto, concurren en la actualidad entidades tanto públicas como privadas en lo que se refiere a la garantía de la seguridad personal. Sin embargo, ello no supone que la Policía Nacional del Perú se encuentre “privatizando” sus servicios, ya que, como lo señala el mismo Decreto Legislativo 1213, las empresas de seguridad privada, en esencia, se encargan de coadyuvar en la realización de esta función, lo cual no supone, evidentemente, que pueda reemplazar a esta institución.
203. Este Tribunal advierte que existen distintas razones concurrentes que justifican que la Policía Nacional del Perú no deba prestar servicios de seguridad privada. En primer lugar, los actos que los efectivos destacados realizan -inclusivo aquellos que se encuentren custodiando entes o eventos de naturaleza privada- deben ser considerados como actos de servicio, ya que garantizan que la Policía Nacional se desenvuelva únicamente en atención a las finalidades que tanto la Constitución como las normas aplicables le asignan.
204. Por otro lado, esto permite que los efectivos que prestan esta clase de servicios tengan que cumplir con los estándares relativos al uso de la fuerza que se encuentran contenidos tanto en la normatividad nacional como en la internacional. Esto supone que los efectivos que los realizan siguen efectuando actos de poder público, con las consecuencias que ello puede generar en el establecimiento de la responsabilidad correspondiente.
205. Finalmente, el que no se califique a este servicio como de “seguridad privada” garantiza que los efectivos policiales realicen sus funciones en interés de la sociedad y del Estado, mas no a favor de una empresa o persona en particular. De este modo, al realizar los “Servicios Policiales Extraordinarios”, los efectivos destacados no deben dejar de cumplir los principios y directrices que rigen a la institución policial.
206. Por todo lo expuesto, este Tribunal estima que cualquier referencia a la expresión “persona pública”, “persona de derecho público”, o cualquier otra similar que se encuentre contenida en el Decreto Legislativo 1213, tiene que ser interpretada en el sentido que esta clase de entidades puede solicitar o recibir seguridad privada, mas no como que pueda ofrecerla. Lo contrario supondría asumir que tanto la Policía Nacional del Perú o, inclusive, las Fuerzas Armadas, se encontrarían habilitadas de realizar esta clase de servicios. Esto último, claro está, no se condice con el cuadro de valores y principios que protege nuestra Constitución.
207. Evidentemente, los “Servicios Policiales Extraordinarios”, como se ha señalado en esta sentencia, no pueden ser considerados como seguridad privada en el marco del Decreto Legislativo 1213.

IV. III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad, siempre que se interprete que (se suprime, respecto de la primera versión, el punto “a” y el punto “e”; y se reformula el supuesto “c” de la misma):
 - a) Los efectivos policiales que presten los “Servicios Policiales Extraordinarios” deben cumplir con todos los estándares relativos al uso de la fuerza, de conformidad con la normativa aplicable.
 - b) Se podrá hacer una excepción a la regla de que el personal que presta los “Servicios Policiales Extraordinarios” tiene que encontrarse de vacaciones, de franco o permiso en el caso en que no existieran, en la comisaría respectiva, suficientes agentes policiales, y sea necesario resguardar el orden en un evento en el que concurren una cantidad considerable de personas.
 - c) Los “Servicios Policiales Extraordinarios” no pueden ser considerados como seguridad privada. Los efectivos policiales, en el caso que prestaran servicios, lo harán siempre que exista previo acuerdo con la Policía Nacional del Perú.
2. **INTERPRETAR** que las referencias a personas o entidades públicas, en el marco del Decreto Legislativo 1213, supone que ellas solo pueden recibir servicios de seguridad privada, mas no que están autorizadas a realizarla.
3. Declarar **IMPROCEDENTE**, por sustracción de la materia, el cuestionamiento relacionado con el artículo 4 del Decreto Legislativo 1213.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el mayor respeto de mis colegas, discrepo de la sentencia de mayoría con relación al punto 1.b, de la parte resolutive, por las consideraciones que a continuación paso a exponer.

1. El punto resolutivo 1. B de la sentencia de mayoría señala lo siguiente:

Se podrá hacer una excepción a la regla de que el personal que presta los “Servicios Policiales Extraordinarios” tiene que encontrarse de vacaciones, de franco o permiso en el caso en que no existieran, en la comisaría respectiva, suficientes agentes policiales, y sea necesario resguardar el orden en un evento en el que concurran una cantidad considerable de personas.

2. Considero que permitirse tal interpretación para la contratación en sí misma excepcional de los “servicios policiales extraordinarios”, no es necesaria, ya que los eventos masivos privados necesariamente requiere encontrarse garantizados en cuanto a la seguridad de sus asistentes, situación debe ser asumida por el organizador a través de seguridad privada, ya que la Policía Nacional, en el supuesto mencionado en el punto resolutivo 1.b, no podría brindar el apoyo por carecer de personal suficiente.
3. Cabe precisar que, es un requisito para la autorización de eventos masivos, contar con el respaldo de seguridad privada –plan de contingencias– para que Defensa Civil autorice la realización de este tipo de eventos.
4. En tal sentido, no hay necesidad de distorsionar ni desnaturalizar los servicios policiales a través de interpretaciones como las contenidas en el punto resolutivo 1. b, sobretodo porque hay una amplia oferta de seguridad privada –según lo afirma la ponencia– que puede suplir perfectamente esa ausencia del apoyo policial contratado excepcionalísimamente para ocasiones en donde no haya suficiente personal policial de vacaciones, franco o permiso.
5. En el caso de que la concurrencia masiva de personas se produzca por cuestiones relacionadas a conflictos sociales en lugares donde no exista suficiente contingente policial, corresponde el Ministerio del Interior tomar las medidas necesarias para brindar seguridad en la zona y a todos por igual, sin necesidad de suscribirse convenios a favor de una empresa, ya que es una obligación constitucional de la Policía Nacional resguardar la seguridad pública en general. En todo caso, la empresa privada deberá contratar seguridad privada para su propio resguardo ante la falta de efectivos policiales que puedan brindar ese servicio excepcional.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS FERRERO COSTA Y SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones.

La sentencia de mayoría acierta en afirmar que las normas impugnadas guardan conformidad con la Constitución. Por ello, debía concluir en declarar infundada la demanda. Sin embargo, dicta también una “sentencia interpretativa” con la que discrepamos, por ser innecesaria y excesiva.

En efecto, respecto al punto resolutivo 1.a, resulta obvio que los “servicios policiales extraordinarios” deben cumplir con todos los estándares sobre el uso de la fuerza. En caso contrario, la Policía asumirá las responsabilidades legales que correspondan.

En el punto resolutivo 1.b, la sentencia de mayoría realiza “legislación positiva”, cuando establece una excepción a lo establecido en la Sexta Disposición Complementaria Final del impugnado Decreto Legislativo 1267, que indica que los servicios policiales extraordinarios sólo pueden ser realizados por personal policial “de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria”. Más que interpretar la norma, se hace aquí las veces de legislador, contraviniendo el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.c).

El punto resolutivo 1.c señala algo que ya está en la propia Sexta Disposición Complementaria Final del impugnado Decreto Legislativo 1267. En esta se indica que para la prestación de los servicios policiales extraordinarios “en ningún caso se podrá contratar en forma directa al personal policial de la Policía Nacional del Perú”, y que para dichos servicios –que los efectivos policiales prestan “de manera voluntaria”– es necesaria “la celebración de los respectivos convenios” con la Policía Nacional del Perú.

El punto resolutivo 2 también resulta innecesario, pues el propio Decreto Legislativo 1213 establece, en el numeral 1.2 de su artículo 1, que los servicios de seguridad privados son “complementarios” a la función de la Policía, por lo que no puede haber confusión entre estos.

Respecto al punto resolutivo 3, hacemos notar que, según se aprecia en la demanda (a fojas 1 y 3) y en la propia ponencia (cfr. apartado “A. Petitorio Constitucional”), no ha sido demandando el artículo 4 del Decreto Legislativo 1213, sino su artículo 2, inciso 1. Por tanto, mal puede la ponencia declarar la sustracción de la materia sobre dicho artículo 4.

Por otro lado, la sentencia de mayoría en sus fundamentos 160 a 173, analiza la constitucionalidad del Decreto Supremo 0003-2017-IN en lo relativo a la “entrega económica” por los servicios policiales extraordinarios. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no es

competente para realizar este control en un proceso abstracto de inconstitucionalidad, por no tratarse de una norma con rango de ley (cfr. artículos 200 [inciso 4] y 202 [inciso 1] de la Constitución).

Por último, los fundamentos 125 y 153 de la sentencia de mayoría mencionan el “derecho a la protesta”, con lo cual disentimos, pues la protesta forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión (artículo 2, inciso 4, de la Constitución), por lo que es innecesario el reconocimiento de un nuevo derecho.

Por estas razones, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad, sin interpretación alguna.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Me encuentro de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente causa; sin embargo, deseo hacer las siguientes precisiones:

1. En primer lugar, discrepo muy respetuosamente de lo señalado por mis colegas en la sentencia en torno a considerar, de modo genérico, de que las disposiciones aprobadas en el marco de delegación de facultades al Poder Ejecutivo, es decir a través de decretos legislativos, no puedan incurrir en déficits de deliberación.
2. En primer lugar, salvo mejor parecer, no creo que puede afirmarse que las regulaciones generadas con base a la delegación de facultades son puramente “técnicas” (f. j. 31) y que, por ende, no merezcan ser debatidas intensamente. Por poner en evidencia lo obvio, regulaciones de tanta importancia, y con un contenido que merecería un amplio debate, tales como el Código Civil y el Código Penal, han aprobadas a través de decretos legislativos. Si bien en un primer momento dichas regulaciones no han sido susceptibles de esta clase de debates (inclusivos, robustos), ello mismo ha ocurrido con respecto de diversas leyes emanadas por el Congreso. Sucede que el reconocimiento de la existencia de los “déficits de deliberación” como supuestos propios de inconstitucionalidad requiere repensar la función legislativa (originaria y delegada) y actualizar nuestra concepción de democracia (que no es solo cuantitativa o mayoritarista), en el marco del actual Estado Constitucional (que requiere que las autoridades ofrezcan, e intercambien, razones). Volviendo a lo que puede ser objeto de legislación delegada, tomemos en consideración de que cuestiones tales como el aborto, la eutanasia o la maternidad subrogada podrían ser reguladas de ese modo, y seguramente estaremos de acuerdo en que se trata de cuestiones que merecen ser bien debatidas.
3. En segundo lugar, es necesario precisar que del hecho de que ciertas regulaciones deban debatirse especialmente, no se sigue que no pueda realizarse delegaciones de facultades legislativas, ni que pueda realizarse exoneraciones en el ámbito parlamentario (por ejemplo, del dictamen de comisiones, de debate en el Pleno, de segunda votación). Como el Tribunal Constitucional ha señalado, estas pueden darse, pero de manera excepcional, y respetando que hay materias que deberían quedar excluidas de dicha excepcionalidad (cfr. STC Exp. n.º 0006-2018-PI, f. j. 25).
4. En tercer lugar, es importante esclarecer entonces en qué sentido es necesario que algunas materias sean objeto de un debate más intenso. En este sentido, como ya lo expresé en mi fundamento de voto en la sentencia del caso Cuestión de confianza (STC Exp. n.º 0006-2018-PI) puede tenerse en cuenta, mutatis mutandis, las siguientes exigencias a modo de parámetro de control:

(1) Exigencia deliberativa: Conforme a la cual, algunos temas, debido a su relevancia constitucional o a su importancia manifiesta, deben implicar mayores esfuerzos en cuanto al debate y la generación de consensos en torno a los contenidos a ser aprobados. Por ejemplo: los asuntos considerados por la propia Constitución como “deberes primordiales” del Estado (artículo 44); las materias que forman parte del núcleo identitario de nuestra forma de Estado, de nuestra forma de gobierno, de nuestro sistema político o de nuestro constitucionalismo en general; o las cuestiones que, conforme con la Constitución, deben ser reguladas necesariamente a través de leyes orgánicas (artículo 106)

(2) Suficiencia deliberativa: Este criterio alude a los presupuestos o condiciones mínimas de discusión y reflexión que corresponde exigir, sobre todo en los casos en los que se requiere de una mayor exigencia deliberativa. Por el contrario, en los casos en los que esta no sea un imperativo, o cuando el objeto de la regulación requiere inevitablemente otro tipo de discusión (por la urgencia o el carácter especializado de lo regulado) es posible contar con un estándar diferente de deliberación.

5. Con base en lo señalado, entonces, no puede afirmarse, de manera general, que el contenido de los decretos legislativos no merece una deliberación robusta y que, en caso exista un importante déficit de deliberación, podría incluso declararse la inconstitucionalidad de una regulación así.
6. Por otra parte, en lo que concierne al fondo de la materia, si bien es cierto que por las razones señaladas y atendiendo a las orientaciones interpretativas formuladas la demanda debe ser declarada infundada, en la medida que es posible una “interpretación conforme” de la regulación impugnada, considero que debió tomarse en cuenta dos cuestiones adicionales relacionadas con los llamados “servicios policiales extraordinarios”.
7. Me refiero al hecho de que, debido a que ciertas entidades particulares terminan remunerando (directa o indirectamente) a algunos efectivos policiales, ello podría generar, de alguna forma, un tipo de conflicto de interés, en especial en aquellos supuestos en los cuales, como han advertido con preocupación los demandantes, los intereses de las empresas colisionen con los de la ciudadanía y, en dicho marco, se requiera la intervención de la Policía Nacional del Perú (esto se ha venido presentando, como es sobradamente conocido, en diversos casos en los que se ha producido conflictos socioambientales). Ello, en los términos que lo planteo, va más allá del hecho de que los efectivos formalmente no dependan o estén subordinados a las entidades privadas, ni de que sea posible denunciar eventuales desviaciones o abusos de poder por parte de los agentes policiales luego de que estos ya ocurrieron. Siendo así, estimo que hubiera sido importante que el Tribunal Constitucional abordara dicha problemática, además de una manera estructural, máxime tomando en consideración que este órgano colegiado ha reconocido muy recientemente a la protesta social como un derecho fundamental (STC Exp. n.º 0009-2018-PI, con ciertas reservas o precisiones expresadas en mi voto singular).

8. Asimismo, y vinculado con lo anterior, considero necesario insistir en que debe mejorarse la situación remunerativa de los integrantes de la Policía Nacional del Perú, no solo, y en primer lugar, porque son titulares el derecho fundamental a contar con una remuneración suficiente, sino también, y en adición a lo anterior, porque es un requisito *sine qua non* para tratar de evitar el eventual conflicto de interés al que me he referido, buscando asegurar de ese modo que puedan abocarse enteramente, dentro de lo posible, a labores relacionadas con la protección de bienes de estricto interés público (lo cual ciertamente incluye el resguardo de ciertos bienes privados), ello en el marco de los relevantes propósitos que han sido prescritos por la propia Constitución (artículo 166).

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0010-2016-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12 de mayo de 2020

Caso Servicio de Transporte Menor en Santa Anita

**CIUDADANOS
c.
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTA ANITA**

Asunto

**Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos
de la Ordenanza Municipal 00186/MDSA, emitida por la
Municipalidad Distrital de Santa Anita**

Magistrados firmantes:

**SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA**

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Argumentos de los demandantes

B. Argumentos de la demandada

II. FUNDAMENTOS

§1. El modelo constitucional de estado unitario y descentralizado

§2. Inconstitucionalidad indirecta

§3. Regulación de transporte en vehículos menores

§4. Artículo 34, inciso 3 de la Ordenanza 0186/MDSA y Libertad de comercio

§5. Artículo 53, literales e), f) y g) y derecho al trabajo

§6. Artículo 66 literales e), f), i), y j) y la libertad de trabajo

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta) y Ferrero Costa (vicepresidente), aprobado en la sesión del Pleno administrativo del 27 de febrero de 2018. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Argumentos de los demandantes

Con fecha 22 de noviembre de 2016, dos mil setecientos treinta y cuatro ciudadanos, interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal 0186/MDSA, que regula el servicio de transporte público especial de pasajeros y carga en vehículos menores en el distrito de Santa Anita. Solicitan que se declare la inconstitucionalidad por el fondo del inciso 3 del artículo 34; de los literales e), f), g) del artículo 53 y de los literales e), f), i) y j) del artículo 66 de la Ordenanza Municipal 0186/MDSA.

En la demanda se argumenta que el inciso 3 del artículo 34 de la Ordenanza Municipal 00186/MDSA vulnera el principio de libre comercio, en la medida que establece prohibiciones para la circulación de vehículos que no reúnan determinados requisitos. Asimismo, dicho dispositivo ordena que las flotas vehiculares deben ser reemplazadas en el plazo de un (1) año, por nuevas unidades con las características descritas en el anexo II de mencionado cuerpo normativo, por lo que constituye una imposición burocrática que vulnera la libertad de comercio.

Por otro lado, la parte demandante menciona que el artículo 53, literales e), f) y g), es inconstitucional, toda vez que establecen sanciones desproporcionadas, dejándose al libre albedrío de los funcionarios municipales la facultad de sancionar a empresas agremiadas con sanciones que carecen de razonabilidad, vulnerando de esta manera el derecho al trabajo, así como la generación de mayor informalidad en materia de transporte.

Asimismo, se alega que el artículo 66 literales e), f), i), y, j) al disponer la anulación del permiso de operación en determinados supuestos, vulnera lo consagrado en el artículo 2 inciso 13 de la Constitución, dado que demuestra la debilidad y la falta de estabilidad de los permisos de operación, lo que se traduce en mayores costos administrativos.

Los ciudadanos recurrentes aducen que la cuestionada ordenanza contiene en los anexos una gran cantidad de infracciones y sanciones, además de la anulación del Permiso de Operación, vulnerando de esta manera el principio de *non bis ídem*. En correspondencia a

ello, también se alega la vulneración del derecho de propiedad al establecer como sanción accesoria el depósito e internamiento del vehículo, teniendo, a la vez, incidencia negativa en el derecho al trabajo de los que utilizan dichos vehículos como fuente de empleo.

A su vez, los demandantes mencionan que dicha sanción vulnera el artículo 74 de la Constitución al ser una medida confiscatoria ya que les impone la obligación de pagar un monto adicional por concepto de depósito, generando una grave afectación en su economía.

B. Argumentos de la demandada

La Municipalidad Distrital de Santa Anita, afirma que el artículo 34, inciso 3, no vulnera el principio de libertad de comercio ni el derecho al trabajo, toda vez que esta medida responde a razones de seguridad y salud.

La demandada alega razones de seguridad y aduce que los vehículos permitidos son más estables y a la vez son menos utilizados para actos ilícitos. Por otro lado, en referencia a la salud, mencionan que estos son menos contaminantes y generan menos vibraciones que pueden resultar lesivas para la salud.

En cuanto a la homologación de las unidades de transporte menor de pasajeros, la parte demandada sostiene que la flota vehicular debe responder a las necesidades y disposiciones ambientales vigentes, así como estar de acuerdo con la normativa dada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones en referencia a la emisión de gases tóxicos.

Por otra parte, en razón a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 53, literales e), f) y g), la municipalidad alega que es necesario llevar a cabo las medidas correctivas para mantener la tranquilidad y el orden de la vía de tránsito.

En referencia al artículo 66, literales e), f), i), y, j) de la ordenanza cuestionada, que regula la posibilidad de anulación del Permiso de Operación, la parte demandada menciona que en virtud de la Ley 27189 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 055-2010-MTC, se ha delegado la facultad de fiscalizar y sancionar el servicio de transporte en vehículos menores a las municipalidades distritales.

Asimismo, se señala que la facultad sancionadora de los gobiernos locales se encuentra amparada por el artículo 230 de la Ley 27444, *Ley del Procedimiento Administrativo General* y el artículo 46 de la *Ley Orgánica de Municipalidades*.

En correspondencia con lo expuesto, la municipalidad demandada alega que dicha ordenanza ha sido emitida en respuesta a la necesidad de adoptar medidas que contribuyen con el crecimiento y seguridad del distrito.

II. FUNDAMENTOS

§1. El modelo constitucional de estado unitario y descentralizado

1. El actual modelo de Estado unitario se fortalece y garantiza su supervivencia a través de la descentralización, que es el fundamento de la modernización y democratización del Estado.

2. El proceso de descentralización supone transferir potestades y competencias a favor de órganos intermedios de gobierno y esto no debilita al Estado, por el contrario, lo fortalece, porque puede desempeñar más eficientemente sus funciones propias delegando atribuciones en instancias que tienen un mayor nivel de proximidad con el ciudadano.
3. Nuestro Texto Constitucional, en su artículo 43, ha establecido lo siguiente:

La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.
4. Siguiendo dicho diseño constitucional, nuestra Carta Política, en sus artículos 188 a 199, regula el proceso de descentralización como aquel proceso progresivo y ordenado tendiente al desarrollo integral de nuestro país.
5. Vale decir, la descentralización es un proceso que permite que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanística ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.
6. La finalidad de este diseño es que en cada lugar de la República exista acceso a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.
7. En tal sentido, dicho proceso implica el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada en procura del desarrollo integral del país, que, sin romper el concepto unitario de Estado, debe reconocer órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad.
8. La Constitución ha establecido que el proceso de descentralización se da, básicamente, a través y a partir de las municipalidades, a las cuales considera como instrumentos vitales. Por ello, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se debe concebir como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local.
9. Justamente, para que puedan cumplir con su papel como instrumentos y expresión de la descentralización, se les ha otorgado plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

10. Esta autonomía otorgada a los municipios es tal que incluso el propio Texto Constitucional en su artículo 194 reconoce la existencia de los Concejos Municipales como órganos normativos y fiscalizadores (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local y en los asuntos de su competencia), y a la Alcaldía como un órgano ejecutivo (equivalente al Poder Ejecutivo).
11. Por ello, si como país aspiramos a un auténtico Estado constitucional unitario y descentralizado, moderno y eficiente, en el cual se hayan radicado entes territoriales cuyas autoridades emerjan del mandato popular y gocen de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, es necesario fortalecer, desde todos los ámbitos, el proceso de descentralización dentro de la estructura estatal, con la finalidad de procurar el desarrollo integral del país a través de los gobiernos regionales y gobiernos locales.
12. Adicionalmente a ello, es importante señalar que nuestro diseño de Estado unitario y descentralista resulta *sui generis*, pues dentro de un modelo de Estado unitario es conocido que el gobierno nacional es el único que ostenta autonomía política. Sin embargo, a partir de la Carta de 1993, el constituyente peruano ha otorgado a las regiones y municipalidades —en tanto que entes territoriales básicos—, a través de sus órganos de gobierno local, autonomía política, inaugurando dentro del Estado peruano una modalidad especial, que conjuga una autonomía política general, inherente y exclusiva de gobierno nacional en el clásico Estado unitario, con una autonomía política constreñida a los asuntos competenciales propios, que entendemos como comprensiva de la gestión de sus respectivos intereses.
13. En este orden de ideas, la consagración de la autonomía política, administrativa y económica de los gobiernos locales abarca las potestades, en su ámbito competencial, como poderes autónomos de autogobernarse por autoridades representativas electas; autonormarse, vía reglas dictadas por su órgano normativo integrado por representantes electos; autofiscalizarse, a través del mismo órgano normativo; autoadministrarse, en su organización interna, en su presupuesto y en los servicios públicos que debe atender; y autogenerar sus recursos, con potestad tributaria; todo ello en el marco de la Constitución y de su ley orgánica.
14. Dicho esto, entonces, las competencias municipales ya no pueden entenderse como simples facultades regladas y constreñidas a mandatos de competencias literales, sino que, en el ejercicio de ellas, será necesario apuntar al desarrollo armónico de cada circunscripción, atendiendo a las propias características del territorio y las necesidades de la población que administra (de infraestructura, de seguridad, de comercio, de transporte, entre otros).
15. Entonces, el Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, debe pronunciarse sobre la conformidad de las ordenanzas impugnadas con la Carta Fundamental, garantizando que los órganos descentralizados puedan ejercer sus competencias a favor del bienestar social y de la realización de la persona.

§2. Inconstitucionalidad indirecta

16. De conformidad con el artículo 75 del Código Procesal Constitucional, la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser como sigue:
 - i) directa o indirecta,
 - ii) de carácter total o parcial, y
 - iii) tanto por la forma como por el fondo.
17. La infracción directa se produce cuando la norma legal resulta contraria a lo establecido o prohibido expresamente por una disposición constitucional. Así, el parámetro de control que permitirá verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dispositivo legal no incluirá normas interpuestas.
18. En cambio, en el caso de la inconstitucionalidad indirecta se requiere recurrir a disposiciones de rango legal, por cuanto la regulación específica de la materia en controversia no fue abordada en la Constitución, sino que lo ha sido en normas legales aprobadas de conformidad con el marco dispuesto por aquella.
19. En casos como estos, el análisis de constitucionalidad no puede basarse en un mero juicio de compatibilidad directa entre la norma cuestionada y la Constitución, sino que su análisis requerirá que se verifique su conformidad con una norma legal perteneciente al parámetro o bloque de constitucionalidad, tal como lo establece el artículo 79 del Código Procesal Constitucional.
20. Este Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente sobre el parámetro de control:

[...] puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v. g., la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica” (Sentencias 0007-2002-AI, fundamento 5; 00017-2006-AI, fundamento 5; 00022-2010-PI, fundamento 3, entre otras).
21. Con la Constitución y las normas interpuestas se estructura lo que se denomina el bloque de constitucionalidad, que operará como parámetro de control de la disposición impugnada.
22. De lo expuesto se deduce que, si la disposición impugnada no resulta conforme directamente con la norma interpuesta, será contraria, indirectamente, a la Constitución.
23. Con base en ello, en el caso de autos, este Tribunal evaluará la constitucionalidad de los artículos cuestionados de la Ordenanza Municipal 00186/MDSA a la luz de las diversas normas del ordenamiento jurídico vinculadas con la materia objeto de revisión, como son la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores y sus normas conexas.

§3. Regulación del transporte en vehículos menores

24. El artículo 189 de la Constitución establece que “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”.
25. Dentro de las competencias que la Constitución otorga a los gobiernos locales destacan, por, un lado, las de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad (inciso 5 del artículo 195); y, por otro, las de desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito, conforme a ley (inciso 8 del artículo 195 de la Constitución).
26. La Ley de Bases de la Descentralización, Ley 27783, define las competencias que cada nivel de gobierno asume, ya sea de manera exclusiva, compartida o delegada. Así, en el inciso g, de su artículo 43, señala que el transporte colectivo, circulación y tránsito es una competencia compartida entre el gobierno local y el gobierno nacional.
27. En el caso específico del servicio de transporte de pasajeros en vehículos menores motorizados, cuyos alcances ha sido regulado por la Ley 27189 y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 055-2010-MTC, el legislador ha establecido que la competencia tanto para la autorización del servicio, su regulación, su gestión y su fiscalización le corresponde a la municipalidad correspondiente (Cfr. artículos 3 y 4)
28. Estas normas deben ser interpretadas junto con la regulación de alcance nacional en materia de tránsito terrestre y transporte de personas. Así, el artículo 157 del *Texto Único Ordenando del Reglamento Nacional de Tránsito*, aprobado por el Decreto Supremo 016-2009-MTC, modificado el Decreto Supremo 029-2009-MTC, establece que los vehículos menores motorizados que presten servicio de transporte público especial de pasajeros no podrán circular, salvo ciertas excepciones, por la red vía nacional, regional o departamental vías expresas o pasos a desnivel, pudiendo circular solamente por las vías indicadas por las autoridades competentes. Es decir, este tipo de vehículos tienen una función complementaria y auxiliar en el transporte público.
29. En la presente causa se analizará la constitucionalidad del artículo 34, inciso 3, artículo 53, literales e), f) y g) y el artículo 66 literales e), f), i) y j) de la Ordenanza Municipal 0186/MDSA, en los que se regulan diversos aspectos relacionados con el transporte de personas mediante vehículos menores dentro de la jurisdicción del distrito de Santa Anita.

§4. Artículo 34, inciso 3 de la Ordenanza 0186/MDSA y Libertad de comercio

30. Tal como se advirtió en el Auto-1, del 26 de enero de 2018, del presente expediente, el artículo 34, numeral 3 de la Ordenanza 0186/MDSA, contendría una imposición burocrática que sería lesiva del derecho al libre comercio. Dicho artículo estipula lo siguiente:

Artículo 34.- Operatividad de los vehículos

Para la operatividad de los vehículos se establecerá lo siguiente:

(...)

34.3. Se prohibirá la circulación de vehículos que emitan gases contaminantes, humos o produzcan ruidos que afecten el medio ambiente, la tranquilidad pública superando los niveles máximos permitidos a si mismo dicha unidad por sus características debe otorgar seguridad al usuario (sic). Se dará el plazo de un (01) año después de la publicación de la presente ordenanza, para reemplazar las flotas vehiculares por unidades, conforme lo indicado en el anexo II.

31. Se advierte que este dispositivo legal contiene dos aspectos que deben ser analizados:
 - i. La prohibición de circulación de los vehículos que no brinden seguridad al usuario y que no cumplan con determinados parámetros relativos a la emisión de gases y ruidos; y
 - ii. El plazo de un año para reemplazar la flota de mototaxis por vehículos menores que cumplan con el anexo 2 de la ordenanza cuestionada.
32. La primera prohibición es de aplicación inmediata, por lo que desde su entrada en vigencia los vehículos menores motorizados dedicados al transporte público no podrían transitar si es que emitían gases o humos contaminantes, generaban ruidos molestos o no otorgaban seguridad al usuario.
33. Asimismo, la Ordenanza establece un plazo para que los vehículos menores destinados al transporte público cuenten con un casquete o carrocería cerrada de acuerdo con el modelo fijado en el Anexo II de la misma.
34. El análisis de constitucionalidad se realizará tomando en cuenta que la ordenanza en cuestión fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2015, y que el plazo otorgado de un año ya ha vencido.

4.1. Análisis de constitucionalidad sobre la prohibición de circulación de vehículos menores contaminantes e inseguros

35. La norma dispone que los vehículos menores no podrán circular en la jurisdicción del distrito de Santa Anita si es que estos:
 - a. Emiten gases contaminantes y humos que afectan al medio ambiente;
 - b. Producen ruidos que alteren la tranquilidad pública, superando los máximos permitidos; y
 - c. No brindan seguridad al usuario.

A continuación, se determinará si es que esta prohibición contraviene la libertad de comercio.

36. El artículo 59 de la Constitución establece que el Estado “estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.”
37. La libertad de comercio protege el intercambio de bienes y servicios, lo que puede ser desarrollado tanto en un establecimiento abierto al público, de forma ambulatoria o en espacios predeterminados (Sentencia 0024-2013-PI/TC, fundamento 15).
38. Esta libertad de comercio está enmarcada en el Estado Constitucional de Derecho, consagrado en la Constitución de 1993 que se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.
39. En referencia a la economía social de mercado, este Tribunal ha mencionado en la Sentencia 0008-2003-PI/TC, fundamento 13, que:

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque (sic.) garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.

40. En el marco de este régimen económico adoptado por nuestra Constitución este órgano de control de constitucionalidad ha señalado que, de acuerdo al carácter social del modelo económico establecido en la Constitución, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos (Sentencia 0019-2006-PI/TC, fundamento 15).
41. Así, toda intervención en las libertades económicas por parte de la administración pública, debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que además debe asegurar el respeto a los demás principios constitucionales. En el caso de autos, se aduce que la medida que restringe la circulación de vehículos que no cumplan con determinadas particularidades vulneraría la libertad de comercio de los propietarios de

estos mototaxis, cuyo uso se destina a brindar el servicio de transporte público, siendo su principal herramienta de trabajo.

42. Como se establecerá a continuación, los límites ambientales respecto de las emisiones de humos o ruidos son determinaciones razonables, en tanto buscan que la actividad comercial no termine vulnerando el derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2.22 de la Constitución).
43. Para el caso de ruidos, debe indicarse que de acuerdo al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), los vehículos de transporte son unos de los principales generadores de ruidos, por el mal uso de las bocinas o la falta de mantenimiento entre otras situaciones [*La contaminación sonora en Lima y Callao*, OEFA, Lima, p. 30].
44. Por su parte el Texto Único Ordenado del *Reglamento Nacional de Tránsito*, Decreto Supremo 016-2009-MTC, establece en su artículo 238, la prohibición de “que los vehículos produzcan ruidos que superen los niveles máximos permitidos establecidos en el Reglamento Nacional de Vehículos”.
45. En tal sentido, este extremo del dispositivo legal cuestionado, pese a que pretende armonizar la libertad de comercio con el derecho fundamental a un ambiente adecuado y equilibrado, su regulación no resulta novedos ni inconstitucional, pues recoge aquello que viene siendo ordenando por la legislación nacional sobre la materia.
46. Similar criterio debe ser aplicado en lo referido a la emisión de gases y humos contaminantes por estos vehículos menores. La prohibición de emitir gases contaminantes se encuentra también establecida en TUO del *Reglamento Nacional de Tránsito*, que en su artículo 237 –modificado por el artículo 2 del Decreto Supremo 022-2009-MTC– establece que está prohibida la circulación de vehículos que “emitan gases, humos o cualquier otra sustancia contaminante, que provoque la alteración de la calidad del medio ambiente en un índice superior a los límites máximos permisibles establecidos en el Reglamento Nacional de Vehículos”.
47. Entonces, resulta claro que el ordenamiento jurídico nacional ya establece la prohibición de emitir gases o humos contaminantes que sobrepasen los límites máximos permisibles. Ello es además constitucional, puesto que armoniza la libertad de comercio con el derecho fundamental a un ambiente adecuado y equilibrado.
48. En tal medida, si bien la circulación de vehículos menores está plenamente autorizada, ello no debe exceder los límites que importen una vulneración a los bienes constitucionales como el ambiente.
49. El objetivo de proteger la salud y la integridad de las personas, incluyendo a quienes abordan los vehículos de transporte público, constituye una exigencia constitucional. Este Tribunal advierte que existe un conjunto de normas de alcance nacional que concretizan los estándares mínimos de seguridad que los vehículos de transporte menor deben tener.

50. Así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2 de la *Ley de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores*, Ley 27198, son vehículos aptos para brindar el servicio de transporte aquellos que están especialmente acondicionados, de acuerdo a lo que el reglamento correspondiente establezca.
51. El *Reglamento Nacional de Vehículos*, aprobado mediante el Decreto Supremo 058-2003-MTC, tiene por objeto establecer los requisitos y características técnicas que deben cumplir los vehículos para que operen en el Sistema Nacional de Transporte Terrestre (SNTT). Estos requisitos y características técnicas se orientan a la protección y la seguridad de las personas, los usuarios del transporte y el ambiente (artículo 1).
52. El artículo 11 del *Reglamento Nacional de Vehículos* indica que los vehículos que ingresen al SNTT, deben cumplir, como mínimo, con los requisitos técnicos y de seguridad establecidos. Los vehículos menores a los que se está haciendo referencia ahora son clasificados por el referido reglamento como de categoría L5. Es decir, “Vehículos de tres ruedas simétricas al eje longitudinal del vehículo, de más de 50cm³ ó velocidad mayor a 50km/h y cuyo peso bruto vehicular no exceda de una tonelada (anexo 1: clasificación vehicular de dicho reglamento).”
53. También debe indicarse que el artículo 10 del *Reglamento Nacional de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Motorizados y no Motorizado*, aprobado mediante el Decreto Supremo 055-2010-MTC, indica que el vehículo menor “L5” (que es al que se refiere la Ordenanza cuestionada) debe estar equipado con dispositivos de seguridad establecidos en dicho reglamento.
54. Finalmente, debe advertirse que el *Reglamento Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares*, aprobado por Ley 29237, establece que sus estándares se aplican a todos los vehículos automotores y tiene por finalidad certificar su buen funcionamiento y mantenimiento con el objeto de garantizar la seguridad del transporte y tránsito terrestre. De ahí que la Ordenanza 0186/MDSA supedita el permiso de operación a que los vehículos pasen las revisiones técnicas respectivas.
55. Fluye de todo lo anterior que para el ordenamiento jurídico los vehículos menores de tipo L5 deben contar con los requisitos técnicos especiales, como parachoques posteriores, vidrio laminado o templado en caso tengan parabrisas y cinturones de mínimo dos puntos en los asientos de pasajero (*Reglamento Nacional de Vehículos*, artículo 26). Estas características, junto con otras establecidas en dicho reglamento y otras normativas que limitan las vías en las cuales los vehículos menores motorizados pueden transitar, establecen los requisitos mínimos de seguridad para los vehículos menores.
56. En tal sentido, la normativa nacional ya establece los parámetros de seguridad que estos vehículos deben tener, además de establecer la obligación de pasar la revisión técnica de manera periódica. Por consiguiente, en caso estos vehículos no cumplan con tales características no podrán circular, porque evidentemente no serían considerados seguros. Queda claro, en consecuencia, que no resulte inconstitucional que el Estado establezca e implemente criterios de seguridad para los usuarios.

57. Por estas consideraciones, este Tribunal declara infundada la demanda en este extremo.

4.2. Análisis de constitucionalidad de la obligación de reemplazo de la flota vehicular conforme a lo indicado en el anexo II

58. Es turno de revisar la constitucionalidad de la parte final del artículo 34.3 de la Ordenanza 0186-MDSA, que obligaba a que en el plazo de un año se remplace la flota de vehículos menores por una que cumpla con lo establecido en el anexo 2 de la ordenanza. En dicho anexo se muestra un vehículo menor con una estructura instalada sobre el chasis, es decir, con características diferentes al modelo establecido en el anexo 1. Debe advertirse que no se acompaña ficha técnica alguna sobre la referida carrocería.
59. En la contestación de la demanda la municipalidad distrital de Santa Anita ha indicado que las motos de tipo cadena son vehículos *adaptados* para llevar pasajeros, mientras que los vehículos indicados en el anexo 2 están *diseñados* para este fin (fojas 38). Se deduce de ello que el mandato contenido en la disposición bajo análisis ordena que los vehículos menores motorizados, como las llamadas mototaxis, tuvieron un año para realizar un “sustitución vehicular” y cumplir con las características establecidas en el anexo 2 de la ordenanza. Es decir, que los vehículos menores motorizados estén provistos de una cabina con asientos para uso de pasajeros en la parte posterior.
60. Debe examinarse ahora si es que el plazo de un año establecido en la ordenanza contraviene la libertad de comercio. Primeramente, debe indicarse que la ordenanza cuestionada fue publicada el 30 diciembre de 2015, por lo que el plazo de un año ya ha vencido.
61. Ello no implica que el mandato para cumplir con lo establecido en el anexo 2 haya dejado de existir. Y es que quienes desean brindar el servicio de transporte de pasajeros en vehículos menores en el distrito de Santa Anita, solo pueden hacerlo con un vehículo que compartan las características indicadas en el anexo 2, tal y como se desprende de la contestación de la demanda de fecha 13 de marzo de 2018, cuando se señala que “los vehículos indicados en el Anexo II de la Ordenanza N° 186 son diseñados para [llevar pasajeros]”.
62. Como ya se expresó esta libertad puede ser limitada a fin de salvaguardar otros intereses de relevancia constitucional, como el derecho a la vida, la salud y la integridad física, entre otros.
63. Así, debe enfatizarse que no basta con sostener que determinada normativa proteja principios constitucionales específicos. Se requiere que exista una relación de causalidad entre el dispositivo legal bajo análisis y el bien constitucional que se busca proteger. Es decir, se debe tomar en cuenta si es que la norma legal es conducente al logro de un fin constitucional.
64. En el presente caso, la demandada no ha sustentado la finalidad de la referida sustitución vehicular. Tampoco se aprecia de autos opinión o informe técnico que sustente razonablemente porqué los vehículos con las características del anexo 2 emiten menor cantidad de humos, gases, ruidos o que brindan mayor seguridad para los usuarios.

65. En el *Reglamento Nacional de Vehículos*, las características mínimas de seguridad de este tipo de vehículos están establecidas en la normativa de alcance nacional. Y más aún, estos vehículos deben pasar por una revisión técnica periódicamente.
66. Es decir, la normativa nacional ya ha establecido los requisitos mínimos que los vehículos menores motorizados como el L5 deben tener. De lo que se deduce que vehículos con características indicadas en el anexo 1 cumplen con los requisitos de seguridad mínimos.
67. Por otro lado, y con relación a características establecidas en el anexo 2 de la Ordenanza bajo examen, en autos la municipalidad emplazada no ha cumplido con presentar el sustento técnico que permita analizar la legitimidad constitucional de tal norma y justifique cómo es que este tipo de vehículos ofrecen mayor garantía para la integridad de los pasajeros que aquellos vehículos del anexo 1.
68. Al respecto, este Tribunal mediante Decreto de fecha 8 de julio de 2019, requirió el informe técnico que habría sustentado la circulación de mototaxis de fábrica y adaptados conforme lo señala el artículo 34.3 de la Ordenanza 00186/MDSA.
69. Mediante Oficio 000093-2019-MDSA/SG del 7 de agosto de 2019, la municipalidad emplazada remitió el Informe Técnico 218-2019-MDSA-GSCF/SGSFT-AT de fecha 2 de agosto de 2019, emitido por el área de Transporte y el Informe 283-2019-MDSA-GSCF/SGSFT de fecha 2 de agosto de 2019, emitido por la Subgerencia de Serenazgo y Transporte.
70. La información remitida por la municipalidad emplazada confirma que el artículo 34.3 *in fine* de la Ordenanza materia de análisis carece de informes técnicos que sustenten la restricción de circulación de los vehículos menores con el diseño del Anexo I.
71. En tal sentido, no es posible establecer una relación de causalidad entre la medida adoptada por la entidad demandada y la finalidad de la Ordenanza. Y es que no basta con expresar que la cláusula legal analizada implica una protección al derecho a la salud y seguridad, si es que no existe alguna opinión o informe técnico que le confieran a tal afirmación un sustento razonable que justifique tal restricción vehicular, más aun cuando las normas nacionales no prohíben su circulación.
72. Para este Tribunal el límite a la libertad de comercio propuesto en el artículo 34.3 *in fine* examinado no tiene legitimidad constitucional debido a que carece de sustento técnico respecto de las exigencias establecidas en el anexo 2 de la ordenanza cuestionada, el cual que resultaba necesario a fin de conocer la razón de por qué la municipalidad emplazada consideraba a tales vehículos más seguros para el usuario, especialmente si las características incluidas en las normas nacionales glosadas (que coinciden con el diseño incluido en el Anexo 1 de la Ordenanza) son consideradas como estándar adecuado de seguridad.
73. Por esa misma ausencia de justificación técnica, también el artículo bajo análisis, vulnera el principio-derecho de igualdad, dado que la Municipalidad emplazada ha establecido un trato diferenciado a favor de los vehículos menores de fábrica sin justificar,

de manera objetiva, por qué ha establecido la restricción de operaciones de los vehículos menores ensamblados, que de acuerdo con la normativa nacional también pueden brindar el servicio de transporte menor.

74. Por estas razones el Tribunal Constitucional entiende que la frase “Se dará el plazo de un (01) año después de la publicación de la presente ordenanza, para reemplazar las flotas vehiculares por unidades, conforme lo indicado en el anexo II” incluida en el artículo 34.3 de la Ordenanza 0168/MDSA resulta inconstitucional.

§ 5. Artículo 53, literales e), f) y g) y derecho al trabajo

75. El artículo 53, literales e), f) y g) de la Ordenanza Municipal 0186/MDSA, establece lo siguiente:

Artículo 53.- Las medidas preventivas o complementarias por infracciones a la presente Ordenanza que se impongan a los infractores son las siguientes:

(...)

e) Cierre temporal del paradero. (5d, 15, 23h, 39, 40, 42, 43, 44, 69(j))

f) Suspensión precautoria del servicio.

g) Suspensión del Permiso de Operación.

(...)

76. La parte demandante alega que tales mandatos legales son inconstitucionales dado que establecen sanciones desproporcionadas que pueden ser utilizadas arbitrariamente por los funcionarios, vulnerando de esta manera el derecho al trabajo. Asimismo, aduce que estas medidas incentivarán la informalidad, ocasionando mayores gastos para un nuevo permiso de operación, así como la generación de deficiencias en el servicio de transporte público, perjudicando a los usuarios de dichas unidades.

77. Para evaluar si es que las medidas establecidas en los literales e), f) y g) del artículo 53 de la ordenanza cuestionada son constitucionales se debe indicar previamente que estas pueden ser comprendidas como: complementarias a una sanción o como acciones preventivas, es decir, adoptadas para evitar que se consume un eventual daño a bienes constitucionalmente legítimos.

78. Para ello debe tomarse en cuenta que la propia ordenanza en su artículo 4, inciso 11, estipula que el inspector municipal es la autoridad competente para verificar el cumplimiento de las obligaciones y condiciones de la prestación del servicio en vehículos menores, quedando facultado también para aplicar sanciones y medidas preventivas. Además, en el artículo 61 se expresa que las sanciones, medidas complementarias o preventivas se aplican mediante el formato del Acta de Control.

79. También es relevante observar que la normativa cuestionada está vinculada al anexo 3, que establece un cuadro detallando las infracciones, sanciones y medidas

complementarias para el servicio especial de transporte de vehículos menores en el municipio de Santa Anita. En tal sentido, se aprecia que se ha dado cumplimiento a la previsión de las infracciones y sanciones en la ordenanza, definiéndose también la conducta que la ordenanza considera como sancionable.

80. Es relevante observar que las consecuencias establecidas en los literales cuestionados se activarán si es que se generan determinadas conductas. Así, en lo que respecta al cierre temporal de los paraderos (literal e), debe indicarse que existe una serie de artículos en la ordenanza que regulan diferentes aspectos relacionados con su creación, mantenimiento y clausura.
81. Ejemplo de ello es el artículo 5 de la Ordenanza Municipal 0186/MDSA, que indica que la municipalidad es competente para aprobar y autorizar un paradero. El artículo 23, literal h), establece que las personas jurídicas que prestan servicios de transporte en vehículos menores están obligadas a “Mantener y controlar en forma adecuada los paraderos autorizados, según disposiciones emanadas de la Autoridad Administrativa Distrital”.
82. El artículo 39 indica que la municipalidad crea, modifica, y autoriza paraderos oficiales en virtud a una serie de criterios, y los artículos 40, 41, 42, 43 y 44 establecen las consideraciones específicas para establecer y autorizar paraderos.
83. En particular se debe enfatizar que el artículo 42 indica los criterios para la autorización de cada paradero, como, por ejemplo, las necesidades de transporte de los vecinos, la tranquilidad pública y la opinión del vecindario, sin que se obstruya la vía o se genere congestión vehicular.
84. Por último, el artículo 69 establece que la municipalidad podrá disponer la anulación de paraderos oficiales, en caso se haya incurrido en forma reincidente en las faltas como la ausencia del servicio por cinco días consecutivos, cuando los conductores de los vehículos menores estén deteriorando áreas verdes, generen desorden, no respeten las normas de tránsito o alteren el orden público.
85. Con esto se muestra la existencia de una normativa que, de no ser cumplida, podría generar que se disponga la anulación e inclusive la suspensión de los paraderos, siempre que ello se justifique en alguno de los artículos referidos previamente.
86. Esta interpretación se desprende además del artículo 51 de la ordenanza que indica que el incumplimiento de las normas establecidas en la ordenanza constituye infracción. Y el artículo 52, literal c), establece que ante el incumplimiento de las disposiciones de la ordenanza puede imponerse la “Suspensión temporal de la Resolución de Circulación, permisos de operación o de las autorizaciones, según corresponda”.
87. En lo relativo al literal f) del artículo 53, que establece la “Suspensión precautoria del servicio” se interpreta que se trata de medidas preventivas. Es decir, medidas que se implementarían para evitar que se produzcan las consecuencias negativas o daños

generados por una infracción a la normativa de la ordenanza. En tal sentido, este tipo solo se justificarían frente a una amenaza o riesgo que tendrá que ser argumentado por la entidad a la hora de imponer la sanción para que esta resulte legítima.

88. Por último, debe analizarse el literal g), que permite la Suspensión del *Permiso de Operación*. Según el artículo 4, numeral 21 de la Ordenanza 0186/MDSA, dicho permiso es la “Resolución de Circulación emitida por la Gerencia de Seguridad Ciudadana” que autoriza a una persona jurídica a prestar el servicio de transporte Público de pasajeros en vehículos menores, determinando la zona de trabajo y los paraderos. Tiene una vigencia de 6 años (artículo 13).
89. En el artículo 18 por su parte se establece que el permiso de operación se cancela cuando no se cumpla con presentar su renovación en los plazos señalados, cuando unidades de la persona jurídica invadan paraderos e incumpla el pago de la multa en el plazo establecido, se usen zonas no autorizadas como paraderos y se abandone más de 15 días el paradero autorizado. Y como ya se indica anteriormente, el artículo 52 de la ordenanza establece que las sanciones que pueden ser impuestas frente a infracciones de la ordenanza, son entre otras, la suspensión temporal de los permisos de operación.
90. En la sección referida a las infracciones y sanciones de las personas jurídicas autorizadas del anexo 3 de la ordenanza, se aprecia que para las infracciones identificadas con los códigos JA-10, y de JA-12 al JA-18, la medida complementaria es la “suspensión temporal de la resolución de circulación”. Y como ya se observó, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4, numeral 21 de la ordenanza, el permiso de operación es la resolución de circulación. En tal sentido, es clara la relación entre las situaciones identificadas como infracciones y las consecuencias que estas generan.
91. Tomando en cuenta todo ello, debe examinarse si es que con esta normativa se contra- viene el derecho fundamental al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú, que establece:

El Trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

92. Al respecto este Tribunal Constitucional ha indicado que este derecho tiene dos aspectos:

(...) El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa (...) en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo (...) se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa (Sentencia 1124-2001-AA/TC, fundamento 12).

93. El derecho al trabajo, consagrado en el referido artículo de la Constitución, se manifiesta también en la libertad de trabajo, es decir, en el derecho que poseen todas las personas para elegir la profesión o el oficio que deseen. Es decir, se protege tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce (Sentencia 03819-2015-PA/TC, fundamento 4).
94. Este Tribunal considera que la referida medida complementaria por infracciones a la ordenanza, se encuentran dentro de lo razonable, por cuanto se establece en un marco normativo preestablecido que se activa solo frente al incumplimiento por parte de los administrados que brindan el servicio de transporte de pasajeros en vehículos menores motorizados.
95. Y es que el cierre temporal de un paradero, la suspensión precautoria del servicio y la suspensión del permiso de operación se presentan como medidas municipales eficaces para desincentivar el incumplimiento de las normas y para velar por la seguridad y el orden en el distrito. Ello, en la medida que evita el ejercicio de actividades no verificadas por la Municipalidad a la vez que traslada al propio administrado la responsabilidad de su accionar al margen de la norma.
96. Tales medidas no autorizan actuaciones administrativas dejadas al libre albedrío de la Municipalidad distrital de Santa Anita, sino que se trata de una regulación instaurada para disuadir y sancionar el incumplimiento de normas contrarias al orden público como se aprecia del listado del Anexo 3. En todo caso, frente a actuaciones arbitrarias pueden activarse otras medidas legales para la tutela de los derechos afectados.
97. A juicio de este órgano de control de la Constitución, las medidas analizadas son proporcionales dado que su implementación se fundamenta en el deber de garantizar la seguridad y generar desincentivos para el incumplimiento de la normativa correspondiente.
98. Además, resultan ser proporcionadas desde la perspectiva de la naturaleza y gravedad de las distintas infracciones respecto de las que se imponen. Este Tribunal asume que tolerar el ejercicio de una actividad que no cuenta con los requisitos mínimos exigidos por la ley supone incrementar indebidamente el riesgo para la seguridad pública y amenazar el desarrollo urbano del distrito, perjudicando así la calidad de vida de la población.
99. Por otro lado, en cuanto a la supuesta vulneración del derecho al trabajo de las personas que utilizan estas unidades como herramienta laboral, este Tribunal advierte que tales medidas son producto de las infracciones cometidas por los administrados, por lo que tal alegación carece de sustento razonable.
100. Estando a lo expuesto, este Tribunal estima que las medidas contempladas en el artículo 53, literales e), f) y g) de la Ordenanza Municipal 0186/MDSA emitida por la Municipalidad Distrital de Santa Anita, son proporcionales a los fines que

se pretende garantizar, y por otro lado, no vulneran el derecho al trabajo; por estas consideraciones, corresponde desestimar la demanda de inconstitucionalidad en este extremo.

§ 6. Artículo 66 literales e), f), i), y j) y la libertad de trabajo

101. El demandante cuestiona la constitucionalidad del artículo 66 literales e), f), i), y, j) de la Ordenanza Municipal 0186/MDSA, que establece:

La Municipalidad Distrital de Santa Anita, podrá disponer la anulación del Permiso de Operación, en caso de haberse comprobado uno o más de los siguientes puntos:

(...)

e) Por proporcionar datos falsos en la documentación presentada.

f) Por rebeldía reiterada a los pagos por multas.

(...)

i) Fomentar el desorden y alterar el orden público en las zonas de trabajo y/o paraderos.

j) Otra señalada en el Anexo 3 de infracciones y sanciones.

(...)

102. En el auto admisorio se determinó que los demandantes estaban cuestionando que la referida disposición estaría contraviniendo la libertad de comercio y el derecho al trabajo (considerando 5 del Auto-1)

103. En efecto, los demandantes han indicado que las disposiciones referidas permiten el abuso de autoridad y afectan la seguridad jurídica en el otorgamiento de los permisos de operación a favor de las empresas que brindan el servicio de transporte de pasajeros en vehículos menores.

104. Este Tribunal, como se explicitará más adelante, observa que las causales que se aducen inconstitucionales por los demandantes, son en realidad razonables. Y es que proporcionar datos falsos, la rebeldía reiterada a los pagos por multas y fomentar el desorden en zonas de trabajo o paraderos son razones valederas que merecen la reacción de la administración.

105. Debe anotarse además que la infracción por proporcionar datos falsos o presentar documentación fraudulenta de la persona jurídica a la autoridad competente con conocimiento del representante legal de la persona jurídica se encuentra estipulada en el anexo 3 con el código JA-08 y que la infracción por no mantener y controlar el orden adecuadamente en los paraderos autorizados, así como la limpieza e higiene de los mismos está recogida con el código JA-10. En el primer caso la medida

complementaria es la cancelación definitiva de la resolución de circulación y del segundo la suspensión temporal de la resolución de circulación.

Cabe precisar que la conducta contenida en el literal i, del artículo 66 y la infracción contenida en el anexo 3, con el código JA-08 de la Ordenanza en análisis, resultan distintas con sanciones proporcionales y razonables. En efecto, la causal de fomentar el desorden en zonas de trabajo o paraderos establecida en el literal i, del artículo 66, como conducta que permite la anulación del permiso de operación de una empresa de transporte, resulta mucho más gravosa y de mayor impacto social en el orden público del distrito, que la referida a la conducta de no mantener y controlar el orden adecuadamente en los paraderos autorizados establecida en el mencionado código JA-08 del anexo 3, que permite la imposición de una multa del 5% y una sanción complementaria o preventiva de suspensión temporal de la resolución o permiso de operación. Pues la primera sanciona el desorden que es fomentado, autorizado o promocionado por la empresa de transporte menor dentro del distrito y en las zonas donde se ha permitido su circulación (zonas de trabajo) y alterar el orden público en sus paraderos; mientras que la segunda sanciona la falta de control o desorden que generan los conductores de vehículos menores dentro del paradero y falta de aseo de dicho espacio, siendo su impacto menor con relación a la primera, razón por la cual se sanciona pecuniariamente y, complementariamente, puede merecer una medida de suspensión temporal del permiso de circulación, como medida preventiva razonable destinada a desincentivar conductas reincidentes o de mayor gravedad.

106. Sobre la rebeldía reiterada respecto del pago de las multas, de la Ordenanza cuestionada se aprecia que tal conducta no se encuentra recogida en el anexo 3 de la ordenanza. Ello, no obstante, no hace inconstitucional tal infracción, puesto que se ha establecido la conducta sancionada, así como su sanción advirtiéndose, además, que existe proporcionalidad entre una y otra.
107. Respecto al literal j) del artículo 66, teniendo en cuenta los alegatos de la parte demandante y estando a que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma de rango legal es la última ratio en el control abstracto de constitucionalidad, este Tribunal considera que dicha cláusula puede ser interpretada conforme con la Constitución, esto con la finalidad de otorgar una interpretación razonable a dicha disposición que permita alejar su aplicación de un uso arbitrario de la potestad sancionadora municipal. Así, a fin de garantizar adecuadamente el derecho al trabajo y la libertad de comercio, el Tribunal Constitucional interpreta como constitucional el literal j) del artículo 66, siempre que la sanción de anulación del permiso de operación se sustente en la comisión de una de las infracciones muy graves listadas en el anexo 3 de la Ordenanza 0186/MDSA y sin la aplicación de medidas complementarias o preventivas.
108. Como ya se ha observado, el derecho al trabajo protege también a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce. No obstante, este derecho debe ser ejercido sin afectar otros derechos o principios constitucionales.

109. Por último, se aprecia que las causales que generan las consecuencias sancionatorias tienen el claro objetivo de procurar la defensa de derechos fundamentales y en consecuencia no resultan contrarios a la Constitución ni vulneran el derecho al trabajo cuyo contenido se desarrollara *supra*.
110. En conclusión, no puede considerarse que tal dispositivo legal sea inconstitucional por lo que la demanda debe ser desestimada en este punto.

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 e **INCONSTITUCIONAL** la parte final del artículo 34.3 de la Ordenanza 0186/MDSA, en cuanto dispone que “Se dará el plazo de un año después de la publicación de la presente ordenanza, para reemplazar las flotas vehiculares por unidades, conforme lo indicado en el anexo II”.
2. **INTERPRÉTESE** el literal j, del artículo 66 de la Ordenanza 0186/MDSA como constitucional siempre que la sanción de anulación del permiso de operación se sustente en la comisión de una de las infracciones muy graves listadas en el anexo 3 de la Ordenanza 0186/MDSA y sin la aplicación de medidas complementarias o preventivas.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el resto de los extremos que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Me encuentro de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente causa, en la medida que se declara fundada la demanda en lo concerniente a la parte final del artículo 34.3 y se interpreta de conformidad con la Constitución el literal j, del artículo 66, ambas disposiciones de la Ordenanza Municipal 0186/MDSA, que regula el servicio de transporte público especial de pasajeros y carga en vehículos menores en el distrito de Santa Anita. También estoy de acuerdo en declarar infundados los demás extremos de la demanda, por las razones que aparecen en la sentencia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 25 de mayo de 2020

RAZÓN DE RELATORÍA

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Administrativo y Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 26 de mayo de 2020, se votó el Expediente 00023-2018-PI/TC, aprobándose por mayoría el proyecto de sentencia presentado por el magistrado ponente Ramos Nuñez, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada y los votos singulares de la magistrada Ledesma Narvaez y el magistrado Miranda Canales.

Conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 48 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, modificado por la Resolución Administrativa 056-2020-P/TC, publicada el 25 de abril de 2020 en el diario oficial *El Peruano*, el Pleno del Tribunal Constitucional, por acuerdo tomado en la sesión no presencial del 2 de julio de 2020, autorizó que se publique el texto de la ponencia y los votos mencionados supra, que serán suscritos por los magistrados en su oportunidad para su notificación.

Lima, 3 de julio de 2020

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00023-2018-PI/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

26 de mayo de 2020

Caso Ley de Reforma Magisterial 4

**COLEGIO DE PROFESORES DEL PERÚ
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Asunto

**Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 35, inciso “a”,
y 63 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial**

Magistrados firmantes:

**SS.
FERRERO COSTA
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

TABLA DE CONTENIDOS

Normas impugnadas	Parámetro de control
Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial - artículo 35, inciso "a" - artículo 63	Constitución: - artículo 1 - artículo 2, inciso 2 - artículo 26

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

B.1 DEMANDA

B.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

§2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

§3. DEBER PROGRESIVO DE INCREMENTAR LA CTS DE LOS MAESTROS

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de mayo de 2020, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Miranda Canales.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 28 de setiembre de 2018, el Colegio de Profesores del Perú interpuso una demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declaren inconstitucionales los artículos 35, inciso “a”, 63 y 78 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial. Alega la vulneración de los artículos 1, 2 (inciso 2), 26, 38, y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como de los artículos 1, 2, 7 y 21 (inciso 2), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con fecha 16 de octubre de 2018, este Tribunal admitió a trámite la demanda respecto a los artículos 35, inciso “a”, y 63 de la Ley 29944, y la declaró improcedente en el extremo referido al artículo 78, toda vez que en la Sentencia 0021-2012-PI/TC se confirmó su constitucionalidad, existiendo, en consecuencia, cosa juzgada sobre la materia.

Por su parte, con fecha 29 de enero de 2019, la apoderada especial del Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B.1 DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El Colegio de Profesores del Perú sostiene que el artículo 35, inciso “a”, de la Ley 29944 es inconstitucional, toda vez que, a pesar de que se realiza un concurso, permite que el director regional de Educación designe al director de Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) ignorando a quien salió ganador de este, lo que constituye un acto discriminatorio.

- Manifiesta que los profesionales de educación que participan en los concursos públicos de acceso al cargo de director de UGEL lo hacen dentro del marco de una política de Estado de meritocracia en el acceso a dichos cargos públicos, en condiciones de igualdad entre todos los postulantes.
- Sin embargo, se consuma un acto administrativo de discriminación cuando se le otorga la potestad de elección al director regional de Educación para elegir entre los postulantes mejor calificados al director de la UGEL.
- Para el demandante, esto significa que lograr ocupar el primer puesto en el concurso público de méritos no asegura ocupar el cargo de director de UGEL, por lo que se consuma un agravio a la dignidad humana del profesional de educación postulante, ya que los resultados son públicos.
- Señala, además, que este Tribunal ha reconocido en la Sentencia 05057-2013-PA/TC que, si bien el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad no se encuentra expresamente señalado en el catálogo de derechos de la Constitución, forma parte de nuestro ordenamiento constitucional al estar reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado forma parte.
- Por tales razones, el colegio demandante considera que la norma cuestionada vulnera los artículos 1 y 2 (inciso 2) de la Constitución, así como los artículos 1, 2, 7 y 21 (inciso 2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y solicita que se reconozca el esfuerzo del profesional de educación postulante que ocupó el primer puesto y que no sea discriminado por decisión del director regional de Educación.
- Por otro lado, respecto al artículo 63, el demandante señala que limitar la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) hasta por un máximo de treinta años de servicios, y restringirla a un máximo del 14 % de la Remuneración Íntegra Mensual (RIM), contraviene los artículos 1, 2 (inciso 2), 26 y 38 de la Constitución, y los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Alega que el Tribunal ha precisado que el principio de igualdad protege a todos los ciudadanos, estableciendo el derecho fundamental a recibir un trato idéntico respecto a otros que estén en la misma condición, y solicita que se les reconozca una CTS por todo el tiempo trabajado, así como se hace en otros regímenes de trabajadores públicos.
- Asimismo, alega que la referida disposición desconoce el carácter irrenunciable de los derechos laborales, reconocido por este Tribunal en la Sentencia 02637-2006-AA. Agrega que en la Sentencia 03052-2009-PA se ha precisado que la CTS tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo. Por tales razones, el colegio demandante considera que la norma cuestionada es inconstitucional.

B.2 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- La apoderada especial del Congreso sostiene que la demanda debe declararse infundada al no existir vulneración de los artículos 1, 2 (inciso 2), 26 y 38, ni de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, ni de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Señala que el artículo 1 de la Constitución establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que se concluye que el sistema se construye sobre la base de la dignidad del ser humano, pero ello no habilita su invocación a un ámbito indeterminado, como ocurre en el caso planteado por el demandante.
- Sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 35, señala que el principio de igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector del Estado social y democrático. Sin embargo, no toda desigualdad constituye necesariamente discriminación, es decir, no se vulnera el principio de igualdad cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.
- En el presente caso, la apoderada especial del Congreso señala que en la disposición impugnada no se manifiesta un trato discriminatorio, toda vez que el cargo de director de UGEL es de confianza, razón por la cual se justifica que exista una designación.
- Además, se establecen criterios subjetivos y objetivos, pues, si bien la norma hace referencia a la naturaleza del cargo como uno de confianza, este debe ser elegido entre los postulantes mejor calificados en un concurso público, por lo que la ley impone también un requisito objetivo.
- En conclusión, alega que se establece un trato diferenciado, pero sobre una base objetiva y subjetiva, y que la designación se justifica por tratarse de un cargo de confianza. Por tanto, señala que corresponde desestimar este extremo de la demanda.
- Sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 63, la apoderada especial del demandado señala que reconocer la CTS del trabajador docente con un máximo de treinta años no es un límite que restrinja los derechos laborales del trabajador establecidos en la Constitución, sino que es un límite destinado a uniformizar y asegurar el pago de dicho beneficio social.
- Asimismo, alega que los demandantes no han señalado en qué sentido se contravienen los principios de la relación laboral consagrados en el artículo 26 de la Constitución, por lo que considera que la demanda debe ser desestimada en ese extremo.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. La demanda ha sido presentada con el objeto de que se declaren inconstitucionales los artículos 35, inciso “a”, y 63 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial. Dichas disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 35. Cargos del Área de Gestión Institucional

Los cargos del Área de Gestión Institucional son los siguientes:

- a) Director de Unidad de Gestión Educativa Local

Es un cargo de confianza del Director Regional de Educación, al que se accede por designación entre los postulantes mejor calificados en el correspondiente concurso. El profesor postulante debe estar ubicado entre la quinta y octava escala magisterial.

[...]

Artículo 63. Compensación por tiempo de servicios

El profesor recibe una compensación por tiempo de servicios, la que se otorga al momento de su cese, a razón de catorce por ciento (14 %) de su RIM, por año o fracción mayor a seis (6) meses de servicios oficiales, hasta por un máximo de treinta años de servicios.

§2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

2.1. Sobre la alegada inconstitucionalidad del artículo 35, inciso “a”

2. El Colegio de Profesores del Perú sostiene que el artículo 35, inciso “a”, de la Ley 29944 es inconstitucional, toda vez que, a pesar de que se realiza un concurso, permite que el director regional de Educación designe al director de Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) ignorando a quien salió ganador de este, lo que constituye un acto discriminatorio.
3. Manifiesta que los profesionales de educación que participan en los concursos públicos de acceso al cargo de director de UGEL lo hacen dentro del marco de una política de Estado de meritocracia en el acceso a dichos cargos públicos, en condiciones de igualdad entre todos los postulantes.
4. Sin embargo, se consuma un acto administrativo de discriminación cuando se le otorga la potestad de elección al director regional de Educación para elegir entre los postulantes mejor calificados al director de la UGEL.
5. Para el demandante, esto significa que lograr ocupar el primer puesto en el concurso público de méritos no asegura ocupar el cargo de director de UGEL, por lo que se

consume un agravio a la dignidad humana del profesional de educación postulante, ya que los resultados son públicos.

6. Al respecto, este Tribunal ha señalado en anteriores oportunidades que la Constitución no contiene de forma expresa en su catálogo de derechos el de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho forma parte de nuestro sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos de los que forma parte el Estado peruano.
7. Efectivamente, este se encuentra reconocido en los siguientes tratados que conforman el ordenamiento jurídico peruano:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

[...]

- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

[...]

- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Nota: el artículo 2 establece, entre otras cosas, el compromiso de los Estados parte de garantizar los derechos reconocidos en el referido Pacto “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

8. Asimismo, el inciso 2 del artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
9. En ese orden de ideas, este Tribunal ha señalado, en el fundamento 8 de la Sentencia 05057-2013-PA/TC, que el derecho de acceso a la función pública tiene como

principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general.

10. Por otro lado, en la Sentencia 0020-2012-PI/TC, Caso Ley de Reforma Magisterial 2, el Tribunal se pronunció sobre la importancia de la meritocracia en la carrera magisterial y su vínculo con el derecho a la educación:

56. Una de las variables para lograr la consecución de los propósitos que exige el derecho a la educación lo constituye la instauración de determinados criterios estrictamente objetivos basados en la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional del docente) para el ingreso y la permanencia en la actividad docente o carrera magisterial a fin de lograr la eficiencia plena en la prestación del servicio público esencial de la educación y la calidad de su prestación [...].

57. En efecto, el establecimiento de criterios objetivos como los meritocráticos para el ingreso y la permanencia en la actividad docente coadyuva de manera directa y decidida a la consecución de la idoneidad del profesorado, así como contribuye de manera importante en la mejora de la calidad educativa, fines constitucionalmente legítimos exigidos por el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución.

11. Pero el hecho de que la meritocracia sea fundamental para el Estado no excluye la existencia de cargos de confianza en este. De hecho, la misma Constitución reconoce y permite su existencia al establecer lo siguiente:

Artículo 40.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los **funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza** [...].

Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los **funcionarios del Estado** con poder de decisión y los **que desempeñan cargos de confianza o de dirección**, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional [**negritas agregadas**].

12. Como puede apreciarse, dos artículos de la Constitución hacen referencia expresa a la existencia de funcionarios con cargos de confianza en el Estado, con las correspondientes limitaciones. Esto permite su regulación por parte del legislador.
13. El artículo 42 de la Constitución antes citado distingue entre el personal de confianza y el de dirección en el sector público, aunque los relaciona. Al respecto, este Tribunal, en el fundamento 13 de la Sentencia 03501-2006-AA/TC, realizó una precisión sobre la naturaleza de ambos en el sector privado que resulta igualmente válida para el sector público y conforme con la Constitución, a saber:

La mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien

trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación.

14. A modo referencial, la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, invocada por el demandante, que establece un régimen único y exclusivo para las personas que prestan sus servicios en las entidades públicas del Estado, señala en su artículo 2 que en cualquiera de los grupos en que se encuentran clasificados los servidores civiles de dichas entidades pueden existir servidores de confianza, mientras que su artículo 3 contiene la siguiente definición:

e) **Servidor de confianza.** Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya **permanencia** en el Servicio Civil está **determinada y supeditada a la confianza** por parte **de la persona que lo designó**. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. **Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa.** No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa [**negritas agregadas**].

15. Por su parte, el artículo 8 de dicha ley, que regula el proceso de selección para la incorporación al servicio civil, señala que, en el caso de los servidores de confianza, el proceso de selección se limita al cumplimiento del perfil establecido para el puesto y no requieren aprobar un concurso público de méritos.
16. Por otro lado, este Tribunal, en la Sentencia 03501-2006-AA/TC, señaló de forma genérica que el personal de confianza tiene particularidades que lo diferencian de un trabajador “común”, entre las cuales cabe destacar las siguientes:
- a) La confianza depositada en él por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.
 - b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las cuales lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.
 - c) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.

- d) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, está en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues, de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103 de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.
17. Como puede apreciarse, el servidor de confianza debe ser designado por otro funcionario, y se permite que ello ocurra de manera discrecional. Pero no debe confundirse discrecionalidad con arbitrariedad, pues esta última se encuentra proscriba en toda acción que realice el Estado.
18. Así, no resulta posible nombrar arbitrariamente a cualquier persona como servidor de confianza, sino que es necesario que cumpla con el perfil del puesto fijado por el ente o institución pertinente, es decir, con ciertos requisitos de carácter objetivo considerados indispensables para asegurar que quien desempeñe el cargo de confianza pueda realizar las labores que le sean encomendadas.
19. Lo reseñado hasta este punto aplica en estricto a las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado conforme a la Ley 30057, la cual, en su Primera Disposición Complementaria Final, señala que no están comprendidos en dicha ley los servidores sujetos a carreras especiales, entre las cuales se incluye la carrera pública magisterial normada por la Ley 29944.
20. Sin embargo, este Tribunal advierte que, así como los cargos de confianza se encuentran previstos en el régimen que regula a los servidores civiles, su existencia podría resultar compatible con otros regímenes que regulan carreras especiales. En tal sentido, la definición de lo que es un cargo de confianza en la Ley 30057 resulta pertinente por analogía a falta de una definición similar en la Ley 29944.
21. Por todo lo expuesto, este Tribunal concluye que la existencia de cargos de confianza en el Estado constituye un supuesto de diferenciación expresamente previsto por la Constitución que puede ser regulado por el legislador, aunque ello estará supeditado a la naturaleza del régimen en cuestión y al hecho de que un puesto de confianza sea compatible con este.
22. Así, este Tribunal advierte que la existencia de los cargos de confianza constituye una excepción a la regla general del acceso vía concurso al empleo público, y una limitación constitucional al derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.
23. En el presente caso, se tiene que el cargo de Director de UGEL establecido en el artículo 35, inciso “a”, de la Ley 29944 es un cargo de confianza del director regional de

Educación, de manera que su designación por parte de otro funcionario no constituye un supuesto de discriminación, pues es la naturaleza directoral del cargo y su relación especial con el superior jerárquico lo que determina que el puesto sea uno de confianza.

24. Por otro lado, si bien no existe una obligación legal de realizar un concurso para dicho puesto, el legislador ha hecho uso de sus facultades y ha optado por establecer los siguientes límites a la designación discrecional de un director de UGEL:
- a) Debe existir un concurso.
 - b) Los profesores postulantes deben estar ubicados entre la quinta y octava escala magisterial.
 - c) El director regional de Educación solo podrá designar a alguien que se encuentre entre los postulantes mejor calificados en el concurso.
25. En tal sentido, la medida reduce el nivel de discrecionalidad del funcionario que hace la designación y aumenta la transparencia del procedimiento, asegurando la idoneidad del nombramiento dentro de los límites de la discrecionalidad, pero que la designación misma sea un acto discrecional es conforme con la Constitución, por tratarse de un cargo de confianza.
26. Respecto a la dignidad humana, este Tribunal ha señalado, en el fundamento 217 de la Sentencia 0010-2002-AI/TC, que es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales. El respeto genérico de la dignidad, por el solo hecho de ser tal, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado constitucional y democrático de derecho.
27. Esto implica, principalmente, que un ser humano no debe ser tratado solo como un medio, sino que debe ser tratado como un fin en sí mismo. La dignidad es inherente a la persona y le es inalienable. En tal sentido, este Tribunal no encuentra razón por la cual la publicación del resultado de un concurso que permite la designación de una persona a un cargo de confianza afecte la dignidad humana.
28. Por las razones expresadas, este Tribunal debe rechazar el extremo de la demanda referido al artículo 35, inciso “a”, de la Ley 29944, el cual queda confirmado en su constitucionalidad.

2.2. Sobre la alegada inconstitucionalidad del artículo 63

29. En relación con el artículo 63 de la Ley 29944, el Colegio de Profesores del Perú señala que limitar la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) hasta por un máximo de treinta años de servicios, y restringirla al 14 % de la Remuneración Íntegra Mensual (RIM) contraviene los artículos 1, 2 (inciso 2), 26 y 38 de la Constitución, y los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sostiene que la referida disposición desconoce el carácter irrenunciable de los derechos laborales.

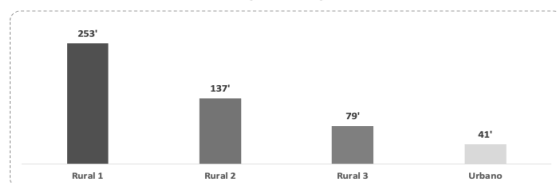
30. Asimismo, señala que el Tribunal ha precisado que el principio de igualdad protege a todos los ciudadanos, estableciendo el derecho fundamental a recibir un trato idéntico respecto a otros que estén en la misma condición, y solicita que se les reconozca una CTS por todo el tiempo trabajado, así como se hace en otros regímenes de trabajadores públicos.
31. El Tribunal, a fin de evaluar la constitucionalidad de la disposición impugnada, determinará, en primer lugar, cuál es la función de la docencia según la Constitución, y, posteriormente, examinará si es que las restricciones contenidas en el artículo 63 suponen (o no) una vulneración de la ley fundamental.
 - a) *La función docente según la Constitución*
32. El artículo 15 de la Constitución, en lo pertinente, establece que “el profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones. El Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes”.
33. Este Tribunal ha vinculado la interpretación del artículo 15 de la Constitución con la necesidad de concebir que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, la educación adquiere un carácter significativo, ya que de esta disposición se desprende una preocupación relacionada con la calidad con que ella se brinda. De hecho, esto es aún más evidente cuando se destaca el especial cuidado respecto del magisterio, cuyos integrantes deben ser evaluados y capacitados constantemente [cfr. STC 0008-2008-PI, fundamento 21].
34. La relación que tanto la norma fundamental como la jurisprudencia de este Tribunal han identificado entre educación y magisterio permite, a su vez, advertir que el Estado tiene la obligación de crear las condiciones necesarias para que esta profesión pueda ser ejercida adecuadamente. En ese sentido, se ha indicado que no basta, en una sociedad democrática, que se garantice el respeto de la libertad de enseñanza, sino de que también es necesario que se financie la cantidad “necesaria de instituciones educativas al servicio de toda la población, destinando recursos a la mejora de la situación en la que los docentes y administrativos realizan sus labores, como a la infraestructura y avance tecnológico de tales centros, que resultan ser en la actualidad condiciones básicas de funcionamiento de estos” [STC 00853-2015-PA, fundamento 16].
35. Evidentemente, cuando este Tribunal se ha referido a la necesidad de destinar recursos para la mejora de la situación docente, se refiere a múltiples factores, entre ellos la necesidad de contar con un sueldo adecuado para la elevada función que realizan, así como del otorgamiento, como ocurre en otras profesiones, de distintos beneficios sociales. Esto es necesario no solo para retribuir al docente por la función a la que se dedica, sino porque además se requiere que el magisterio sea una posibilidad atractiva como profesión para la población.

36. La vinculación existente entre la calidad del magisterio y el derecho a la educación se torna, en consecuencia, manifiesta. Se ha indicado, en ese sentido, que “son los docentes quienes más aportan a la experiencia diaria de los niños en la escuela. Una educación de calidad, que atrae la participación de los niños, depende del compromiso, entusiasmo, creatividad y capacidad de los docentes” [Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (2008). Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos. Nueva York: Unicef, pág. 93].
37. Ahora bien, para este Tribunal las buenas intenciones de quienes ejercen la docencia no son, en muchas ocasiones, suficientes para garantizar la calidad del servicio educativo. Y es que, particularmente en países como el nuestro, convergen distintos factores externos a la capacidad del docente que, ciertamente, influyen en la calidad de la enseñanza. En efecto, hace no mucho tiempo se ha declarado el “estado de cosas inconstitucional” de la educación rural, y en dicho pronunciamiento se enfatizaron los problemas estructurales que los niños y niñas afrontan para poder obtener una enseñanza de calidad [STC 00853-2015-PA].
38. En el caso concreto de las personas que ejercen la docencia, dicha situación, como se comprenderá, es bastante similar. No solo los alumnos tienen, en algunos casos, que enfrentar distintos obstáculos para poder gozar de una educación adecuada. La lejanía de los centros educativos es, también, un importante elemento externo que dificulta el ejercicio de la labor docente. Por ejemplo, para el año 2018, el Ministerio de Educación reportó el tiempo promedio que, según el tipo de ruralidad, le toma al profesor para trasladarse desde su vivienda principal hasta la institución educativa en la que labora:

Bienestar Docente

Tiempo de traslado desde su vivienda principal hasta la I.E. donde labora (solo trayecto de ida)

**Tiempo promedio según tipo de ruralidad
(minutos)**



- **Rural tipo 1:** IIEE en centros poblados con máximo 500 habitantes, ubicadas a más de dos horas de distancia de la capital provincial más cercana.
- **Rural tipo 2:** IIEE en centros poblados con población máxima de 500 habitantes y a una distancia mayor a 30 minutos y a un máximo de 2 horas de la capital de provincia más cercana; o más de 500 habitantes, a más de 2 horas de la capital más cercana.
- **Rural tipo 3:** IIEE en centro poblado con más de 500 habitantes, a máximo 2 horas de la capital de provincia más cercana; o máximo de 2 mil habitantes y máximo a 30 minutos de distancia de la capital más cercana.

Nota: Datos referenciales, el diseño de la encuesta no contempla inferencias por clasificación de ruralidad (rural 1, rural 2, rural 3).
Fuente: MINEDU - Encuesta Nacional a Docentes de Instituciones Educativas Públicas y Privadas (ENODI), 2018.

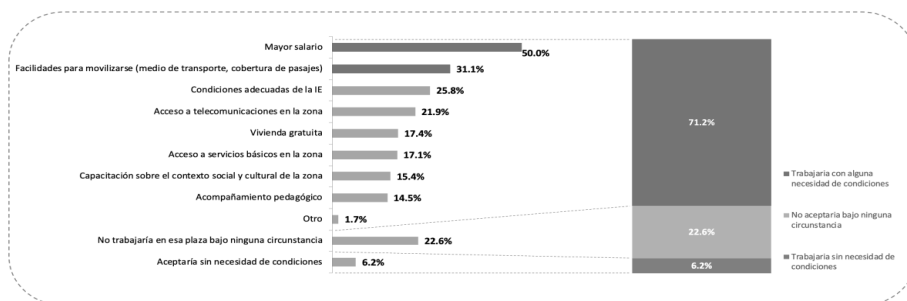
39. El ejercicio de la función docente no implica, pues, únicamente el efectivo dictado de clase en las aulas. Como se puede apreciar, también involucra una considerable cantidad de inversión de tiempo, y no solo en el traslado hacia el centro educativo (cuestión que, como se advirtió en el cuadro *supra*, es especialmente problemática en el entorno

rural) sino, además, en lo que supone la preparación de las clases. Esto no solo supone que el profesor deba tener preparada la clase a impartir, sino que tendrá que, además, capacitarse recurrentemente para ejercer con prolijidad su labor. Se trata, pues, de un esfuerzo encomiable que, al igual que ocurre en muchas profesiones, demanda una considerable cantidad de tiempo.

40. Esto supone, tal y como ocurre con el resto de profesiones, que la labor docente deba ser retribuida con un salario digno y con el otorgamiento de beneficios y derechos que garanticen que pueda enfrentar alguna contingencia futura. En este rubro se encuentran el derecho a gozar de una pensión adecuada y el otorgamiento de una Compensación de Tiempo de Servicios, entre otros que habilita la normatividad nacional.
41. Ciertamente, distintas barreras impiden que, en muchas ocasiones, el servicio educativo sea el más óptimo. En todo caso, es importante destacar que estos factores no solamente inciden o afectan únicamente a los escolares, sino que también tienen un impacto directo en la situación de los docentes. Si, en la STC 00853-2015-PA, este Tribunal evidenció la problemática educativa en relación con los estudiantes, en esta oportunidad le corresponde advertir el otro lado del servicio, esto es, la función docente.
42. De esta forma, si se advierte, por ejemplo, la situación existente en las instituciones educativas rurales, se podrá advertir que, en muchas condiciones, son factores externos al mismo desarrollo del proceso educativo los que originan que los docentes prefieran efectuar la docencia en el sector urbano. En ese sentido, elementos como la retribución económica, las facilidades de acceso al centro educativo, o las condiciones adecuadas son los que más se toman en cuenta por los profesores al decidir un eventual traslado a una institución educativa rural. Ello refleja que la calidad del proceso educativo dependerá, también, de las facilidades que se otorguen a los profesores para desarrollar sus lecciones.

Atracción Docente

Bajo que condiciones aceptaría trabajar en una I.E. Rural (considere rural en un centro poblado pequeño, a más de 4 horas de distancia de la capital provincial)



Fuente: MINEDU - Encuesta Nacional a Docentes de Instituciones Educativas Públicas y Privadas (ENDI), 2018.

p504

43. El otorgamiento de una justa y adecuada remuneración para los profesores se constituye, así, como una cuestión que deben atender prioritariamente los poderes públicos, ya que ello se encuentra estrictamente vinculado con la *disponibilidad* de la educación. Se ha indicado, sobre ello, que las condiciones para el funcionamiento adecuado de los centros de enseñanza dependen de numerosos factores, entre los que debe considerarse el hecho de contar con docentes calificados con sueldos competitivos [*Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, El Derecho a la Educación (artículo 13), párr. 6.a].
44. En esta misma línea, el Ministerio de Educación entiende que no es “posible mejorar la educación del país si no se adopta una estrategia que ataque a diversos aspectos (docentes, infraestructura, tecnología, información, seguridad, etc.)” [Ministerio de Educación (2017). Perú, ¿cómo vamos en educación? Pág. 126]. Se trata, pues, de cuestiones indisolublemente unidas. La calidad de la educación se relaciona, entre otras cosas, con el otorgamiento de condiciones dignas para el ejercicio de la labor docente.
45. Dentro de esta estrategia general a la que alude el Ministerio de Educación se encuentra, qué duda cabe, el aspecto vinculado con el salario y los beneficios sociales. En este caso se ha planteado la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 29944, ya que, según sostienen los demandantes, se han vulnerado distintos artículos de la Constitución al limitar la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) hasta por un máximo de treinta años de servicios, cuestión que, según indican, también incide en la función docente.
- b) *La constitucionalidad de la limitación del cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios en relación con la función docente*
46. Como se ha indicado, la parte demandante ha impugnado la inconstitucionalidad de la limitación de 30 años que dispone la Ley 29944. El Congreso de la República, por su parte, sostiene que se trata de una limitación constitucionalmente válida, en la medida en que esa restricción se encuentra dentro del marco de sus competencias, y que, además, se ha realizado por ley, fuente del derecho autorizada para esa operación.
47. Este Tribunal ha estimado, a lo largo de su jurisprudencia, que la Compensación por Tiempos de Servicios funciona como una suerte de ahorro forzoso que permite cubrir distintas eventualidades frente a la pérdida del empleo, por lo que es posible asignarle un carácter previsional [STC 03052-2009-PA, fundamento 22]. De este modo, su correcto pago garantiza que el esfuerzo y las energías que el trabajador ha desplegado tengan una retribución que se concreta en el momento en que se queda sin empleo. Su finalidad, pues, permite enfrentar futuras contingencias que pongan en peligro su subsistencia en el caso en que se culmine la relación laboral.
48. Ahora bien, aunque se trata de un instrumento internacional no ratificado por el Estado peruano, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (*Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo*) también permite una aproximación a este concepto. Así, su artículo 12 dispone que el trabajador tiene derecho “a una

indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario”.

49. También se ha precisado que ostenta la calidad de un beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese del vínculo laboral, por lo que su pago debe ser efectuado de forma directa al trabajador, siendo, en principio, intangible e inembargable [STC 0665-2007-PA/TC, fundamento 14]. El artículo 24 de la Constitución, advirtiendo también su importancia, dispone que su pago tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.
50. El cese del vínculo laboral puede presentarse mientras que la persona se encuentre dentro de la Población Económicamente Activa (PEA), como en el supuesto en que haya cumplido la edad para el pase al retiro. En este segundo caso, la Compensación de Tiempo de Servicios permite al adulto mayor a afrontar las contingencias económicas fruto del hecho de que ya no va a percibir una remuneración. Se presenta, así, como un elemento importante para que este pueda desarrollar, durante su vejez, un proyecto de vida acorde con sus intereses.
51. Ciertamente, la configuración de los requisitos para el otorgamiento de beneficios sociales es una competencia que corresponde en principio al legislador, el cual la ha ejercido considerando distintos factores. De hecho, como se conoce, incluso en algunos casos la normatividad excluye su otorgamiento, tal y como se puede apreciar, por ejemplo, en el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempos de Servicios (Decreto Supremo 001-97-TR, artículo 6). Sin embargo, el hecho que se otorgue un considerable margen de maniobra a los poderes públicos en su desarrollo no supone, sin más, la creación de una zona exenta de control constitucional.
52. En efecto, en su jurisprudencia este Tribunal ha hecho referencia constante al denominado principio de la “libre configuración del legislador”, según al cual se dota al Congreso de la atribución de ser un órgano relevante para el desarrollo de los derechos constitucionales o de los preceptos contenidos en la ley fundamental. Es por ello que el análisis de su producto (materializado en la ley) demanda de la justicia constitucional ciertas consideraciones a la hora de ejercer su labor de control, y ello en la medida en que se trata de un conjunto de disposiciones aprobadas por un órgano democráticamente electo [*cf.* Ferrres Comella, Víctor (2012). Justicia constitucional y democracia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 22].
53. Sin embargo, también se ha recordado que esta capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, “de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales” [STC 1417-2005-PA, fundamento 12]. A ello puede agregarse que dicho margen de acción también se encuentra condicionado por la existencia de otros preceptos que, si bien no se instituyen directamente como derechos fundamentales, sí permiten el desarrollo de otros bienes y principio reconocidos en la Constitución.

54. Ahora bien, ha sido común, particularmente en distintos estudios a nivel de la doctrina, que se estime que los denominados derechos sociales (y, con mayor medida, los beneficios sociales) son, en esencia, facultades que se encuentran a merced del legislador. Esto implica, como no podía ser de otro modo, que no se encontrarían revestidos de las mismas garantías que los derechos civiles o los políticos, por lo que se afirmaría que estos derechos “a diferencia de los derechos en serio, son derechos de libre configuración legislativa, esto es que su realización depende de lo que el legislador de turno decida hacer o no hacer con ellos, sin que pueda imponérseles mayores límites o vínculos al respecto” [Pisarello, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, pág. 79].
55. Esta lectura de los derechos sociales (y, también, de los beneficios a los que alude la ley fundamental) como simples atributos a ser desarrollados por el legislador de turno no solo implica la inobservancia del principio de interdependencia de los derechos constitucionales, sino que además supone, en los hechos, concebir a estos atributos de la persona como colocados íntegramente a disposición de los poderes públicos, lectura que no se condice con el cuadro de principios y valores que dimanar de la ley fundamental.
56. En este caso particular, el artículo 63 de la Ley 29944, al desarrollar la forma del pago de la Compensación de Tiempo de Servicios, establece un límite de 30 años para su cálculo. El Congreso, en su escrito de contestación de demanda, ha alegado que ello obedece al libre marco que la Constitución le permite.
57. Para este Tribunal no pasa desapercibido el hecho que el otorgamiento de la Compensación por Tiempo de Servicios no tiene que ser, necesariamente, brindado en similares términos para todos los oficios, ya que existen distintas funciones y regímenes laborales que, como ocurre en la realidad, justifican la adopción de un tratamiento diferenciado.
58. Sin embargo, es posible advertir que, en lo que se relaciona con el pago de la Compensación por Tiempos de Servicios en el caso particular de docentes, confluyen una serie de variables que no pueden ser ignoradas a efectos de determinar la constitucionalidad de la fórmula empleada por el legislador, en la medida en que estas pueden incidir en la situación de las personas adultas mayores que han culminado, particularmente por razones de edad, su vínculo laboral.
59. En efecto, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 29944, se presentan dos variables que caracterizan el pago de la Compensación por Tiempos de Servicios a los profesores: a) se otorga, al momento de su cese, a razón de catorce por ciento (14%) de su Remuneración Integral Mensual, por año o fracción mayor a seis (6) meses de servicios oficiales, y b) hasta por un máximo de treinta años de servicios.
60. En relación con el primer elemento, el artículo 124 de la Ley 29944 dispone que la Remuneración Integral Mensual es aquella cuya percepción “es regular en su monto, permanente en el tiempo y se otorga con carácter general para todos los profesores

de la Carrera Pública Magisterial, según la escala magisterial alcanzada y la jornada de trabajo”. Este es el concepto que, al momento del cese, se toma en consideración para el cálculo de la Compensación por Tiempos de Servicios, aunque la ley limita el cálculo al catorce por ciento (14%), a diferencia de lo que ocurre en otros regímenes laborales, en muchos de los cuales se reconoce para el cómputo el cien por ciento de la remuneración (100%).

61. Por otro lado, la ley también introduce, aparte de la cantidad del catorce por ciento, otro criterio para el cálculo del pago de la Compensación de Tiempo de Servicios, y que consiste que solo se contabilizará hasta un límite máximo de treinta años de servicios.
62. En su escrito de demanda, la parte demandante, a fin de sustentar la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 29944, considera distintos ejemplos, como lo que ocurre con el pago de la Compensación por Tiempos de Servicios en la Policía Nacional, en el régimen de la Ley del Servicio Civil, y con la recientemente publicada Ley 30931 para los trabajadores de EsSalud, en los que no se presentan ninguna de las restricciones que han sido introducidas en la disposición impugnada.
63. Ahora bien, el Tribunal considera que la sola invocación de estos términos de comparación no resultaría suficiente para estimar la existencia de una vulneración del principio de igualdad, en la medida en que la Constitución no impone, para el otorgamiento del pago de la Compensación de Tiempos de Servicios, la necesidad de un régimen uniforme, lo cual obedece a la existencia de distintos labores y profesiones.
64. En efecto, se ha señalado en reiteradas oportunidades que el principio de igualdad no supone necesariamente un tratamiento homogéneo, puesto que es constitucionalmente lícito el trato diferenciado cuando este se encuentra justificado, de manera que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. Existirá discriminación cuando, para supuestos iguales, se hayan previsto consecuencias jurídicas distintas, o cuando se haya realizado un trato semejante a situaciones desiguales y siempre que, para cualquiera de los dos casos, no exista justificación [Sentencias 0007-2003-AI/TC, 0015-2011-PI/TC, 0025-2013-PI/TC, 02437-2013-PA/TC, entre otras].
65. En todo caso, el único punto que, en abstracto, podrían tener tanto los profesores como los profesionales que han sido expuestos como término de comparación sería el que tienen como empleador común al Estado. Ahora bien, no ignora este Tribunal que, con la aprobación de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, se han adoptado distintas medidas para establecer un régimen único y exclusivo para las personas que, principalmente, prestan servicios en las entidades públicas del Estado, las cuales, sin embargo, excluyen a los servidores que integran la Ley de Reforma Magisterial. En efecto, de acuerdo con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057, las carreras especiales que no forman parte de la Ley de Servicio Civil son las siguientes:

- a) Ley 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República
 - b) Ley 23733, Ley Universitaria
 - c) Ley 23536, “Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud”
 - d) Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial
 - e) Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas
 - f) Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú
 - g) Ley 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria
 - h) Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público
66. De esta forma, bien podría concluir este Tribunal que los casos presentados como término de comparación no califican como tales porque las funciones desarrolladas por policías, servidores civiles, y trabajadores de EsSalud son de diferente naturaleza a las realizadas por los profesores. A lo que habría que añadirse que este trato diferenciado se encontraría habilitado por la propia Ley de Servicio Civil.
67. Ahora bien, es cierto que la Compensación de Tiempo de Servicios es un beneficio introducido por el legislador con el propósito que el trabajador pueda enfrentar contingencias futuras una vez culminado el vínculo laboral. Del mismo modo, también lo es que cuenta con un apreciable margen para su configuración. Sin embargo, de ello no se desprende que se pueda brindar tratos que supongan la introducción de una manifiesta diferenciación en torno a su otorgamiento, independientemente de que las funciones ejercidas no sean, necesariamente, las mismas. Y es que, aunque no se trate de oficios estrictamente similares, sí tienen en común el despliegue de un considerable esfuerzo por parte del trabajador, el cual debe ser retribuido en condiciones justas y proporcionales.
68. Es así que, por ejemplo, si bien el legislador puede establecer diferenciaciones respecto de la fórmula del cálculo de la Compensación de Tiempo de Servicios, ello no puede conducir al punto que, bajo la lógica de la existencia de un término de comparación inválido, se pierda cualquier punto de referencia respecto al goce del beneficio brindado. Evidentemente, ello tiene que ver con el beneficio o derecho que se deja de percibir. En este caso, como se ha indicado *supra*, el otorgamiento de la Compensación por Tiempo de Servicios, sobre todo para las personas que cumplen más de treinta años en la función, supone un importante ingreso que le permitirá solventar su situación económica durante su vejez.
69. En ese sentido, la vulneración de la Constitución en este caso se realizaría por una *acción insuficiente*. Ello supone que el órgano estatal ha adoptado una medida conducente a la garantía de un derecho o el desarrollo de algún precepto constitucional, pero

que la misma no es idónea para su adecuada tutela. Por ello, corresponde examinar si es que, pese al otorgamiento de la Compensación por Tiempo de Servicios a favor de los profesores, se ha configurado una vulneración de la ley fundamental, en la medida en que no se otorga, de manera suficiente, un beneficio que es indispensable para enfrentar la contingencia del cese del vínculo laboral, particularmente durante la vejez.

70. Ahora bien, para este Tribunal, el análisis de la constitucionalidad en el extremo que fue objeto de impugnación no solo depende del límite de tiempo introducido por el legislador, sino también del porcentaje de la Remuneración Integra Mensual que ha sido determinado en el artículo 63 de la Ley 29944.
71. Al respecto, es posible advertir que la introducción del límite de los años que serán objeto de cálculo para el pago de la Compensación de Tiempos de Servicios, para el caso de los profesores, no atiende una manifiesta realidad que se presenta particularmente en distintas zonas rurales del país, y que tiene que ver con el hecho que ellos ejercen la docencia desde una temprana edad. En efecto, de conformidad con la disposición impugnada, si una persona se inicia en la docencia, por ejemplo, a los treinta (30) años, al llegar a los 65 (fecha que, de conformidad con la ley, supone su retiro), tendrá en su haber treinta y cinco años de servicios, lo cual supondrá que, en el cálculo respectivo, no se computen cinco años efectivamente laborados. Evidentemente, mayor será el tiempo no computado si es que ingresa a este oficio con una edad menor, cuestión que se ha presentado en algunas instituciones educativas del país.
72. En ese sentido, y de conformidad con la información contenida en la Encuesta a Docentes del año 2014, efectuada por el Consejo Nacional de Educación, en el ámbito rural el 31.4% de los docentes de Educación Inicial cuentan con una edad inferior a 35 años. En el caso de los que brindan enseñanza en Educación Primaria son el 18%, y en la Educación Secundaria representan el 28.6%. En el sector urbano, aunque en porcentajes menores, también se supera por lo general el 10%. Esto implica que existe un significativo grupo de docentes que, pese a iniciar la docencia en una edad más temprana, no serán beneficiados por un pago de Compensación de Tiempo de Servicios acorde al tiempo efectivamente laborado.
73. Estas cifras pueden ser complementadas con los datos brindados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática en el año 2017. De acuerdo con esa información, los docentes, por grupos de edad, podían ser agrupados de la siguiente manera: el 48,5% tiene de 30 a 45 años de edad, 40,6% de 46 a más años y el 10,9% son menores de 30 años [información obtenida de: <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/mas-de-medio-millon-de-maestros-en-el-peru-celebran-su-dia-9833/>]. Este último porcentaje del 10.9% se incrementará si es que se considera al rango de docentes que oscilan entre los 31 y 34 años, los cuales, según la disposición impugnada, tampoco podrían computar años efectivos de servicios más allá del límite impuesto por la disposición impugnada.
74. Ahora bien, no solo debe valorarse este factor para evaluar la constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 29444. Este Tribunal también observa que, aunado a ese

elemento, se reconoce únicamente el 14% de la Remuneración Integra Mensual para el cómputo de la Compensación por Tiempo de Servicios. Para este supremo intérprete de la Constitución, estos dos factores, en su conjunto, permiten apreciar que, en los hechos, se ha introducido una diferenciación que supera cualquier margen razonable de libre configuración que pudiese ostentar el legislador para el otorgamiento de beneficios sociales.

75. En los fundamentos de esta decisión se ha advertido que el pago de la Compensación de Tiempo de Servicios se encuentra vinculado con la posibilidad de dispensar de condiciones adecuadas al trabajador frente a la contingencia que supone la culminación del vínculo laboral. Esto puede ocurrir, evidentemente, en una edad en la que aún se pueda obtener un empleo o al llegar a la edad de retiro. Lo que, en todo caso, no puede evadir este Tribunal es que se trata de un beneficio que, generalmente, está asociado al tiempo efectivamente laborado, y que le permite al trabajador, particularmente cuando ya no forma parte de la PEA, de contar con un fondo que le permita materializar un proyecto digno de vida.
76. Sobre ello, es pertinente recordar que la fórmula de la progresividad en el gasto no debe ser entendida de forma indeterminada o incierta, ya que, como se ha sostenido en otra oportunidad, ello podría servir como un alegato para la inacción estatal, por lo que ella “no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas” [STC 02016-2004-PA/TC, fundamento 35].
77. Ahora bien, en esta sentencia se ha indicado que el solo establecimiento de un régimen diferenciado para el cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios no es, en sí misma, contraria a la Constitución, ya que puede obedecer a la existencia de factores objetivos que justifiquen el trato diferenciado dispensado por el legislador. Esto supone, evidentemente, que no existe una *obligación constitucional* de otorgar, en las mismas condiciones, una Compensación de Tiempo de Servicios para todos los oficios y para cualquier régimen.
78. Sin embargo, ello no puede autorizar a al órgano legislativo a introducir medidas que no solo supongan una drástica diferenciación en cuanto al otorgamiento de un beneficio que recibe otro trabajador (independientemente de las características del mismo), sino que además supongan una seria merma que pueda afectar su economía una vez culminado el vínculo laboral, cuestión que no es irrelevante desde una perspectiva constitucional cuando se trata de aquellas personas que sostienen el régimen educativo de un país.
79. De este modo, una fórmula que implica el cómputo de la Compensación de Tiempo de Servicios considerando el límite de 30 años de servicios (aunque, en los hechos, se haya laborado por una cantidad mayor de tiempo), aunado al hecho que solo se tome en consideración para el cálculo el 14% de la Remuneración Integra Mensual, es claramente contraria a la Constitución.

80. Evidentemente, este Tribunal no es el competente para determinar la fórmula exacta para el cómputo del pago de la Compensación de Tiempo de Servicios para los profesores. Nuestra función radica en determinar si es que las fórmulas adoptadas por los poderes públicos ingresan (o no) dentro del margen de lo *constitucionalmente prohibido*. Serán los órganos competentes, esto es, tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo, los que, al desarrollar la configuración de beneficios sociales para el profesor -particularmente durante su vejez- deban evaluar la introducción de medidas que no supongan una vulneración de las obligaciones que dimanen de la norma fundamental.
81. Por lo expuesto, se debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 29944 en el extremo relativo a la expresión “hasta por un máximo de treinta años de servicios”, por lo que corresponde declarar fundada la demanda en este punto.

3. Efectos de la sentencia

82. Se ha declarado en esta sentencia que el artículo 63 de la Ley 29944 es inconstitucional en el extremo relativo a la expresión “hasta por un máximo de treinta años de servicios”, ya que esta fórmula de cálculo, aunado al hecho que solo se tome como referencia al 14% de la Remuneración Integra Mensual, suponía una acción insuficiente para proteger a los profesores durante la contingencia que supone la finalización de un vínculo laboral, especialmente durante la vejez.
83. De esta forma, una vez que surta efectos esta decisión, el cómputo del pago de la Compensación de Tiempo de Servicios no debe considerar la cantidad límite de treinta (30) años. Evidentemente, lo aquí decidido no es un impedimento para que los órganos competentes puedan implementar una fórmula de cálculo que, por un lado, se encuentre dentro de lo *constitucionalmente permitido* por el legislador, y que, por otro, pueda suponer la adopción de medidas que se materialicen en un adecuado sistema de salvaguarda ante la contingencia de la culminación de la relación laboral.
84. Es importante también precisar que esta sentencia, como se desprende del Código Procesal Constitucional, no habilita a que se presenten acciones o reclamos por los actos que se hayan consumado mientras la disposición impugnada estuvo en vigor.

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. En consecuencia, se debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 29944 en el extremo relativo a la expresión “hasta por un máximo de treinta años de servicios”.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI**

Si bien concuerdo con la sentencia de autos, considero necesario apartarme del fundamento 9, en cuanto hace referencia a la Sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC (caso conocido como precedente Huatuco), por las razones que paso a exponer:

1. El artículo 2, inciso c de la Ley 29977, Ley de Reforma Magisterial, establece lo siguiente:

“Principio de mérito y capacidad: el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y ascensos en la carrera magisterial se fundamentan en el mérito y la capacidad de los profesores”.

2. Como es de verse, la Ley de Reforma Magisterial, que fue publicada el 25 de noviembre de 2012, ya regulaba el principio de meritocracia para el ingreso y ascenso en la carrera magisterial.
3. En tal sentido, la mención del precedente Huatuco haciendo alusión al principio de meritocracia como sí el Tribunal Constitucional, en la fecha de publicación de dicha sentencia, hubiera establecido tal principio jurisprudencialmente para el ingreso a la carrera pública, resulta intrascendente e innecesaria, pues, como aparece en la norma invocada en el punto 1 que antecedente, este principio ya había sido incorporado por el legislador en la Ley de Reforma Magisterial desde el momento de su dación, que, como se aprecia de la fecha de publicación de misma, es anterior a dicho precedente.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con el fallo y con la fundamentación de la sentencia, pero discrepo con lo siguiente:

En los fundamentos 6 a 9, se hace referencia al derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y a la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013- PA/TC, caso Huatuco Huatuco.

Me aparto de ellos porque en el mencionado proceso emití un voto singular en el que señalé que el derecho al trabajo, a mi criterio, consiste en *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público.*

Esta interpretación alcanza, por supuesto, tanto al ámbito privado como al público, por lo que considero que cualquier creación de derechos específicos para este último sector escapa de ella, aunque se pretenda sustentarla en diversos tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos que solo tienen rango de ley, conforme a una lectura conjunta de los artículos 57 y 200, inciso 4, de la Constitución.

Asimismo, me aparto de los fundamentos 57 a 61 sobre el deber de aumentar progresivamente la compensación por tiempo de servicios de los profesores, ya que si bien no derivan en un punto resolutivo, invocan al legislador para incorporarlo en su agenda, hecho que –conforme he sostenido en reiterados votos– escapa de las competencias de este Tribunal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, discrepo del extremo que declara fundada en parte la demanda, pues, en mi opinión, también debe desestimarse.

Sobre la constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 29944

La sentencia de mayoría declara inconstitucional el artículo 63 de la Ley 29944, en el extremo relativo al cálculo del pago de la compensación del tiempo de servicios de los profesores de la carrera pública magisterial. Según la mayoría, las limitaciones del tope de 30 años de servicios y del 14% de la RIM para determinar la CTS no otorga un beneficio suficiente para cubrir la contingencia del cese en el empleo, sobre todo, de aquellos profesores en edad de retiro, quienes no podrán solventar económicamente, “durante su vejez, un proyecto de vida acorde con sus intereses” o “enfrentar la contingencia del cese laboral, particularmente durante la vejez” (sic).

Sobre el particular, primero, debo señalar que la CTS es un derecho que se configura legalmente; y, en segundo lugar, debe advertirse que es un error confundir los conceptos de CTS y de derecho a la pensión.

Con relación a esto último, entreverar CTS y pensión de jubilación es incompatible con la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La CTS es un beneficio social que tiene como finalidad servir de capital para cubrir la eventualidad del cese en el trabajo, es decir, dar cobertura al trabajador y a su familia en el tiempo del desempleo, nada tiene que ver conceptualmente con la “vejez”, tal como se refiere.

El artículo 1 del Decreto Supremo 001-97-TR, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, es claro al establecer que “La compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia”; y se trata de “una especie de ahorro forzoso que permite cubrir algunas eventualidades frente a la pérdida de trabajo”, según la STC Exp. 03052-2009-PA/TC, fundamento 22. Así es, la CTS no se vincula con la vejez, sino con el cese en el trabajo y la interrupción del ingreso de una remuneración, el cual incumbirá por cierto la situación de renuncia como como de despido arbitrario, y esas realidades son las que la CTS tiene que atender, no otras contingencias sociales.

La vejez es un evento distinto. La vejez, en cuanto tal, tiene otro tratamiento entre las distintas contingencias sociales que cubre institucionalmente el Estado (como también la maternidad, enfermedad, invalidez, accidente, viudez, orfandad, etc.) y se encuentra constitucionalmente garantizada mediante los derechos a la pensión y a la seguridad social en general. De hecho, por ley, según nuestros distintos regímenes de pensiones, la contingencia de la vejez se protege mediante un pago directo y periódico ascendente a un monto suficiente que asegure, en la medida de lo posible, condiciones dignas de vida.

En otras palabras, considero que asignarle propósitos que no le corresponden a la CTS me parece un error, pues en esa línea, así como se cuestiona que la CTS no consideró a las personas que no son parte de PEA o que son adultos mayores, también podría haberse distinguido cualquier otra situación personal desventajosa, lo que implicaría asignarle nuevamente otra naturaleza a la CTS que no ha sido establecido por el legislador en el sistema de la seguridad social.

Por otro lado, acerca del límite del 14% de la RIM y del tope de 30 años de servicios establecidas por la ley debe decirse que ello son parte de las competencias otorgadas por la Constitución al legislador para configurar el beneficio de CTS. La CTS es un derecho de los trabajadores (del sector público o privado) que constituye un “beneficio social” en los términos de la Constitución, cuyo artículo 24 ha consagrado que “El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”.

Este beneficio social necesita de la intermediación de la ley para su concretización. El legislador es el llamado a delimitar sus alcances en tanto que es quien define la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social; sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de los alcances de los derechos, principios y valores constitucionales (cfr. STC Exp. 01417-2005-PA/TC, fundamento 12).

La Ley 29944 regula la carrera pública magisterial, la cual es distinta a las diferentes carreras administrativas existentes en el Estado, conforme se ha dicho además en la sentencia; sin embargo, no observo que el límite a la remuneración de referencia y el tope de años de servicios para la determinación de la CTS “vacíe” de contenido este beneficio social, esto es, que convierta el ejercicio de este derecho laboral hasta un punto que sea irrazonable. Por ello, en mi opinión, el extremo de la demanda que cuestiona el artículo 63 de la Ley 29944 debe ser desestimada.

Una precisión: sobre la constitucionalidad del artículo 35, inciso a, de la Ley 29944

Estoy de acuerdo con la constitucionalidad declarada por la sentencia de mayoría del artículo 35, inciso a, de la Ley 29944, ya que está en la línea de lo desarrollado en el precedente de la STC Exp. 05057-2013-PA/TC (precedente Huatuco) acerca del fortalecimiento del principio meritocrático en la Administración Pública.

Debemos recordar que este Tribunal Constitucional estableció en dicho precedente que los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación y que el ingreso a la

Administración Pública era mediante concurso público y que se regía por el mérito personal y la capacidad profesional. Teniendo en cuenta los artículos 39 a 42 de la Constitución, que regulan acerca de la función pública, se esclareció que para nuestro sistema constitucional la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en

las entidades públicas del Estado, que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional, la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, y que el derecho de acceso a la función pública se realiza en condiciones de igualdad.

Asimismo, se dijo que los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales “no sólo deberán evaluar en los participantes: i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y v) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursa, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza” (fundamento 14).

La parte demandante cuestiona que el artículo 35, inciso a, de la Ley 29944 habilite al director regional de educación a elegir en forma libre a los directores de Ugel, a pesar de que existe un concurso público, lo que afecta negativamente el estado de meritocracia de acceso a los cargos públicos.

Sobre el particular, se debe advertir que, contrariamente a lo que se denuncia, el cuestionado artículo 35, inciso a, de la Ley 29944 optimiza el principio del mérito en la selección de postulantes para el cargo de director de Ugel, aplicando la modalidad de concurso públicos para servidores cuya naturaleza es de “confianza” (no-permanentes), cargos que, por definición, son distintos en vista que son ocupados en virtud del poder discrecional de la entidad y cuya permanencia del servidor en el puesto depende de la confianza.

El dispositivo legal cuestionado al incorporar un concurso de méritos y, al mismo tiempo, mantener un margen de arbitrio no colisiona con los fundamentos constitucionales que sostienen el precedente Huatuco acerca de la meritocracia en el sector público. El referido artículo 35, inciso a, precisamente, pretende tabular el margen de discrecionalidad y asegurar que la selección de los postulantes y del nuevo servidor elegido sea lo máximo posible objetivo con relación a un cargo que es de “confianza”, en la medida que la norma ordena que la designación se realice entre los postulantes “mejores calificados”. Es decir, el concurso público aquí no es para obtener un ganador, sino que la finalidad del concurso público es filtrar el número de seleccionables. Tanto es así que el artículo 61 del reglamento de la Ley 29944 señala que la designación es entre los “tres” postulantes mejor calificados por el comité de evaluación, o sea, entre los tres primeros puestos. Es un diseño que respeta la naturaleza de confianza del cargo directivo como lo es el cargo de director de Ugel, pero, aun así, procura asegurar un mínimo de imparcialidad y objetividad mediante el concurso público que incorpora el artículo 35, inciso a, lo cual es plenamente constitucional desde mi punto de vista.

En consecuencia, por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, discrepo de los fundamentos y el sentido de la ponencia, por las razones que expresaré a continuación:

Análisis de la constitucionalidad del artículo 35 inciso “a” de la Ley 29944

Sobre la aplicación analógica del concepto “cargo de confianza”

1. No estoy de acuerdo con el fundamento 20 de la ponencia que señala que se debe aplicar por *analogía* la definición de “cargo de confianza” prevista en la Ley del Servicio Civil, Ley 30057, a la Ley 29944, de Reforma Magisterial. Ello, por cuanto esta última ley presenta una característica particular que es incompatible con lo señalado en la citada Ley Servir.
2. En efecto, el artículo 3 inciso e) de la Ley 30057 define al “servidor de confianza” en los siguientes términos:

Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. **Ingresar sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa.** No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa [énfasis agregado].

3. Por su parte, el artículo 35 inciso a) de la Ley 29944 establece que el cargo de Director de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) “es un cargo de confianza del Director Regional de Educación, ***al que se accede por designación entre los postulantes mejor calificados en el correspondiente concurso.*** El profesor postulante debe estar ubicado entre la quinta y octava escala magisterial” (énfasis agregado).
4. Como se advierte, la elección del puesto de director de la UGEL, en la primera etapa, exige un concurso público de méritos, a diferencia de lo señalado por la Ley Servir que indica que los servidores públicos de confianza ingresan “*sin concurso público*”. Esta situación, en mi concepto, es suficiente para que no se pueda aplicar, por analogía, la definición de “cargo de confianza” recogida en la Ley Servir a la Ley de Reforma Magisterial, dada la diferencia de situaciones existentes.

Sobre la inexistencia de una justificación para la elección “por confianza” del director de la UGEL

5. La Ley 29944 reconoce a la “*meritocracia*” como principio esencial en la reforma magisterial. Así, el artículo 2 literal c) de dicha norma, señala que el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y ascensos en la carrera magisterial se fundamentan en el mérito y la capacidad de los profesores. Mientras que el artículo 33 establece que el profesor puede acceder a otros cargos de las áreas de desempeño laboral por concurso.

6. Dentro de las áreas de desempeño que existen en la carrera pública magisterial, el área de Gestión Institucional reconoce 4 cargos a los que los docentes pueden acceder y que son los siguientes: a) director de Unidad de gestión educativa local; b) director o jefe de gestión pedagógica; c) especialista en Educación y d) directivos de Institución Educativa. Sin embargo, únicamente para el cargo de director de Ugel la ley establece que el mismo sea, en su última etapa, designado por confianza (inciso “a” del artículo 35 de la Ley de Reforma Magisterial).
7. Al respecto, del texto de la ley no se advierte razón alguna de por qué dicho cargo sería de confianza, lo que evidencia la falta de una justificación objetiva y válida que explique dicha distinción en el acceso a este cargo público, en comparación con los otros cargos públicos previstos en el área de Gestión Institucional.
8. En otros términos, un docente que pretenda acceder al cargo de director de UGEL no podrá llegar al mismo a partir de criterios meritocráticos sino que finalmente estará supeditado a lo que disponga el director regional de Educación de turno, lo que además desconoce la *ratio legis* de la citada Ley 29444. En adición a ello, la ley no explica la especial situación del cargo de director de UGEL que permita justificar que su designación sea por confianza.
9. Ello, a mi entender, vulnera el derecho-principio a la igualdad, respecto de todos aquellos docentes que acceden al concurso público.

Desnaturalización del cargo de “confianza” del director de la UGEL

10. El artículo 61.3 del Reglamento de la Ley 29944 (aprobado por Decreto Supremo 004-2013-ED) establece que el Director Regional de Educación elige y designa entre los tres (03) postulantes mejor calificados por el Comité de Evaluación, al profesor de su confianza, mediante la resolución correspondiente; *“salvo las excepciones autorizadas por el MINEDU”*.
11. Esta salvedad se explica en la Resolución Viceministerial 072-2015-MINEDU, que señala que cuando no se hayan designado todas las plazas de director de UGEL, habrá una etapa excepcional, en la que se formarán ternas y el director regional de Educación o quien haga sus veces *“designará necesariamente”* al citado funcionario
12. En este caso ¿dónde queda la discrecionalidad del director regional de Educación, si finalmente y de manera “necesaria” va a elegir al director de la UGEL aunque ningún funcionario le parezca idóneo al cargo? Esta excepción, sin duda, desnaturaliza la figura de la confianza de la que habla la Ley 29944 y no garantiza finalmente que el mejor candidato sea elegido.
13. De otro lado, el artículo 35 inciso a) de la Ley 29944 cuestionado es contradictorio con el artículo 73 de la Ley 28044, Ley General de Educación, que establece que la UGEL *“está a cargo de un Director que es designado previo concurso público, convocado por la Dirección Regional de Educación respectiva”*, sin que se mencione en ningún momento que es un cargo de confianza.
14. En virtud a las razones expuestas, considero que el artículo 35 inciso a) de la Ley 29944 es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad, en razón a que limita el acceso al cargo de director de UGEL a aquellos docentes que obtuvieron meritocráticamente un puntaje destacable, en la medida que la elección final no respetará el orden de méritos.

15. Asimismo, el propio legislador ha establecido excepciones a la elección de confianza de este cargo, *obligando* en ciertos casos al director regional de Educación a elegir al director de la UGEL, lo que desnaturaliza la presunta “confianza” que exige el puesto.

Análisis de constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 29944

16. Por otro lado, la ponencia declara fundada la demanda en el extremo en el que se cuestiona el artículo 63 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial. Dicha disposición señala lo siguiente:

Artículo 63. Compensación por tiempo de servicios

El profesor recibe una compensación por tiempo de servicios, la que se otorga al momento de su cese, a razón de catorce por ciento (14%) de su RIM, por año o fracción mayor a seis (6) meses de servicios oficiales, hasta por un máximo de treinta años de servicios.

17. Al respecto, considero que si bien la regulación de la CTS para el profesorado es distinta a las previstas para otros regímenes públicos (lo que ha sido materia de cuestionamiento por los recurrentes), estos no constituyen términos de comparación válidos que permitan analizar la presunta vulneración del derecho a la igualdad sostenida en la demanda. Ello, en razón a que las funciones desarrolladas por los trabajadores en dichos regímenes son distintas a las realizadas por los profesores públicos.
18. De otro lado, la determinación del porcentaje de la Remuneración Íntegra Mensual y del máximo de años para contabilizar la CTS son aspectos que corresponden realizar al legislador, dentro de lo *constitucionalmente posible*, por lo que tampoco considero que ello afecte en forma alguna la Constitución. En ese punto la ponencia afirma que la vulneración se produce por una *acción insuficiente* por parte de legislador (fundamento 69). Sin embargo, en mi concepto, la suficiencia o no de una medida adoptada legislativamente constituye un análisis que excede a la evaluación de constitucionalidad que realiza este Tribunal Constitucional.
19. Lo expresado no quita que este Tribunal pueda exhortar al Poder Legislativo a que, en el marco de las competencias constitucionalmente asignadas, y atendiendo a los principios de progresividad de los derechos fundamentales y de dignidad (artículo 1), pueda regular otorgando mayores prestaciones y beneficios al profesorado. Inclusive, a mi parecer, esta mejora en las condiciones y beneficios labores y previsionales se debería de dar paulatinamente en todos los regímenes públicos que, lamentablemente, durante muchos años vienen siendo postergados.

En conclusión, mi voto en el presente caso es de la siguiente manera:

1. **FUNDADA** la demanda en el extremo referido al artículo 35 inciso a) de la Ley 29944.
2. **INFUNDADA** respecto al artículo 63 de la Ley 29944.

S.

MIRANDA CANALES

Pleno. Sentencia 477/2020

EXP. N.º 02089-2014-PA/TC LIMA

FAUSTINO VÍCTOR LUIS LAZO COLLADO

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 21 de julio de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda de amparo que dio origen al Expediente 02089-2014-PA/TC.

Estando a la votación efectuada y a lo previsto en el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otros aspectos, establece el voto decisorio del Presidente del Tribunal Constitucional en las causas que se produzca empate en la votación, en el expediente de autos se aprobó la sentencia que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo y **EXHORTA** al Poder Ejecutivo, con el voto de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa y Miranda Canales.

Los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares, y coincidieron en declarar fundada la demanda.

El magistrado Sardón de Taboada formuló voto singular en el sentido de declarar improcedente la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos singulares antes referidos, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Faustino Víctor Luis Lazo Collado contra la resolución de fojas 480, de fecha 15 de octubre de 2013, expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y otros, solicitando se ordene su reinserción laboral, social y económica en un puesto de trabajo a cargo del Ministerio de Energías y Minas. El demandante señala que el 15 de agosto de

1995 sufrió la pérdida de su pierna izquierda mientras desactivaba un campo minado, quedando mutilado por un accidente producido durante el ejercicio de sus funciones como miembro de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, refiere que, en el año 2005, fue reinsertado laboralmente por recomendación de Contraminas, en la empresa Etecen S A para llevar a cabo un proceso de desminado. Señala que la razón por la cual se llevo a cabo su reinserción fue debido al compromiso del Estado peruano previsto en el numeral 6 del Tratado de Ottawa y a la vasta experiencia que tiene en la labor de desminado.

Sostiene que en Etecen S.A. ocupó el cargo de asesor, supervisor y líder del desminado humanitario, demostrando un buen desempeño laboral, hasta que el 15 de enero de 2009 dejó de laborar porque le comunicaron que la empresa entraría en proceso de liquidación porque ya había cumplido con sus objetivos de creación, luego de lo cual fue contratado de manera eventual. El recurrente señala que como parte del proceso de reinserción laboral al haber sido afectado por la explosión de una mina antipersonal, se le prometió ser reubicado en otra empresa bajo la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas (MEM), pero no se cumplió dicha promesa. Finalmente, el recurrente afirma que existe discriminación por su condición de discapacitado pues algunos trabajadores, de Etecen S.A. pasaron a trabajar a empresas dependientes del MEM, pero que en su caso, no sucedió lo mismo. En consecuencia, alega la vulneración contra su derecho a la no discriminación y el derecho del trabajo.

El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio de Energía y Minas deduce las excepciones de falta de legitimidad pasiva, de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y de falta de agotamiento de la vía previa, y contesta la demanda señalando que los medios probatorios presentados por el demandante no demuestran que hubiera realizado actividades ‘laborales’ en dicha entidad, sino que únicamente se trataba de servicios que debía efectuar “por un tiempo determinado” y dentro de un proceso de selección “licitación”.

El procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) propone las excepciones de incompetencia por razón de la materia y prescripción extintiva y, contesta la demanda alegando que el actor no ha acreditado en modo alguno los requisitos básicos de una relación laboral para la determinación de probables reconocimientos de derechos o beneficios laborales. Por otro lado, refiere que Etecen es una empresa estatal de derecho privado que perteneció al sector energía y minas, se encuentra en proceso de liquidación conforme a la Ley General de Sociedades, las disposiciones o directivas que emite el Fonafe, y supletoriamente por la Ley General del Sistema Concursal

El Sexto juzgado especializado en lo constitucional de Lima, con fecha 6 de marzo de 2013 declara infundadas las excepciones propuestas; y con fecha 13 de marzo de 2013, declaró infundada la demanda por estimar que lo que pretende el recurrente es ser reubicado en otra empresa bajo responsabilidad del MEM, invocando las obligaciones asumidas mediante el Tratado de Ottawa y la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, alegando reinserción laboral social y económica además del estado de discapacidad, lo cual no resulta un argumento suficiente para proceder a una contratación laboral inmediata, sin previa calificación, y sin perjuicio de los derechos que estos convenios contengan. El *A quo* afirma que en el caso concreto no se advierte ninguna disposición que obligue a un Estado a contratar a una persona víctima de mina por el solo pedido de ser contratado, sino que, más bien, la obligación del Estado se circunscribe a respetar, promover, difundir y velar por el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

La Sala revisora, confirmando la apelada, declara infundada la demanda, por considerar que no existe en autos algún documento que obligue al Estado Peruano a proporcionar al recurrente un nuevo puesto de trabajo, ya que la empresa donde prestaba sus servicios el actor entró en liquidación. Y respecto a la posibilidad de haber sido despedido sin causa justa, es un hecho desvirtuado pues el accionante no lo alega, por tanto, no existen elementos de juicio para determinar la existencia de vulneración del derecho constitucional al trabajo.

Mediante recurso de agravio constitucional, el demandante reitera los argumentos expresados en su demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reinserción laboral, social y económica del demandante en un puesto de trabajo dependiente del Ministerio de

Energías y Minas, en cumplimiento de las obligaciones que el Estado Peruano asumió al ratificar el Convenio de Ottawa, así como otros tratados internacionales y normas internas que protegen a la personas con discapacidad, puesto que fue víctima de un accidente ocasionado cuando, en cumplimiento de sus funciones, realizaba la labor de desminado.

2. Por lo que, dado que en el presente caso se alega la vulneración del derecho al trabajo -en su aspecto relativo al acceso al trabajo-, y el derecho a la no discriminación, corresponde evaluar a este Tribunal si se han vulnerado dichos derechos constitucionales.

Análisis del caso concreto

3. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y el artículo 7 de la carta magna señala que *“la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”*. Así también, en su artículo 23, primer párrafo, se señala que son objeto de protección prioritaria del Estado la madre, el menor de edad y el impedido que laboran.
4. En el presente caso, el demandante alega haber sufrido un accidente en agosto del 1995, cuando era miembro de la Policía Nacional del Perú y mientras ejercía labores de desactivación de minas, dicho accidente trajo como consecuencia la pérdida de su pierna izquierda. Posteriormente, refiere que fue reinsertado laboralmente a Etecen S.A. como trabajador, ocupando el cargo de asesor, supervisor y líder del desminado humanitario, habiendo laborado desde el año 2005 hasta el 2009, lo cual se acredita con el certificado de trabajo de folio 8. Sin embargo, cuando la referida empresa entró en proceso de liquidación, se le indicó que, previa coordinación con el viceministro de energía y minas, sería reinsertado en otra empresa, pero ello nunca se produjo hasta la fecha pese a sus constantes requerimientos.
5. En este sentido, y tomando en consideración que el demandante es una persona con discapacidad, como obra en la Resolución Ejecutiva 412-2001- SE/REG-CONADIS de fecha 31 de octubre de 2001 (f. 3), y que ello fue consecuencia de la explosión de minas antipersonales, es decir, de medios considerados como lesivos a los principios del Derecho Internacional Humanitario, este Tribunal analizará los instrumentos internacionales vinculantes que atañen a este caso.
6. La Convención sobre Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo 10-48-RE de fecha 24 de mayo de 1998, respecto a la mina antipersonal, define en su artículo 2, inciso 1 que:

“se entiende toda mina concebida para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o mate a una o más personas. Las minas diseñadas para detonar por la presencia, la proximidad o el contacto de un

vehículo, y no de una persona, que estén provistas de un dispositivo antimanipulación, no son consideradas minas antipersonal por estar así equipadas.”

7. Del mismo modo, la Convención de Ottawa señala en su artículo 6, inciso 3 *“Cada Estado Parte que esté en condiciones de hacerlo, proporcionará asistencia para el cuidado y rehabilitación de víctimas de minas, y su integración social y económica, así como para los programas de sensibilización sobre minas.”*
8. Por su parte, el 30 de marzo del 2007 el Perú firmó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificados mediante Decreto Supremo 073-2007-RE, y cuya entrada en vigor fue el 3 de mayo de 2008. Dicho instrumento jurídico señala en el artículo 27 que los Estados Partes reconocen, protegen y promueven el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en este sentido, podrán adoptar las siguientes medidas:
 - “(…)
 - e) *Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;*
 - “(…)
 - g) *Emplear a personas con discapacidad en el sector público;*
 - “(…)
 - k) *Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.”*
9. En el Perú, el Centro Peruano de Acción contra las Minas Antipersonal (Contraminas), creado por el Decreto Supremo 113-2002-RE, es el ente encargado de supervisar el cumplimiento de los objetivos de la Convención de Ottawa. Dicho ente tiene entre sus propios objetivos promover la atención de las víctimas en razón de la acción de las minas antipersonales, así como su reintegración económica y social.
10. De los instrumentos internacionales antes señalados, es posible observar que el Estado peruano se comprometió a brindar asistencia a las víctimas de las minas antipersonales, así como su integración social y económica esto toda vez que, la existencia de las mismas responde a la acción u omisión (según el caso) del propio Estado peruano.
11. El derecho al trabajo como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, tal implica que la obligación de su cumplimiento por parte de los Estados es de carácter progresivo, lo que significa que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para su realización efectiva. El trabajo es un medio que permite la realización de la persona, que ayuda a las personas a reinsertarse no solo económicamente, sino también de manera social.

12. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos, a saber, el acceso a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Respecto al segundo, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones precisando su contenido, pero en esta ocasión nos pronunciaremos respecto al primer aspecto, el acceso al trabajo, ya que resulta pertinente para dilucidar el presente caso.
13. Al respecto, cabe precisar que en la sentencia emitida en el Expediente 00263-2012-AA/TC, este Tribunal estableció respecto al acceso al trabajo que dicho derecho constitucional “supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo (...)”. El acceso al trabajo abarca las posibilidades de poder acceder a un puesto de trabajo y que el Estado efectivice este derecho a través de políticas públicas.

Derecho al trabajo y personas con discapacidad

14. En el artículo 7 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, se señala que las personas con discapacidad deben tener igualdad en oportunidades y es en ese sentido que “(...) debe propiciarse la integración a la sociedad y en particular al empleo de las personas con discapacidad”. Ello implica la eliminación de barreras y obstáculos para que las personas con discapacidad puedan acceder a un puesto de trabajo.
15. Por su parte, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, el Estado Peruano asumió una serie de obligaciones internacionales orientadas a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades de todas las personas con discapacidad (Expediente 04104-2013-PC/TC). Este modelo propone mayor participación de las personas con discapacidad donde estas puedan definir sus propios intereses, prioridades y necesidades dentro de la sociedad. Mientras que, por su parte, la Constitución Política del Perú, en su artículo 23, precisa la especial protección que poseen las personas con discapacidad, al igual que la madre gestantes y el menor de edad.
16. En este orden de ideas, existen obligaciones internacionales asumidas por el Estado Peruano en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 27 literal e), g) y k); y la Convención Sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa), artículo 6 inciso 3; que generan al Estado el deber de alentar las oportunidades de empleo y emplear a las personas con discapacidad, y en el caso más concreto de la Convención de Ottawa, el de asistencia a las víctimas de las minas y su integración social y económica.
17. En autos el accionante refiere haber realizado los labores de desminado, - alegación que no fuera negada por las entidades demandadas-, y que era miembro de la Policía

Nacional del Perú cuando ocurrió dicho accidente que lo dejó con una discapacidad física. En el presente caso tenemos que el demandante ha venido solicitando al Ministerio de Energía y Minas su reinserción laboral, en cumplimiento de los instrumentos jurídicos ya señalados, habiendo obtenido como respuesta el Oficio 1643-2011-MEM/SEG de fecha 20 de setiembre de 2011, de folios 195, expedido por el secretario general del Ministerio de Energía y Minas, que dispone:

“(…) luego de efectuada la consulta respectiva a la Dirección General de Electricidad, quien requirió su contratación en el año 2009, esta informó que su trabajo concluyó a satisfacción de ambas partes no existiendo ninguna tarea pendiente de realizar por su persona, añadiendo que el supuesto improbable caso de que aún exista minas antipersonales pendientes del desminado respectivo, dicha labor debería ser realizada por el ministerio a través de una persona jurídica con alta capacidad, experiencia y logística suficiente dado lo delicado de este tipo de trabajos, (...).

Esto es, que a la fecha no se habría procedido a reinsertar en un puesto de trabajo al actor como lo viene solicitando por haber sido víctima de una mina antipersonal.

18. En tal sentido, cabe señalar que no cabe duda que existe la obligación por parte del Estado Peruano de implementar políticas públicas que coadyuven a la reinserción efectiva en el ámbito laboral de las personas que tienen alguna discapacidad, como lo son también, las personas que se han visto afectadas por las minas antipersonales, esto último en cumplimiento de lo establecido en el Convenio de Ottawa. Sin embargo, ello no implica que a través del presente proceso de amparo proceda a ordenarse la reinserción del actor a una empresa perteneciente al sector del Ministerio de Energía y Minas, como se pretende en la demanda, pues dicha reinserción laboral deberá efectuarse atendiendo a los puestos de trabajo que existan en determinada entidad o empresa perteneciente al sector público, capacidades, experiencia y habilidades de la persona que se favorecerá con la política de reinserción, entre otros factores razonables, por lo que corresponde desestimar la demanda.
19. En consecuencia, aún cuando en el presente proceso constitucional no corresponde ordenar la reinserción laboral que solicita el actor, este Tribunal procede a exhortar a las autoridades competentes en los procedimientos de reinserción laboral de personas afectadas con minas antipersonales, a que se adopten medidas urgentes y prioritarias que conlleven a una real e inmediata reinserción de dichas personas en un puesto de trabajo de acuerdo a lo previsto en el Convenio de Ottawa, aprobado y ratificado por el gobierno peruano.
20. Finalmente, el demandante alega también que en su caso existió discriminación por su condición de discapacitado y que por ello no fue reincorporado como si sucedió con otros trabajadores de Etecen S.A. que pasaron a trabajar a empresas dependientes del Ministerio de Energía y Minas, sin embargo, dicha afirmación no se ha podido acreditar de autos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda por no haberse acreditado la vulneración de los derechos constitucionales alegados.
2. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo para que a través de sus autoridades y entidades respectivas, implemente las políticas que sean necesarias para lograr una efectiva reinserción laboral de las personas que se encuentren en estado de discapacidad por la labor de desminado conforme los instrumentos internacionales suscritos por el Perú, así como, a sus normas internas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

PONENTE FERRERO COSTA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI,
EN EL QUE OPINA QUE DEBE DECLARARSE FUNDADA LA DEMANDA
POR HABERSE AFECTADO EL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO**

Con el debido respeto por mis ilustres colegas Magistrados, discrepo, de la sentencia de mayoría que declara infundada la demanda. Soy de la opinión que, por el contrario, debe declararse **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo del demandante. En consecuencia, corresponde **ORDENAR** al Ministerio de Energía y Minas, parte emplazada del presente proceso, la reinserción, en un plazo máximo de dos meses, de Faustino Víctor Luis Lazo Collado en un puesto de trabajo a plazo indeterminado, en un cargo igual o de similar categoría o nivel, en el mismo Ministerio o en alguna de las empresas adscritas al mismo. Asimismo, se debe **CONDENAR** a tal Ministerio al pago de los costos procesales.

Las razones que sustentan mi posición son las siguientes:

Antecedentes

1. Con fecha 7 de diciembre de 2010, el recurrente interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y otros, solicitando que se ordene su reinserción laboral, social y económica en un puesto de trabajo a cargo del Ministerio de Energías y Minas. El demandante señala que el 15 de agosto de 1995, sufrió la pérdida de su pierna izquierda, como consecuencia de desactivar un campo minado de la empresa Etecen, por lo que quedó mutilado. Asimismo, refiere que fue reinsertado laboralmente por recomendación de Contraminas en la empresa Etecen, para llevar a cabo el proceso de desminado. Señala que se llevó a cabo su reinserción debido al compromiso del Estado en el numeral 6 del Tratado de Ottawa y a su vasta experiencia en desminado.
2. Menciona que en Etecen ocupó el cargo de asesor, supervisor y líder del desminado humanitario, y durante el tiempo que estuvo ahí demostró un buen desempeño laboral. Señala que el 15 de enero de 2009 le comunicaron que Etecen entraría en proceso de liquidación, porque ya había cumplido con sus objetivos de creación. Sin embargo, añade que se le prometió, como parte del proceso de reinserción laboral, ser reubicado en otra empresa bajo la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas (MEM). Finalmente, el recurrente afirma que existe discriminación por su condición de discapacitado, pues algunos trabajadores de la empresa en cuestión pasaron a trabajar a empresas dependientes del MEM, pero que en su caso no sucedió lo mismo, y todo debido a su condición de discapacidad. En consecuencia, alega la vulneración de su derecho a la dignidad, a la moral (evitando mejorar su calidad de vida) y al trabajo.

3. El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio de Energía y Minas, dedujo las excepciones de falta de legitimidad pasiva, de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y de falta de agotamiento de la vía previa. Contestó la demanda, señalando que los medios probatorios presentados por el demandante no demuestran que hubiera realizado actividades ‘laborales’ en dicha entidad, sino que realizó actividades dentro de un contrato “por un tiempo determinado” y dentro de un proceso de “licitación”.
4. El procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) propuso las excepciones de incompetencia por materia y prescripción extintiva, y contestó la demanda alegando que el actor no ha acreditado en modo alguno los requisitos básicos de una relación laboral para la determinación de probables reconocimientos de derechos o beneficios laborales. Muy por el contrario, se advierte que ni siquiera adquiere la relación vinculante sobre algún derecho fundamental. Por otro lado, refiere que Etecen es una empresa estatal de derecho privado que perteneció al sector Energía y Minas, y se encuentra en proceso de liquidación conforme a la Ley General de Sociedades, las disposiciones o directivas que emite el Fonafe, y, supletoriamente, por la Ley General del Sistema Concursal. Asimismo, señala que la demanda carece de toda lógica jurídica al señalar que la autoridad administrativa ha privado del supuesto “derecho” de pensión de pago total del Fondo de Seguro de Vida, lo que es totalmente falso.
5. El Sexto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, mediante la resolución de 6 de marzo de 2013, declaró infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado, de ambigüedad y oscuridad en el modo de proponer la demanda, de falta de agotamiento de la vía previa, de incompetencia y de prescripción. Asimismo, mediante resolución de fecha 13 de marzo de 2013, declaró infundada la demanda por estimar que lo que pretende el recurrente es ser ubicado en otra empresa bajo responsabilidad del MEM, invocando las obligaciones asumidas mediante el Tratado de Ottawa y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, alegando reinserción laboral social y económica además del estado de discapacidad. Ello no resulta argumento suficiente para proceder a una contratación laboral inmediata, sin previa calificación; y además, sin perjuicio de los derechos que estos convenios contengan, en el caso concreto no se advierte ninguna disposición que obligue a un Estado a contratar a una persona víctima de mina por su solo pedido de ser contratado, sino que, más bien, la obligación del Estado se circunscribe a respetar, promover, difundir y velar por el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.
6. La Sala revisora, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que no existe en autos *“documento alguno que obligue al Estado a proporcionar al recurrente un nuevo puesto de trabajo, al haber entrado en Liquidación la empresa para la cual laboraba. Respecto a la posibilidad de haber sido despedido sin causa justa, también es un hecho desvirtuado si consideramos que el accionante, de acuerdo a lo expuesto en la demanda, no alega en ningún momento tal posibilidad”*. Por todo ello, no existen elementos de juicio que permitan vislumbrar la violación del derecho constitucional al trabajo.

Análisis del caso concreto

7. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y el artículo 27 señala: “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
8. En esa línea, la Constitución establece en su artículo 7 que *“la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”*. Así también, en su artículo 23 señala en su primer párrafo que son objeto de protección prioritaria del Estado la madre, el menor de edad y el impedido que trabajan.
9. Es preciso aclarar que si bien en el fundamento supra, al citar la normativa constitucional, se hace uso de términos como “persona incapacitada” o “impedido” (en referencia a las personas con discapacidad), estos han caído en una desactualización en el ámbito del lenguaje jurídico, y esto es relevante de dilucidar pues por medio de ello se describen situaciones fácticas que tienen consecuencias jurídicas. En ese sentido, es importante señalar que dichos términos en un determinado momento fueron apropiados e incluso concebidos como una alternativa léxica para señalar a las personas con discapacidad sin tener un carácter peyorativo o limitativo de derechos. Sin embargo, hoy dentro de los estándares internacionales, han caído en desuso, pues desde el actual paradigma de la discapacidad (el llamado “modelo social”) resulta necesaria una actualización del uso del vocabulario para que en este se refleje el sistema de valores y principios recogidos en el ordenamiento nacional, además de otros instrumentos jurídicos como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la misma normativa nacional, tal como es el caso de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley 29973).
10. En el presente caso, el demandante alega haber sufrido un accidente en agosto del 1995, mientras ejercía labores como voluntario en la desactivación de minas antipersonales en un campo de la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte (Etecen S.A.). Dicho accidente trajo como consecuencia la pérdida de su pierna izquierda. Posteriormente, en el año 2005 es reinsertado a Etecen como trabajador, ocupando el cargo de asesor, supervisor y líder del desminado humanitario como obra en la constancia de trabajo de folio 8. Sin embargo, la referida empresa entró en un proceso de liquidación, indicándole que, previa coordinación con el Viceministro de Energía y Minas, se le reinsertaría en otra empresa, por lo que demanda su reinsertión laboral.
11. En ese sentido, y tomando en consideración que el demandante es una persona con discapacidad, como obra en la Resolución Ejecutiva 412-2001- SE/REG-CONADIS, de fecha 31 de octubre de 2001 (folio 4), y que se encuentra en dicha situación en razón de la explosión de minas antipersonales, es decir, de medios de combate considerados como lesivos a los principios del Derecho Internacional Humanitario, considero que deben analizarse los instrumentos internacionales vinculantes que atañen a este caso.

12. La Convención sobre Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo 10-48-RE de fecha 24 de mayo de 1998, define en su artículo 2, inciso 1, que por mina antipersonal *“se entiende toda mina concebida para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o mate a una o más personas (...)”*
13. Por su parte, la Convención de Ottawa señala en su artículo 6, inciso 3, que los Estados Parte que se encuentren en condiciones de hacerlo, deben proporcionar asistencia para el cuidado y rehabilitación de víctimas de minas, y su integración social y económica, así como para los programas de sensibilización sobre minas.
14. También encontramos la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada por el Perú (junto a su Protocolo) el 30 de marzo del 2007 y ratificada el 30 de enero del 2008, cuya entrada en vigor fue el 3 de mayo de 2008. Dicho instrumento jurídico señala, en su artículo 27, que los Estados Partes reconocen, protegen y promueven el derecho de las personas con discapacidad a trabajar. En ese sentido, podrán adoptar las siguientes medidas:
 - “(…) e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo:
 - (…) g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
 - (…) k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.”.

Derecho al trabajo: acceso al trabajo

15. Por otro lado, el derecho al trabajo es parte de los derechos económicos, sociales y culturales, y como tal implica que la obligación de su cumplimiento por parte de los estados es de carácter progresivo; es decir, que puede ser satisfecha en el tiempo. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado que el carácter progresivo de la obligación de adoptar medidas “constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo”. (Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes – párrafo 1 del artículo 2 del Pacto-, Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23, 1990).

16. De lo dicho, es preciso señalar que, aún siendo el derecho al trabajo de carácter progresivo, esto no significa que sea postergado indefinidamente, sino que el Estado tiene la obligación de establecer un piso mínimo y, a partir de ahí, avanzar hacia su efectiva realización. Es así que la exigencia de este supone que se adopten medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que se dispongan. En esa misma línea, hay que señalar que la falta o limitación de recursos de ninguna manera es eximente de la obligación de supervisar el nivel de aplicación, y en especial de no aplicación, del derecho al trabajo, ni de formular estrategias y programas para dar efectividad a ese derecho¹.
17. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia que el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: el acceso a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Respecto al segundo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones precisando su contenido. En esta ocasión me pronuncio respecto al primer aspecto: el acceso al trabajo, ya que resulta pertinente para dilucidar el presente caso.
18. Dicho ello, el acceso al trabajo “supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo (...)” (Cfr. Sentencia 00263-2012-PA/TC, entre otras), dentro de la adopción de estas políticas, el acceso al trabajo puede ser genérico o específico. Será genérico cuando “se trata de un elenco de políticas que generen un acceso progresivo y según las posibilidades del Estado, razón por la cual no existe posibilidad de recurrir a un juzgado constitucional vía amparo”; y específico cuando “el derecho al trabajo se expresa específicamente en tanto estemos ante una postulación en un concurso público o interno, lo que conduce a que se acceda a un puesto de trabajo concreto”². Por ello, el acceso al trabajo abarca las posibilidades de acceder a un puesto de trabajo y que el Estado efectivice este derecho a través de políticas públicas, que no solo deben entenderse desde una perspectiva donde el Estado actúe solo sobre la oferta del trabajo, sino también en la demanda de este, a través de políticas educativas que capaciten y perfeccionen a los trabajadores.

Derecho al trabajo y personas con discapacidad

19. Al señalar que el Estado promueve el acceso al trabajo a través de políticas públicas y con un enfoque en las personas con discapacidad y su inserción laboral a través de ellas, podemos apreciar que los resultados son muy opuestos a los objetivos que las políticas tienen; tal como se expresa en los estudios que sobre ese tema se han hecho:

1 Cfr. SAIDOV, Akmal. “El derecho al trabajo: hacia una observación general sobre el artículo 6° del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Documento de antecedentes presentado al comité de derechos económicos, sociales y culturales el día de debate general sobre el artículo 6° del pacto, 24 de noviembre de 2003”. E/c.12/2003/10, p. 15.

2 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El derecho al trabajo: En tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado”. En: revista de la facultad de derecho PUCP. 71. 309-339

“un desencuentro entre lo estipulado normativamente y los avances efectivamente alcanzados”³.

20. Del mismo modo, en las normas internacionales se precisa, que uno de los motivos de discriminación en el empleo es la discapacidad; por ello, en el artículo 7 de las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, se señala que “Los Estados deben apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”. Ello implica la eliminación de barreras y obstáculos para que las personas con discapacidad puedan acceder a un puesto de trabajo.
21. Por su parte, mediante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y su protocolo facultativo, que fueron ratificados mediante la Resolución Legislativa 29127, el Estado peruano asumió una serie de obligaciones internacionales orientadas a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades de todas las personas con discapacidad (Fundamento 6 de la sentencia de fecha 18 de mayo de 2015, Exp.04104- 2013-PC/TC). En esta Convención, se encuentra plasmado el modelo social que ha permitido incorporar valiosas herramientas normativas y hermenéuticas para la adopción de medidas y protección de las personas con discapacidad. El llamado modelo social tiene un enfoque de derechos humanos, a diferencia de los otros enfoques, pues este concibe “no solo los aspectos médicos (tratamiento y rehabilitación) sino el conjunto de factores que determinan la discapacidad, es una visión global de dimensión social”⁴.
22. Este modelo propone mayor participación de las personas con discapacidad donde estas puedan definir sus propios intereses, prioridades y necesidades, dentro de la sociedad. Desde esta visión, el respeto a la diversidad funcional que, en buena cuenta, consiste en las propias capacidades que estas personas poseen, es el camino para la integración de las personas con discapacidad a la comunidad. Con todo lo dicho, este modelo social propone una nueva perspectiva que sitúa la problemática de estas personas no en sus discapacidades, sino en la sociedad, que es quien los limita, mediante los obstáculos que la misma condiciona. Es por ello, que este modelo permite valorar y respetar la diferencia, y es con base en ello que nuestra normativa constitucional, en su artículo 23, precisa la especial protección que las personas con discapacidad poseen, al igual que otros instrumentos en materia que siguen la misma línea de protección.
23. Resulta conveniente señalar que, siendo el trabajo un medio que permite la realización de la persona y haciendo hincapié en que las limitaciones no solo se restringen a este, sino a otros derechos, es el trabajo el que ayuda a las personas a reinsertarse no solo

3 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-047 de 1995.

4 EROLES, Carlos. “La discapacidad: Una cuestión de derechos humanos”. Espacio Editorial. Buenos Aires.2002, p. 46.

económicamente, sino también de manera social, logrando que las personas con discapacidad vuelvan a sentirse productivas y no vean mellada su dignidad.

24. En su demanda, el accionante refiere haber realizado las labores de desminado en forma voluntaria, alegación que no fuera negada por las entidades demandadas y, por lo tanto, puede ser apreciada como reconocimiento de su verdad. A esto cabe incluir las capacitaciones que le fueran brindadas por Misión de Asistencia para la Remoción de Minas en América del Sur, Marminas, que es una institución de la Junta Interamericana de Defensa de la Organización de los Estados Americanos; que a la fecha de su accidente por labores de desminado el demandante contaba con 29 años de edad, con la consiguiente afectación al libre desenvolvimiento de su personalidad y proyecto de vida como miembro de la Policía Nacional del Perú y como ser humano, máxime si se encuentra en ese estado precisamente por evitar que otras personas sufran las consecuencias de la detonación de minas antipersonales, lo que indica claramente la excepcionalidad del caso.
25. En ese orden de ideas, considero que la medida solicitada por el demandante es adecuada, de conformidad con las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Sobre la prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa); Normas Uniformes Sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (artículo 27, numeral e), g) y k); artículo 6, incisos 3 y 7.e; y el artículo 7 respectivamente), que generan al Estado los deberes de alentar las oportunidades de empleo y emplear a las personas con discapacidad. Asimismo, de la Convención de Ottawa, de asistencia a las víctimas de las minas y su integración social y económica, toda vez que su presente estado de discapacidad no interfiere con sus conocimientos en materia de desminado, para el cual ha sido debidamente capacitado, tal como se aprecia en los certificados emitidos por la Misión de Asistencia para la Remoción de Minas en América del Sur (Marminas), que, repito, es una institución de la Junta Interamericana de Defensa de la Organización de los Estados Americanos, y donde se señala al recurrente como representante de la empresa Etecen (folios 5 a7).
26. Más aún cuando de autos se advierte que el demandante envió cartas dirigidas al vicedirector del despacho de Energía y Minas, en los meses de junio y setiembre de 2009, así como en el mes de abril de 2010, solicitando que se le otorgue audiencia para exponer su caso (folios 22 a 25). Sin embargo, no obtuvo respuesta inmediata a dichas solicitudes, pese a que la Defensoría del Pueblo, mediante los oficios 941,572y 360-2010-OP/OD-LIMA-BA (folios 15 a2l) recomendara brindar de manera inmediata respuesta al pedido formulado por el demandante.
27. Es mediante el oficio 1643-2011-MEM/SEG, de fecha 20 de setiembre de 2011, de folios 195, expedido por el secretario general del Ministerio de Energía y Minas, que se dispone lo siguiente:

“(…) luego de efectuada la consulta respectiva a la Dirección General de Electricidad, quien requirió su contratación en el año 2009, esta informó que su trabajo concluyó a satisfacción de ambas partes no existiendo ninguna tarea pendiente, de realizar por su persona, añadiendo que el supuesto improbable caso de que aún exista minas antipersonales pendientes del desminado respectivo, dicha labor debería ser realizada por el ministerio a través de una persona jurídica con alta capacidad, experiencia y logística suficiente dado lo delicado de este tipo de trabajos; (...)”.

28. Es claro que, como se advierte del fundamento supra, el Ministerio de Energía y Minas con el Oficio 1643-2011-MEM/SEG, le señala al recurrente que las tareas desminado que él desempeñó han concluido y en el futuro de presentarse alguna tarea pendiente, se tomará en consideración a una persona jurídica especializada en ese rubro, pues tal como lo señala, se trata de trabajos de delicado cuidado. Siendo ello así, es como si se le cerraran las posibilidades de ser tomado en cuenta para tareas de esa actividad realizadas por esa institución, y tomando en consideración que la idoneidad al cargo que postula la persona a contratar es relevante, esta situación daría como consecuencia la vulneración del derecho al trabajo.
29. Por otro lado, respecto a la alegación del demandante sobre que en su caso existe discriminación por su condición de discapacitado y que por ello no se le reincorporó, como sí sucedió con otros trabajadores del Etecen que pasaron a trabajar en empresas dependientes del MEM, ello no se ha podido acreditar de autos.
30. Por lo tanto, estimo que se ha vulnerado el derecho al trabajo en su dimensión de acceso al trabajo, por lo que corresponde amparar la demanda y ordenar que el demandante sea reinsertado laboralmente en alguna empresa perteneciente al Ministerio de Energía y Minas, en un puesto vinculado con la preparación del recurrente.

El sentido de mi voto

31. Por las razones expuestas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, se ordene al Ministerio de Energía y Minas la reinserción laboral del demandante en alguna de sus empresas adscritas al Ministerio, a efectos de que don Faustino Víctor Luis Lazo Collado se desempeñe como trabajador a plazo indeterminado, en un cargo de igual o similar categoría o nivel al que desempeñó, en el plazo de 2 meses, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, en el caso de autos me adhiero al voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, por las razones que allí se expresan.

S.

RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatucu Huatucu, el derecho al trabajo

debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 –promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución– pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación –que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR– es inconstitucional.

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo

276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas por las razones que a continuación expongo:

1. En el presente caso, el demandante solicita que se ordene su reinserción laboral, en un puesto de trabajo dependiente del Ministerio de Energías y Minas, en cumplimiento de las obligaciones que el Estado Peruano asumió al ratificar el Convenio de Ottawa, así como otros tratados internacionales y normas internas que protegen a las personas con discapacidad, puesto que fue víctima de un accidente ocasionado cuando, en cumplimiento de sus funciones, realizaba la labor de desminado. Alega, en ese sentido, la vulneración de su derecho al trabajo y a la no discriminación.

Sobre el derecho al trabajo en su dimensión de acceso

2. En vasta jurisprudencia de este Tribunal, se ha reconocido el deber estatal de adoptar las medidas necesarias para la realización efectiva del derecho al trabajo. Ello, en la medida en que el trabajo es un medio que permite la realización de la persona, tanto en el ámbito económico como social.
3. De otra parte, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo implica dos aspectos, a saber, el acceso a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Respecto al segundo, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones precisando su contenido, pero en esta ocasión nos pronunciaremos respecto al primer aspecto, el acceso al trabajo, ya que resulta pertinente para dilucidar el presente caso.
4. Al respecto, cabe precisar que en la sentencia emitida en el Expediente 00263-2012-AA/TC, este Tribunal estableció respecto al acceso al trabajo que dicho derecho constitucional “supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo (...)”. El acceso al trabajo abarca las posibilidades de poder acceder a un puesto de trabajo y que el Estado efectivice este derecho a través de políticas públicas.
5. Como se aprecia, si bien se ha reconoció al acceso al trabajo como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, este acceso debe efectuarse razonablemente. Por ello, en principio, lo que señala la ponencia no resulta inválido, pues para la reinserción laboral debería atenderse a los puestos de trabajo que existan en determinada entidad o empresa perteneciente al sector público, las capacidades, la experiencia y las habilidades de la persona que se favorecerá con la política de reinserción, entre otros factores razonables.

6. Sin embargo, considero que en la presente controversia existe una serie de implicancias que nos plantean un escenario sustancialmente distinto de una reinserción laboral efectuada por cualquier trabajador. Y es aquí donde adquirirá importancia fundamental las obligaciones convencionales adquiridas por el país y una interpretación que optimice la protección de los derechos fundamentales inmersos en este caso concreto.

Sobre la importancia de la convencionalización del Derecho y su cabal entendimiento

7. En primer lugar, y a propósito de las incidencias del caso concreto, consideramos que comprender la actuación del juez constitucional desde el parámetro de una Constitución “convencionalizada” o, dicho con otras palabras, dentro de una lógica de “convencionalización del Derecho”, resulta insoslayable. Y es que en contextos como el latinoamericano la convencionalización del Derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.
8. Así, la apuesta por la “convencionalización del Derecho” permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de otros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.
9. Ahora bien, es también pertinente indicar que esta “convencionalización del Derecho” se extiende más allá del circuito interamericano de protección de derechos humanos, esto es, no se agotan en el respeto de lo previsto en la Convención Americana o en la interpretación vinculante que de dicha Convención desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comprende, además, a los tratados internacionales y las distintas convenciones suscritas por los Estados, la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de *ius cogens*. Todo ello sin que se deje de reconocer en modo alguno la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, según fuese el caso, de un parámetro común de protección de derechos.
10. Finalmente, no debe olvidarse que todo esto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como “concretización”, por lo que la dinámica aquí señalada le permite al juez o jueza constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una comprensión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.

11. Siendo así, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un Derecho Común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas que se presentan en la realidad.

Obligaciones internacionales del Estado peruano relacionadas con los derechos de las personas con discapacidad y, específicamente, de quienes fueron víctimas de minar antipersonales

12. Al ratificar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas y su protocolo facultativo, mediante Resolución Legislativa 29127, el Estado Peruano asumió una serie de obligaciones internacionales orientadas a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades por todas las personas con discapacidad. Parte consustancial a este compromiso es el de generar las condiciones orgánicas o institucionales que permitan alcanzar estos objetivos.
13. Es así que el literal a) del numeral 1. del artículo 4 de la mencionada Convención, cuenta con una previsión dirigida a los Estados, quienes se comprometen a: “a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención.”
14. Respecto al tema del empleo, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad señala el deber de alentar las oportunidades de empleo y la calidad del mismo a personas con discapacidad. Así, en su artículo 7 expresa que “Los Estados deben apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Este apoyo activo se podría lograr mediante diversas medidas como, por ejemplo, (...) el empleo reservado, (...) supervisión de contratos u otro tipo de asistencia técnica y financiera para las empresas que empleen a trabajadores con discapacidad. Los Estados han de estimular también a los empleadores a que hagan ajustes razonables para dar cabida a personas con discapacidad.”
15. De otro lado, en el ámbito regional, el Estado peruano aprobó, por medio de la Resolución Legislativa 27484, la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad comprometiéndose a adoptar: “... Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración” (Artículo III, Numeral I, Literal a).
16. Ahora bien, en cuanto a las personas con discapacidad producto de las labores de desminado, resulta pertinente hacer alusión a la Convención sobre la prohibición del

empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, también conocida como la Convención de Ottawa, en donde, entre otros aspectos, se señala, en el inciso 3 de su artículo 6, el deber de asistencia a las víctimas de las minas y su integración social y económica. Además, en el literal e del inciso 7 del artículo 6 se señala también un deber genérico de asistencia a las víctimas, lo cual incluye, en una interpretación en favor de la optimización de sus derechos fundamentales, en asistencia en el marco del empleo y el acceso al mismo.

17. De las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado peruano surge el deber de generar condiciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, lo cual implica la adopción de medidas legislativas, lo que puede incluir reformas institucionales, las cuales permitan promover la inclusión de las personas con discapacidad, adoptando las “medidas positivas” necesarias para garantizar su efectiva igualdad. Siendo esto así, se debe recordar algunas de estas medidas exigibles como son, para este caso concreto, los ajustes razonables y las medidas afirmativas propiamente dichas.

Ajustes razonables y medidas afirmativas

18. La ya aludida Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas en su artículo 2 establece que: “Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.
19. Este Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de señalar que el trato homogéneo entre personas que poseen alguna discapacidad y personas que no padecen tal limitación puede suponer una forma de afectación del principio de igualdad por indiferenciación. Dicho principio, expresamente reconocido en el inciso 2° del artículo 2 de la Constitución, se vulnera cuando se trata de modo desigual a sujetos que se encuentran en la misma situación, pero también cuando existe un tratamiento exactamente homogéneo de sujetos que se encuentran en una condición claramente diferente.
20. En consecuencia, para asegurar condiciones de respeto del principio de igualdad, pueden resultar exigibles determinadas medidas que compensen la situación de desventaja que enfrentan las personas con discapacidad. En esa línea, en la STC 02437-2013-AA se sostuvo que “... todas las actividades en las que participa el ser humano -educativas, laborales, recreacionales, de transporte, etcétera- han sido planeadas para realizarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectadas de discapacidad. Su planificación, por lo tanto, ha respondido a una imagen del ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales. Históricamente, pues se entorno ha sido hostil con las personas que sufren de alguna discapacidad. La falta de ambientes físicos adecuados a las necesidades de las personas con discapacidad ha desencadenado, primero, su marginación y, luego, su exclusión de todos estos procesos sociales, presentándose tales déficits de organización de la estructura social como

el principal impedimento para que este sector de la población acceda al goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades”.

21. De lo que se trata no es de favorecer a unas personas con base en su discapacidad, sino asegurarles que su condición no constituya un obstáculo para su realización personal y profesional en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad. Está claro que para alcanzar tal situación de igualdad las personas con discapacidad, requerirán que se realicen determinados ajustes en las condiciones o infraestructura disponible, pero este es un tratamiento diferenciado impuesto por el principio incorporado en el inciso 2º del artículo 2 de la Constitución.
22. Esta lógica es la que adopta la Ley General de la Persona con Discapacidad en cuanto establece en su artículo 8.2 que: “Es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas. Se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, incluida la denegación de ajustes razonables. No se consideran discriminatorias las medidas positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de hecho de la persona con discapacidad”.
23. Ahora bien, cuando se añade el adjetivo “razonable” a los ajustes que pueden ser demandados, se fija el límite de los mismos, dejando implícita la idea de que resultan exigibles mientras no impongan al obligado el deber de soportar una “carga indebida”. Ello bajo la comprensión de que la existencia de un costo económico por sí mismo no es impedimento para considerarlo razonable. En buena cuenta, cabría sostener que el ajuste puede ser considerado como razonable, y, por lo tanto, resultar exigible, siempre que resulte adecuado a las necesidades de la o las personas con discapacidad favorecidas y no imponga obligaciones desproporcionadas o costos excesivos al obligado a realizarlos.
24. Por otro lado, las medidas afirmativas, si bien favorecen a un grupo indeterminado pero determinable, están basadas en la necesidad de suplementar la posición de determinados sectores que se encuentran relegados o marginados como producto del género, la raza o la discapacidad, entre otros factores. El propio constituyente ha dispuesto que se brinde especial protección a la madre, al niño, al adolescente y al anciano en abandono. El artículo 7 de la constitución añade que: “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. A su turno, el artículo 23 establece que se debe brindar especial protección: “... a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”. En dicho contexto constitucional queda claro que deben existir medidas afirmativas que aseguren el respeto de la dignidad y la integración social y laboral de las personas con discapacidad.
25. Como es evidente, la Constitución se limita a presentar el marco dentro del que debe desenvolverse el legislador estableciéndole un deber positivo de actuación sin especificar el concreto contenido que debe tener esa especial protección. Este Tribunal, en

reiterados casos, ha admitido, de modo explícito la legitimidad de las medidas afirmativas, en cuanto sostuvo que: "... el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como 'discriminación positiva o acción positiva - affirmative action-'. La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado" (STC 00048-2004-PI/TC, Fundamento Jurídico 63. Este criterio sería reiterado en las STC 00050-2004-AI/TC, 00033-2007-PI/TC y 02861-2010-PA/TC, entre otras).

Análisis del caso concreto

26. En caso de autos, se aprecia que el demandante solicita que se ordene su reinserción laboral, en un puesto de trabajo dependiente del Ministerio de Energías y Minas. Señala que ya había comunicado de su situación a la demandada sin obtener respuesta favorable al respecto
27. En efecto, del estudio de los actuados, es posible advertir que el demandante envió cartas dirigidas al viceministro del despacho de Energía y Minas, en los meses de junio y setiembre de 2009, así como en el mes de abril de 2010, solicitando se le otorgue una audiencia en donde pueda exponer su caso (fojas 22 y 25). Sin embargo, no obtuvo respuesta inmediata a dichas solicitudes, pese a que la Defensoría del Pueblo, mediante los oficios 941, 572 y 360-2010-OP/OD-LIMA-BA (fojas 15 a 21), recomendara brindar de manera inmediata respuesta al pedido del recurrente.
28. Es recién en el año 2011 cuando, mediante el oficio 1643-2011-MEM/SEG, de fecha 20 de septiembre (fojas 195), expedido por el secretario general del Ministerio de Energía y Minas se le responde arguyendo que, luego de haber efectuado la consulta a la Dirección General de Electricidad, se le informó que la relación laboral había terminado, añadiendo que en "el supuesto improbable caso de que aún exista minas antipersonales pendientes del desminado respectivo, dicha labor debería ser realizada por el ministerio a través de una persona jurídica con alta capacidad, experiencia suficiente y logística suficiente dado lo delicado de este tipo de trabajo (...)".
29. Dicha respuesta, como resulta claro, cierra por completo las posibilidades al actor de ser tomado en cuenta para este tipo de trabajos en el demandado ministerio. Por ende, a nuestro entender, ello representaría, por las particulares circunstancias de este caso concreto y las convenciones internacionales que obligan al país en materia de discapacidad y en materia de desminado antipersonal, una violación de su derecho al trabajo, en su dimensión de acceso, por lo que corresponde declarar fundada la demanda.
30. Siendo así, y dada la excepcionalidad de la reinserción laboral que debe ordenarse en el presente caso, correspondería que dicha reinserción se realice en un puesto de trabajo en el mismo ministerio o en alguna de sus empresas adscritas, como trabajador a plazo

indeterminado en un cargo igual o de similar categoría o nivel, en el plazo de dos meses, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

31. Finalmente, debe ordenarse también el respectivo pago de los costos procesales, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Por las razones expuestas, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda, al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo. En consecuencia, se debe **ORDENAR** al Ministerio de Energía y Minas la reinserción, en un plazo máximo de dos meses, de Faustino Víctor Luis Lazo Collado en un puesto de trabajo a plazo indeterminado, en un cargo igual o de similar categoría o nivel, en el mismo ministerio o en alguna de las empresas adscritas al mismo. Asimismo, se debe **ORDENAR** el respectivo pago de los costos procesales.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

