TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo XII - Volumen 2

(Enero - diciembre 2021)

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo XII - Volumen 2
(Enero - diciembre 2021)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo XII - Volumen 2
(Enero - diciembre 2021)

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 2024

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FONDO EDITORIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Tomo XII - Volumen 2 (Enero - diciembre 2021)

Primera edición: diciembre 2024

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2024-12091
ISBN: 978-612-45731-8-7

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

Impreso en Perú
Tiraje: 150 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 PERÚ

Presidenta
Luz Pacheco Zerga

Vicepresidente
Helder Domínguez Haro

Magistrados
Francisco Morales Saravia
Gustavo Gutiérrez Ticse
Manuel Monteagudo Valdez
Cesar Ochoa Cardich
Pedro Hernández Chávez

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Director General
César Ochoa Cardich

Asesor jurisdiccional con funciones de Director Ejecutivo
Juan Manuel Sosa Sacio

Director de Publicaciones y Documentación
Alfredo Orlando Curaca Kong

Directora de Estudios e Investigación
Nadia Iriarte Pamo

Asesora Jurisdiccional con funciones de Directora Académica
María Candelaria Quispe Ponce

ÍNDICE
DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL AÑO JURISDICCIONAL 2021

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1. PROCESOS DE AMPARO

- Expediente 03925-2017-PA/TC. Sentencia 63/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 31 de enero de 2021 y en el diario El Peruano el 16 de julio de 2021)

  Caso Silva Arosmena

  Proceso de amparo promovido por Vithnar Silva Arosemena, en representación de su hijo de iniciales R.R.S.C, contra la Unidad de Gestión Educativa Local 03, Lima, y el Ministerio de Educación. En la demanda, alegó principalmente la vulneración del derecho a la educación de su hijo. Asimismo, solicitó la inaplicación de las resoluciones ministeriales y directivas en las cuales se dispone que solo pueden acceder a la matrícula en el primer grado de educación primaria los niños y niñas que hayan cumplido seis años al 31 de marzo. En consecuencia, solicita se disponga la matrícula de su hijo en el primer grado de educación primaria, previa evaluación psicomotriz 23

- Expediente 04386-2017-PA/TC. Sentencia 55/2021 (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 01 de febrero de 2021 y en el diario El Peruano el 30 de julio de 2021)

  Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Municipal De Ahorro y Crédito De Piura SAC (CMAC Piura SAC) y Edward Antonio Muñoz Salazar

Proceso de amparo promovido por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC y Edward Antonio Muñoz Salazar contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC. Los recurrentes alegaron la vulneración de sus derechos al trabajo, a la inviolabilidad de comunicaciones, entre otros. Asimismo, solicitaron que se declare nulo el despido de Edward Antonio Muñoz Salazar y, en consecuencia, se reincorpore al secretario de organización del sindicato en el cargo de asesor de finanzas empresariales y supervisor de seguridad y salud en el trabajo de la agencia Talara, y se ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir 63

- Expediente 02124-2017-PA/TC. Sentencia 96/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 5 de febrero de 2021 y en el diario El Peruano el 24 de julio de 2021)

  Caso Ayora Inoñán

  Proceso de amparo promovido por Maxs Deyvis Ayora Inoñán contra el BBVA Banco Continental y sus representantes. El recurrente alegó la vulneración de sus derechos a la igualdad y a no ser discriminado, al debido proceso, entre otros. Asimismo, solicitó que se declare la nulidad de la carta mediante la cual el banco demandado le comunica su decisión de cerrar su cuenta de pago de haberes. En consecuencia, solicitó se ordene la inmediata reactivación de la referida cuenta, así como el libre acceso a todos los servicios bancarios que brinda 95

- Expediente 04795-2017-PA/TC. Sentencia 1135/2020 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 5 de febrero de 2021 y en el diario El Peruano el 11 de septiembre de 2021)

  Caso González Vásquez

  Proceso de amparo promovido por Gloria Natalia González Vásquez contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. La recurrente alegó la vulneración de sus derechos a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, y al trabajo. Asimismo, solicitó que se ordene la renovación de su contrato administrativo de servicios en el cargo que venía desempeñando 111

- Expediente 03644-2017-PA/TC. Sentencia 126/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 24 de febrero de 2021 y en el diario El Peruano el 30 de julio de 2021)

  Caso Páucar Cueva y otro

  Proceso de amparo promovido por Omar Leví Páucar Cueva y Jorge Armando Bonifaz Mere contra la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica y el Ministerio de Justicia. Los recurrentes alegaron la vulneración de su derecho al debido proceso y solicitaron que se declare la nulidad de la resolución a través de la cual se declaró fundada la demanda..... 165

- Expediente 04473-2014-PA/TC. Sentencia 205/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 28 de febrero de 2021 y en el diario El Peruano el 22 de julio de 2021)

  Caso Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú

  Proceso de amparo promovido por Princeton Dover Corporation (Sucursal del Perú) contra el Tribunal Fiscal. La compañía recurrente alegó la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la cosa juzgada, y solicitó que se deje sin efecto la resolución expedida por el Tribunal Fiscal en el marco del procedimiento administrativo-tributario seguido en su contra..... 197

- Expediente 03158-2018-PA/TC. Sentencia 154/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2021 y en el diario El Peruano el 30 de septiembre de 2021)

  Caso Condemayta y otros

  Proceso de amparo promovido por la Central Única de Rondas Campesinas, contra el juez del primer Juzgado Penal Unipersonal-Sede Quispicanchis de la Corte Superior de Justicia de Cusco. La controversia gira en torno a la dilucidación de si se ha producido o no una injerencia de parte de la jurisdicción ordinaria en la facultad jurisdiccional ejercida por las autoridades ronderas que promueven la demanda de amparo, vulnerando, en consecuencia, su autonomía jurisdiccional reconocida constitucionalmente 229

- Expediente 04382-2019-PA/TC. Sentencia 274/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 29 de marzo de 2021 y en el diario El Peruano el 18 de agosto de 2021)

  Caso LAN PERÚ S.A.

  Proceso de amparo promovido por LAN Perú S.A contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). El recurrente solicitó la inaplicación de la norma contenida en el numeral 66.7 del artículo 66 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, modificado por Ley 30046. Dicha norma, en líneas generales, regula la posibilidad de los consumidores del servicio de transporte de endosar o transferir la titularidad del servicio a favor de otro consumidor, o de postergar el servicio. Al respecto, el demandante alegó la vulneración de su derecho a la libertad de contratación..... 263

- Expediente 00538-2019-PA/TC. Sentencia 500/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 1 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 30 de setiembre de 2021)

  Caso Vilela Huamán

  Proceso de amparo promovido por Juan Rafael Vilela Huamán contra la Institución Educativa Privada Manuel Pardo. El recurrente solicitó que la demandada se abstenga de realizar todo tipo de acciones u omisiones que imposibiliten a su menor hija, de iniciales M.V.V.H. ingresar, participar y recibir clases de educación básica regular en la Institución Educativa Privada Manuel Pardo por ser la educación un derecho fundamental..... 271

- Expediente 01272-2015-PA/TC. Sentencia 668/2021. (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 8 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 22 de octubre de 2021).

  Caso Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú), representado por Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

  Proceso de amparo promovido por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú), contra la Municipalidad Provincial del Callao, con el objeto de buscar

básicamente tutela para los derechos a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas, así como para la protección de la salud de los vecinos de la provincia constitucional del Callao y se ordena la suspensión de la instalación de antenas de telefonía..... 309

- Expediente 00298-2020-PA/TC. Sentencia 694/2021. (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 20 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 12 de setiembre de 2021).

  Caso J. E. P. V.

  Proceso de amparo promovido por José Edmundo Paredes Velásquez contra el EsSalud y el Hospital Nacional Edgardo Rebagliatti Martins, en el que solicita se le traslade a un centro de salud especializado a fin de que se le brinde el tratamiento adecuado que requiere para las múltiples enfermedades que padece, a fin de que sea atendido por un equipo multidisciplinario que incluya la evaluación por médico infectólogo, exámenes auxiliares, así como los tratamientos y rehabilitaciones especializadas y se le otorgue medicación oportuna, todo bajo la cobertura íntegra de EsSalud, conforme a lo dispuesto en la Ley 26626, que encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el virus de inmunodeficiencia humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual 337

- Expediente 01594-2020-PA/TC. Sentencia 676/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 16 de noviembre de 2021).

  Caso D. P. F. E.

  Proceso de amparo promovido por D.P.F.E. contra el Director General de Personal de la Marina de Guerra del Perú y el Comandante General de la Marina, a los efectos que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 085-2014 MGP/DGP, de fecha 5 de febrero de 2014, y que se le incorpore al Instituto Superior Tecnológico Naval CITEN, toda vez que sus derechos a la igualdad, a no ser discriminada y a la educación, han resultado vulnerados, al haber sido dada de baja por una inaptitud psicofísica de origen psicosomático, por encontrarse la demandante en estado de gestación 357

• Expediente 01146-2021-PA/TC. Sentencia 738/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 30 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 15 de setiembre de 2021).

Caso Zapata López

Proceso de amparo promovido por Pablo José Zapata López contra la Gerencia General de SALUDPOL, representada por la Procuraduría Pública del Ministerio del Interior, en el que solicitó se declare la inaplicación del numeral 8, literal b del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, del Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú; y, por ende, la nulidad del Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016, que denegó su solicitud de adquisición de dos audífonos para su hijo, el paciente don Pablo José Zapata López; y en consecuencia, que la parte demandada adquiera y le entregue el material biomédico de ayuda auditiva mencionado 391

• Expediente 00374-2017-PA/TC. Sentencia 785/2021. (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 29 de setiembre de 2021 y en el diario El Peruano el 20 de octubre de 2021).

Caso Chapoñan Meza

Proceso de amparo promovido por Kimberly Angela Chapoñan Meza contra el Comandante General de la Marina de Guerra del Perú, en el que solicita se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 566- 2014-MGP/DGP de fecha 02 de julio de 2014, y de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0563-2014-CGMG de fecha 04 de septiembre de 2014, a través de las cuales le dieron de baja del Instituto Naval CITEN debido a su embarazo y, en consecuencia, se disponga su reincorporación en el Instituto Superior Tecnológico Naval – CITEN, por cuanto se le habían vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad..... 433

• Expediente 02309-2021-PA/TC. Sentencia 974/2021. (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 22 de diciembre de 2021 y en el diario El Peruano el 26 de febrero de 2022).

Caso W. D. L. A.

Proceso de amparo promovido por W.D.L.A. en representación de su menor hijo P.D.A.L.N. contra el Procurador Público del Ministerio de Educación y otros, en el que solicitó se ordene la matrícula de su menor hijo en el primer grado de primaria de la Institución Educativa Particular (IEP) San Vicente para el periodo lectivo de 2018; y además que, se dé la validación de la referida matrícula en el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión de la Institución Educativa (Siagie); y, la inaplicación de la norma técnica denominada "Normas y Orientaciones para el Desarrollo Escolar 2018 en Instituciones Educativas y en Programas de la Educación Básica", aprobada por Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU 465

- Expediente 03777-2017-PA/TC. Sentencia 1161/2020 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 31 de enero de 2021 y en el diario El Peruano el 18 de septiembre de 2021)

  Caso Municipalidad Provincial del Callao

  Proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Callao contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial. En la demanda, alegó la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales. Asimismo, solicitó que se declaren nulas las resoluciones emitidas por el Tercer Juzgado Civil del Callao y la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao en el proceso de amparo recaído en el Expediente 2262-2014 497

- Expediente 03107-2019-PA/TC. Sentencia 15/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 31 de enero de 2021 y en el diario El Peruano el 16 de julio de 2021)

  Caso Procurador público especializado en delitos de corrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

  Proceso de amparo promovido por la procuradora pública adjunta Especializada en Delitos de Corrupción, contra los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. La recurrente solicitó que se declare la

nulidad de la ejecutoria suprema en el extremo que declaró no haber nulidad en la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que falló absolviendo a Rómulo Augusto León Alegría y otros como autores e instigadores del delito de tráfico de influencias, entre otros delitos en agravio del Estado. Al respecto, la procuradora pública alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales por incongruencia omisiva..... 519

- Expediente 00199-2017-PA/TC. Sentencia 97/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 1 de febrero de 2021 y en el diario El Peruano el 20 de julio de 2021)

  Caso GREMCITEL, representada por Isy Ralph Levy Calvo

  Proceso de amparo promovido por el representante de Gremcitel S.A contra el Instituto Nacional de Cultura. El objeto de la demanda de amparo es que se dejen sin efectos las Resoluciones Directorales 1342/INC, 1669/INC y 1137/INC, expedidas por la demandada; y que, en consecuencia, se le permita a la actora desarrollar los proyectos integrales relativos a concursos públicos, y el proyecto denominado Complejo Residencial Punta del Sol. Al respecto, la recurrente señala que dichas resoluciones vulneran sus derechos a la propiedad, al debido proceso, a la irretroactividad de las normas, a la libertad de contratar, entre otros..... 535

B.2. PROCESOS DE HABEAS CORPUS

- Expediente 01504-2019-PHC/TC. Sentencia 526/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 1 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 15 de setiembre de 2021).

  Caso Ali Shehabaldeen

  Proceso de amparo promovido por Mahmoud Ali Hassein Ali Shehabaldeen representado por Jesús Guillermo Chang Martínez, representante de Acidein Henry Paricahua Carcausto, Gerente de Servicios Migratorios – MIGRACIONES, en el que solicitó la nulidad de la Resolución de Gerencia N° 5750-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, que declaró improcedente su solicitud de cambio de calidad migratoria de turista a familiar de residente, y de la Resolución

de Gerencia N° 8742-2018- MIGRACIONES-SM-CCM, que desestimó su recurso de reconsideración contra la primera resolución, alegando la afectación de sus derechos a un debido proceso administrativo y a la protección de su matrimonio y familia por parte del Estado, en conexidad con el derecho a la libertad individual y al libre tránsito que le permita movilizarse regular y legalmente sin restricciones algunas dentro del territorio peruano 583

- Expediente 03085-2019-PHC/TC. Sentencia 162/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 8 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 15 de setiembre de 2021).

  Caso Jara Aquino

  Proceso de amparo promovido por Clemencia Jara Aquino representada por Diana Yaimi Alania Jara, contra el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tumbes y contra la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, en el que solicitó se declare la nulidad de la Resolución 12, de fecha 15 de agosto de 2012 (f. 9), sentencia que condena a la favorecida; y (ii) de la Resolución 14, de fecha 6 de diciembre de 2012 (f. 26), que la confirma. Se alega la vulneración del derecho de defensa, toda vez que la favorecida es quechuahablante y debió ser asistida por un intérprete 617

- Expediente 01543-2019-PHC/TC. Sentencia 729/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 30 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 22 de octubre de 2021).

  Caso Fernández Díaz

  Proceso de amparo promovido por José Fernández Díaz contra la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de san Martín y otro, representada por el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, en el que solicitó se declare la nulidad de las sentencias que condenaron a José Fernández Díaz como autor del delito de violación sexual de menor de edad en incapacidad de resistir, y que se actúen las pruebas expuestas por una de las juezas en su voto en minoría. Alegó que se vulneraron sus derechos al debido proceso, a la defensa, al principio de legalidad y a la presunción de inocencia..... 635

- Expediente 01004-2021-PHC/TC. Sentencia 789/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 25 de octubre de 2021 y en el diario El Peruano el 15 de noviembre de 2021).

  Caso Linares Cano

  Proceso de amparo promovido por Alvaro Martín Linares Cano representado por su madre María Rocío Cano Guerinoni contra la Clínica Pinel SRL, don Luis Otoya Camino y don Walter Ricardo Linares Arenaza, en el que solicitó se ordene la invalidez del internamiento involuntario de don Álvaro Martín Linares Cano realizado por la Clínica Pinel SRL; así como, se ordene que la clínica demandada libere de forma inmediata Álvaro Martín Linares Cano sin la exigencia de los requisitos adicionales, en razón de que su internamiento fue inválido; se ordene a la clínica demandada la entrega del historial médico completo de don Álvaro Martín Linares Cano; y, se declare que la clínica demandada y los médicos tratantes del favorecido cometieron tratos crueles en perjuicio de su integridad. Se alegó la vulneración de los derechos a la libertad personal y a la integridad física del favorecido 653

- Expediente 02825-2017-PHC/TC. Sentencia 973/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 18 de diciembre de 2021 y en el diario El Peruano el 28 de febrero de 2022.)

  Caso Rojas Carhuallanqui

  Proceso de amparo promovido por Eleodoro Rojas Carhuallanqui representado por Erick Luis Rojas Lazaro contra el Ministerio del Interior, en el que solicitó la suspensión de la rueda de prensa programada para el 17 de abril del 2017, a las 15:00 horas, en la DIVINCRI, en la que se presentará a nivel nacional a don Eleodoro Rojas Carhuallanqui como integrante de la organización criminal "La Gran Familia del Centro", por considerar que afecta al principio de presunción de inocencia, el derecho al honor, la buena reputación, y no someterse a tratos crueles e inhumanos 679

- Expediente 01660-2018-PHC/TC. Sentencia 982/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el día 31 de diciembre de 2021 y en el diario El Peruano el 24 de enero de 2021)

Caso Polay Campos y otros

Proceso de hábeas corpus promovido por Víctor Alfredo Polay Campos y otros, contra el jefe del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao. El petitorio de la demanda tuvo como objeto que el demandado deje de incurrir en diversos actos como la desatención progresiva de la salud de los favorecidos, la negativa a brindarles educación, el aislamiento individual, etc. Asimismo, alegaron que dichos actos atentaban contra sus derechos a la educación, a la salud, entre otros 703

- Expediente 02970-2019-PHC/TC. Sentencia 641/2021 (publicada en la web del Tribunal Constitucional el 25 de junio de 2021)

Caso Rudas Valer

Proceso de hábeas corpus promovido por Marcelina Rudas Valer a favor de Jhojana Rudas Guedes contra el jefe institucional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), don Jorge Yrivarren Lazo. Solicitan la inaplicación del artículo 20 del Código Civil, a fin de que a Jhojana Rudas Guedes se le emita el Documento Nacional de Identidad (DNI) con ese nombre, esto es, anteponiendo el apellido materno al paterno. Alegan la vulneración del derecho fundamental a la identidad de la demandante Jhojana Rudas Guedes..... 735

B.3. PROCESOS DE HABEAS DATA

- Expediente 01071-2018-PHD/TC. Sentencia 130/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 14 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 22 de noviembre de 2021).

Caso C. W. H. M.

Proceso de hábeas data promovido por C.W.H.M. contra el Diario La Verdad de Lambayeque, en el que solicitó que el diario La Verdad de Lambayeque suprima una información que alude a sus nombres y apellidos, contenida en la noticia de fecha 17 de junio de 2017 alojada en su página web y en sus redes sociales, bajo el título «Hijo de ex regidora es acusado de violar a dos menores», donde se

consigna, con su nombre y apellido, que es padre de la menor de edad que ha resultado víctima del delito de violación sexual que se viene investigando 779

- Expediente 03062-2018-PHD/TC. Sentencia 11/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 3 de marzo de 2021)

  Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (SINATRACMAC)

  Proceso de hábeas data promovido por SINATRACMAC PIURA, contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura S.A.C., a fin de que se ordene la entrega de la copia legalizada del comprobante de pago emitido por el notario Enrique Guerrero Fows, por el servicio contratado por la entrega de carta notarial de fecha 30 de marzo de 2016 (carta de preaviso de despido del secretario del sindicato demandante), y demás documentos 793

B.4. PROCESOS DE CUMPLIMIENTO

- Expediente 01717-2014-PC/TC. Sentencia 652/2021 (publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 1 de julio de 2021 y en el diario El Peruano el 30 de septiembre de 2021)

  Caso Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Peru (IDLADS), representado por Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

  Proceso de cumplimiento promovido por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú contra el Ministerio de Energía y Minas y el procurador público del Ministerio de Energía y Minas. El recurrente solicitó que se dejen sin efecto las resoluciones ministeriales que aprueban los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. Al respecto, alegó la vulneración del derecho a la consulta previa. 803

ÍNDICE TEMÁTICO..... 835

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1. PROCESO DE AMPARO

Pleno. Sentencia 63/2021
Exp. N° 03925-2017-PA/TC-
LIMA
VITHNAR SILVA AROSEMENA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de octubre de 2020, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 03925-2017-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales y Blume Fortini formularon fundamentos de voto.

Los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos 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, 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, 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 y Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Vithnar Silva Arosemena, en representación de su hijo de iniciales R.R.S.C., contra la resolución de fojas 278, de fecha 6 de junio de 2017, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 19 de junio de 2015, don Vithnar Silva Arosemena, en representación de su hijo de iniciales R.R.S.C., presenta demanda de amparo contra la Unidad de Gestión Educativa Local 03, Lima, y el Ministerio de Educación por intermedio de sus procuradores públicos encargados de los asuntos judiciales. Solicita se declaren inaplicables las Resoluciones Ministeriales 622-2011-ED y 044-2012-ED, así como las resoluciones y directivas dictadas con posterioridad, mediante las cuales se dispone que solo pueden acceder a la matrícula del primer grado de educación primaria los niños y niñas que hayan cumplido seis años al 31 de marzo y que, como consecuencia de ello, se disponga la matrícula de su hijo de iniciales R.R.S.C. en el primer grado de educación primaria en la institución educativa particular "Innova School" previa evaluación psicomotriz a fin de evaluar su condición de madurez física y emocional. Considera que se han violado los derechos a la educación y al debido proceso.

Contestación de la demanda

Con fecha 28 de setiembre de 2015, la procuradora pública adjunta a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación se apersona al proceso, deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Manifiesta que se ha producido la sustracción de la materia debido a que las normas que se cuestionan han sido dejadas sin efecto y que, en todo caso, se debe entender que la norma cuya inaplicación solicita es la Resolución Ministerial 0556-2014-MINEDU, de fecha 15 de diciembre de 2014, que aprueba las "Normas y Orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2015 en la Educación Básica", frente a la cual corresponde demandar a través de un proceso de acción popular.

Agrega, además, que las matrículas se realizan de acuerdo a la edad cronológica de los niños considerando los años cumplidos al 31 de marzo, y que, en el presente caso, el hijo del recurrente no cumplió con dicho requisito, pues cumplió seis años el 20 de abril de 2015, con lo cual correspondía ser matriculado en el aula de cinco años y no en la de primer grado de educación primaria.

Sentencia de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 7, de fecha 27 de mayo de 2016, declaró infundada la excepción de incompetencia por razón de la materia y, mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2016, declaró fundada la demanda. Y es que a su juicio, si bien el hijo del recurrente no cumplió con el requisito de la edad al 31 de marzo de 2015 para acceder a la matrícula en el primer grado de educación primaria, alcanzó la edad requerida el 20 de abril de 2015, esto es, solo 20 días después. Además, estando a que la diferencia es mínima (20 días), ello no justifica que se le impida el acceso al referido nivel de enseñanza.

Resolución de segunda instancia o grado

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 14, de fecha 6 de junio de 2017, revocó la resolución apelada y, declaró improcedente la demanda. Ello supuestamente en mérito a que, a la fecha de expedición de la resolución, el hijo del recurrente cuenta con ocho años de edad, con lo cual no resulta posible

ordenar su matrícula en el nivel de primer grado de educación primaria para el periodo 2015, pues el plazo para la referida matrícula transcurrió en exceso. En tal sentido, ya no es posible el efecto restitutorio que se pretende mediante el proceso de amparo.

De otro lado, esa Sala consideró que, a través de la sentencia de acción popular recaída en el Expediente 1857-2012, de fecha 23 de mayo de 2013, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ratificó la constitucionalidad de la Directiva para el Año Escolar 2011, aprobada por Resolución Ministerial 348-2010-ED, norma que calificó como materialmente idéntica a la que se cuestiona en autos. Por ende, no se podría cuestionar la constitucionalidad de una norma por la exigencia de la edad cronológica para la matrícula en el primer grado de educación primaria.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. Pese a que de autos no se acredita alguna respuesta formal previa a la presentación de la demanda que haya denegado el registro de la matrícula del menor de iniciales R.R.S.C. por parte de los demandados, se advierte que la madre de aquel, doña Gloria Isabel Canevaro Lara, con fecha 26 de mayo de 2015, y mediante el Formulario Único de Trámite (FUT), presentó reclamo contra la Ugel 03 - Lima. Ello ante una aparente negativa en la matrícula de su hijo para acceder al primer grado de educación primaria (folio 9).

2. En tal sentido, constatada la falta de respuesta de los demandados al referido reclamo y dado que el uso de los recursos necesarios a fin de agotar las vías administrativas pertinentes para salvaguardar los derechos constitucionales invocados en la presente demanda pudieran hacer que la probable vulneración se torne en irreparable, corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

Delimitación del asunto litigioso

3. Conforme se aprecia de autos, la parte recurrente solicita la inaplicación de las Resoluciones Ministeriales 622-2011-ED y 044-2012-ED, así como las resoluciones y directivas dictadas con posterioridad, en las cuales se dispone que solo pueden acceder a la

matrícula en el primer grado de educación primaria los niños y niñas que hayan cumplido seis años al 31 de marzo. Se pide entonces que, como consecuencia de ello, se disponga la matrícula de su hijo de iniciales R.R.S.C. en el primer grado de educación primaria en la institución educativa particular Innova School en el año escolar 2015, previa evaluación psicomotriz a fin de evaluar su condición apta de madurez física y emocional.

4. Los demandados alegan que no corresponde la referida matrícula, toda vez que, conforme a las directivas expedidas por el Ministerio de Educación (en particular, la que resulta aplicable al caso de autos, la Resolución Ministerial 556-2014Minedu), solo pueden matricularse los niños que han alcanzado el requisito de haber cumplido seis años al 31 de marzo.

5. Asimismo, es pertinente señalar que, de lo expuesto en la demanda, deriva que el recurrente solicita el registro de la matrícula en la institución educativa particular Innova School. Sin embargo, luego de admitida aquella, se exige el reconocimiento de los estudios efectivamente cursados en la institución educativa Santísima Trinidad (folios 121 y 152), en razón de que la primera de ellas se negó a la matrícula de su hijo en atención a las directivas del Ministerio de Educación.

6. En consecuencia, y considerando que el menor habría realizado estudios efectivos en el primer grado de educación primaria y en los posteriores años en la institución educativa Santísima Trinidad, corresponde analizar si las razones que sustentan la negativa de los demandados de reconocer la matrícula solicitada y de proceder a su registro en el SIAGIE son conformes a la Constitución.

7. Al respecto, es necesario precisar que, conforme a la Resolución Ministerial 0556- 2014-MINEDU, de fecha 15 de diciembre de 2014, la cual aprueba las "Normas y Orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2015 en la Educación Básica", el SIAGIE (Sistema de Información de Apoyo a la Gestión en la Institución Educativa) es un aplicativo informático de carácter oficial a través del cual se expiden todos los documentos oficiales vinculados con la materia aquí en debate.

El derecho a la educación y al libre desarrollo de la persona humana

8. Para este Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16 de la Carta de 1993), 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 de la Constitución vigente). 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).

9. El derecho a la educación es un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política (primer párrafo del fundamento 6 de la sentencia recaída en el expediente 00091-2005-PA/TC).

10. En el mismo sentido, el artículo 13 de la Constitución Política del Perú establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y su artículo 14 estipula que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. En líneas generales, prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad.

11. El ejercicio cabal del derecho a la educación permite, en buena cuenta, el cumplimiento de lo establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, relativo al libre desarrollo de la persona humana. Ello presupone un proceso de transmisión del saber y la afirmación de valores que ayuden a la persona en su desarrollo integral y en la realización de sus proyectos de vida en comunidad (párrafo 6 del fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente 04232-2004-PA/TC).

12. La educación, en ese orden de ideas, también se configura como un servicio público, en la medida en que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de estos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen, cuan siquiera en último término, como fundamento el principio de la dignidad humana (fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente 04232-2004-PA/TC).

13. En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada mediante Resolución Legislativa 13282, establece:

> La 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.

14. En el mismo sentido, el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), del que el Perú es parte, establece lo siguiente:

> Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la Paz.

15. En términos similares se pronuncia el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su artículo 13.2, que dispone lo siguiente:

> Los Estados parte en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.

16. Ahora bien, el proceso educativo no solo se restringe a la mera acción de los centros educativos, ni tampoco al entorno familiar. Además de ello, es necesario que el Estado, a través de su aparato administrativo, asuma, ante todo, un rol tutelar dentro de dicho proceso y no únicamente prestacional. Por ende, se encuentra obligado a adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias para que el ejercicio del derecho a la educación sea efectivo, lo que incluye, entre otras cosas, el reconocimiento de los que satisfactoriamente hubieren sido realizados (fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente 02595-2014-PA/TC).

El interés superior del niño y su calidad de sujetos de especial protección

17. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial y prioritario del Estado, y es de cara a ello que las políticas estatales deben dirigir sus esfuerzos. En efecto, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú así lo ha considerado, al establecer que la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente, entre otros grupos que se encuentran en la misma situación.

18. El artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) señala que "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

19. La Convención Americana de Derechos Humanos o también denominado Pacto de San José, en su artículo 19, establece que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

20. Además, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Resolución Legislativa 25278, establece en su artículo 3 lo siguiente:

> 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

21. En ese mismo tenor, el artículo 29 de la precitada Convención sobre los Derechos del Niño establece que la educación del niño debe encaminarse a las siguientes finalidades:

    a. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

    b. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c. Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e. Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

22. En consecuencia, la Convención sobre Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas, sino incluso a las entidades privadas, a fin de que, en cualquier medida que adopten, velen por el interés superior del niño, el cual tiene que anteponerse a cualquier otro interés. El Estado debe velar por la vigencia del derecho de acceso a la educación en situación de igualdad y no discriminación; y, ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, debe preferirse este indudablemente ante cualquier otro. La niñez constituye un grupo de interés y de protección prioritario del Estado, y es de cara a ello que las políticas estatales deben dirigir sus esfuerzos (fundamento 46 de la sentencia recaída en el expediente 4646-2007-PA/TC).

23. En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, el interés superior de ellos frente a cualquier tipo de interés. Aquello presupone colocar a los niños en un lugar privilegiado, en el cual deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentra en situación de indefensión. Por ende requieren de especial atención por parte de la familia, la

sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

El derecho a la educación como derecho de configuración legal

24. Los derechos fundamentales participan de un presupuesto ético y jurídico cifrado en el principio-derecho de la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución Política), y 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 2.1 de la Constitución). Es con este presupuesto que se comprende toda la virtualidad constitucional del derecho fundamental a la educación (fundamentos 1 y 2 de la sentencia recaída en el Expediente 00017-2008-PI/TC).

25. Ahora bien, queda claro que la educación es un derecho fundamental constitucionalmente protegido. No obstante ello, y sobre todo en situaciones como las propias del presente caso, su contenido requiere ser delimitado por ley, con lo cual nos encontramos frente a leyes de configuración de derechos fundamentales. Ciertamente, el legislador cumple su rol al definir mediante ley la política social dentro de un Estado Constitucional, así como el Gobierno cuando elabora las normas que le corresponden (directivas y reglamentos) con las políticas públicas, y siempre bajo los márgenes legales o constitucionales.

26. Así lo establece el artículo 16 de la Constitución Política al señalar que "el Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación".

27. Concretamente, es la Ley 28044, Ley General de Educación, una de las normas que delimitan la política educativa en nuestro país, pues su objeto es establecer los lineamientos generales de la educación y del sistema educativo peruano, así como las atribuciones y obligaciones del Estado y los derechos y responsabilidades de las personas y la sociedad en su función educadora. Rige todas las actividades educativas realizadas dentro del territorio nacional, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras (artículo 1).

28. En lo que interesa para el presente caso, es el artículo 36 de la precitada norma la cual determina los niveles de educación básica y los rangos de edades para alcanzar dichos niveles. Allí, en relación con los niveles para inicial y primaria se establece lo siguiente:

    a) Nivel de Educación Inicial: La educación inicial constituye el primer nivel de la Educación Básica Regular, y comprende a niños menores de 6 años y se desarrolla en forma escolarizada y no escolarizada conforme a los términos que establezca el Reglamento. El Estado asume también sus necesidades de salud y nutrición a través de una acción intersectorial. Se articula con el nivel de Educación Primaria asegurando coherencia pedagógica y curricular, conservando su identidad, especificidad, autonomía administrativa y de gestión.

    Con participación de la familia y de la comunidad, la educación inicial cumple la finalidad de promover prácticas de crianza que contribuyan al desarrollo integral de los niños, tomando en cuenta su crecimiento socioafectivo y cognitivo, la expresión oral y artística y la sicomotricidad y el respeto de sus derechos.

    b) **Nivel de Educación Primaria:** La educación primaria constituye el segundo nivel de la Educación Básica Regular y dura seis años. Tiene como finalidad educar integralmente a niños. Promueve la comunicación en todas las áreas, el manejo operacional del conocimiento, el desarrollo personal, espiritual, físico, afectivo, social, vocacional y artístico, el pensamiento lógico, la creatividad, la adquisición de las habilidades necesarias para el despliegue de sus potencialidades, así como la comprensión de los hechos cercanos a su ambiente natural y social.

29. Según los términos expuestos en la citada ley, el Ministerio de Educación, año tras año, ha aprobado las directivas para el desarrollo de cada año escolar en las instituciones de educación básica. Entre estas, la Resolución Ministerial 0556-2014- MINEDU, de fecha 15 de diciembre de 2014, que aprueba las "Normas y Orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2015 en la Educación Básica", en la que se incluye como uno de los requisitos para acceder al nivel de primer grado de educación primaria haber cumplido seis años al 31 de marzo.

Análisis del caso concreto

30. En la directiva "Normas y Orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2015 en la Educación Básica" se estableció que, para acceder a la educación primaria, se requiere lo siguiente:

> La matrícula para el primer grado se realizará considerando a los niños y niñas que durante el 2014 fueron matriculados en inicial de cinco años, para lo cual deben presentar la Ficha Única de Matrícula.
>
> La matrícula de los estudiantes que ingresan por primera vez a la educación básica regular en el primer grado de primaria y que no proceden de ningún sistema escolarizado deberá tener en cuenta las siguientes condiciones: la presencia de por lo menos uno de los padres o del tutor, contar con los documentos señalados en el acápite 5.1.2, que el estudiante haya cumplido seis años de edad hasta el 31 de marzo de 2015.

31. De lo expuesto, se desprende que la precitada disposición prescribe, entre otras cosas, una regla clara: que los menores que no hayan cumplido los seis años al 31 de marzo de 2015 no pueden acceder a la matrícula en el primer grado de educación primaria. Sin embargo, el menor de iniciales R.R.S.C. habría iniciado estudios en la Institución Educativa Particular Santísima Trinidad, pese a que cumplió los seis años en fecha posterior, esto es, el 20 de abril de 2015. Eso se advierte de su acta de nacimiento (folio 3), pero también de luego comprobar que además habría realizado los siguientes estudios:

    a) Primer grado educación primaria concluido en el 2015, conforme se aprecia del Informe de Rendimiento Académico correspondiente al año 2015 (folio 316), al diploma de aprovechamiento en el que el menor obtiene el segundo puesto (folio 317) y al Registro de Evaluación Escolar del año 2015 (folio 318).

    b) Segundo grado de educación primaria concluido en el 2016, conforme se advierte del Informe de Rendimiento Académico correspondiente al año 2016 (folio 319), al diploma de aprovechamiento en el que el menor obtiene el primer puesto (folio 320) y al Registro de Evaluación Escolar del año 2016 (folio 321).

c) Estudios de tercer grado de educación primaria durante el 2017 (primer y segundo trimestre) conforme se aprecia del Registro de Evaluación Escolar correspondiente al año 2017 (folio 322).

32. En tal sentido, se acredita que la matrícula fue realizada informalmente por las autoridades del centro educativo Santísima Trinidad durante los años 2015, 2016 y 2017, sin que se le haya registrado con código de alumno en el SIAGIE.

33. El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación, al contestar la demanda, alega que no le corresponde al menor la matrícula en el primer grado de educación primaria el 2015, puesto que, al 31 de marzo de dicho año, no cumplió con la edad cronológica requerida mediante la Resolución Ministerial 0556-2014-MINEDU, de fecha 15 de diciembre de 2014, que aprueba las "Normas y Orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2015 en la Educación Básica". Con ello cerró toda posibilidad de que se registre la matrícula del menor y se reconozcan los estudios que habría efectuado a la fecha, por lo que el supuesto acto lesivo se habría configurado en el hecho de no permitir el registro de matrícula en el SIAGIE y, subsecuentemente, desconocer los estudios efectuados por el menor.

34. Ahora bien, aunque es innegable que se ha incumplido con la citada resolución ministerial debido a que el menor inició prematuramente sus estudios escolares, es desproporcionado e irrazonable desconocer los estudios que materialmente ha realizado, en tanto que tal decisión contraviene manifiestamente su derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como su derecho a la educación, traducido en la permanencia y continuidad de sus estudios.

35. De otro lado, conviene tener presente que cuando el Ministerio de Educación exige cumplir las directivas en materia educacional, lo que se pretende es cautelar el desarrollo físico, psíquico y emocional de los menores estudiantes, pues su objetivo es salvaguardar el respeto de los procesos de desarrollo de los niños y niñas y la realización de los estudios de acuerdo con la edad cronológica adecuada con el fin de lograr su desarrollo integral. Con ello, se busca, asimismo, cautelar el ejercicio efectivo del derecho a la educación, empero, bajo ninguna circunstancia se deberá poner en riesgo justamente aquello que busca proteger, es decir, el desarrollo físico,

psíquico y emocional de un menor, que ve peligrar estos ante la amenaza de que se desconozcan los estudios que materialmente habría realizado o interrumpir la regularidad del proceso educativo que se está ejecutando.

36. Ciertamente, existen circunstancias en las cuales la aplicación de las disposiciones a algún caso concreto puede acarrear problemas que incluso lleven a la vulneración de algunos derechos fundamentales como en el presente caso. Sin embargo, ello no significa que dichas disposiciones sean inconstitucionales o inválidas *per se*, sino que la correcta aplicación de ellas debe darse ponderando también otros derechos, principios o valores constitucionales.

37. A todo aquello se suma que los niños y las niñas se encuentran entre quienes merecen una especial protección de parte del Estado y la sociedad en su conjunto, por lo que básicamente son las autoridades públicas, funcionarios y empleados del aparato estatal quienes tienen el deber de cautelar en todo momento los derechos fundamentales de los niños. En consecuencia, este Tribunal considera que la demanda debe estimarse, ya que se ha incumplido ese deber, puesto que el Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, se ha negado a registrar al menor en su base de datos o sistemas. Por ende, lo que existe es la posibilidad de que se termine desconociendo los estudios que ha realizado el argumento de que no se ha observado lo dispuesto en la Resolución Ministerial 0556-2014-MINEDU, el cual estipula, de manera imperativa, una edad cronológica mínima para comenzar los estudios escolares. Por consiguiente, queda claro que los emplazados no cumplieron con el mencionado especial deber de protección del interés del niño.

38. Este Tribunal Constitucional considera necesario agregar que, en aras de no vulnerar el derecho fundamental a la educación del menor, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad, no puede actuarse contrariamente a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, pues, de no respetar estas pautas, al menos las implicadas en este caso, se le ocasionaría un daño irreparable. Esto último, no solo en la medida en que se está desconociendo los estudios que materialmente ha realizado, sino también porque, en el supuesto en el cual los padres válidamente decidiesen cambiar al menor a otro centro educativo, no podrían hacerlo, pues sus estudios no se encontrarían reconocidos oficialmente por las autoridades pertinentes.

39. En mérito a lo expuesto, se concluye que los demandados han vulnerado los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad del menor de iniciales R.R.S.C. Por ende, los demandados se encuentran obligados a otorgar todas las facilidades a fin de reconocer los estudios cursados por el menor, así como de ingresar en el SIAGIE su registro de matrícula, nóminas y actas de evaluación correspondientes, siempre y cuando hayan sido aprobados satisfactoriamente y haya cumplido con los demás requisitos exigidos, con lo cual corresponde estimar la demanda.

40. Finalmente, y en atención a que se encuentra acreditada la vulneración de los citados derechos constitucionales, corresponde ordenar que los demandados asuman el pago de los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Respecto al incumplimiento de las directivas en materia de educación

41. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado considera que lo resuelto en el presente caso no habilita a nadie a desacatar las normas imperativas que, precisamente, se han incumplido. Tampoco exime de las responsabilidades que correspondan a todas aquellas instituciones que han permitido que niños y niñas empiecen sus estudios sin tener la edad mínima requerida.

42. No es intención de este Tribunal convertir una situación excepcional en una regla, tanto más si la lectura literal de las disposiciones sobre el particular, aprobadas año tras año a través de resoluciones ministeriales, no establecen situaciones excepcionales de apartamiento de esta, salvo disposiciones que, en concreto, amplían el rango para que se acceda a la matrícula en el primer grado de educación primaria, pero dependiendo del año en el que se aplica (por ejemplo, la Resolución Ministerial 051-2016, que modificó la Resolución Ministerial 572-2015-MINEDU, estableció que excepcionalmente podrán ser matriculados aquellos niños y niñas que cumplan los seis años hasta el 30 de junio de 2016). Tampoco es intención de este Tribunal autorizar a los servidores en materia educacional incumplir con las directivas que exigen el cumplimiento de determinada edad para acceder a la matrícula escolar. Lo que se señala en autos es que, transcurrido el tiempo y habiendo el niño

realizado estudios efectivos satisfactoriamente —que puede incluir no solo el primer grado de educación primaria, sino también los posteriores grados—, sea a consecuencia de una medida cautelar o simplemente porque la institución educativa así lo permitió, corresponde, luego de ser acreditados dichos estudios, su reconocimiento oficial y su registro en el SIAGIE.

43. Estando a que la regla dispuesta como directiva en torno a la edad requerida para acceder a las matrículas en el sistema escolar es clara e imperativa, tanto los padres de familia como los directivos de las instituciones educativas están en la obligación de acatarlas, por lo que su incumplimiento acarrea responsabilidades para los últimos[1].

44. En efecto, normativamente se encuentran reguladas las infracciones y sanciones por incumplimiento de las normas educativas, tanto en el ámbito de la educación pública, a través de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, como para las instituciones educativas privadas. Así, por ejemplo, y en el caso de estas últimas, en el artículo 13 de la Ley 26549, Ley de los Centros Educativos Privados, se establece que "el Ministerio de Educación, a solicitud de parte o de oficio, supervisa el funcionamiento de los centros educativos, a través de sus órganos competentes, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y de la Ley General de Educación".

45. Por su parte, el artículo 6 del Decreto Supremo 004-98-ED, Reglamento de Infracciones y Sanciones para Instituciones Educativas Particulares, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-98-ED, establece lo siguiente:

> Constituye infracción grave, toda acción u omisión que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normas específicas aplicables a las instituciones educativas

1 Conforme a la Resolución Ministerial 0556-2014-MINEDU, la información contenida en el SIAGIE es de responsabilidad del director de la institución educativa. Además, el director tiene la potestad de designar a un docente o personal administrativo como encargado del SIAGIE y en consecuencia asignarle un usuario y una contraseña. Sin embargo, la máxima autoridad de la institución educativa continúa siendo el responsable del uso de estos accesos autorizados.

> particulares y que por su naturaleza atente contra la formación o afecte los intereses del alumno, tales como:
>
> (...)
>
> c) Aceptar alumnos que no reúnan los requisitos establecidos para el Nivel en que se matriculan.

46. Por su parte, la Resolución Ministerial 0556-2014-MINEDU, la cual aprueba las "Normas y Orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2015 en la Educación Básica", estableció lo siguiente:

> La UGEL supervisará los procesos de matrícula y evaluación durante el año escolar a través de los documentos oficiales (nóminas de matrícula y actas de evaluación) aprobadas por el director de la institución educativa en el SIAGIE.
>
> En caso se encontraran registros irregulares de matrícula y/o evaluaciones de estudiantes, las UGEL deberán realizar la evaluación del caso y emitir el informe respectivo; de ser necesario, inicia las acciones correspondientes para determinar las responsabilidades administrativas a las que hubiere lugar.

47. Pese a la regulación en torno al incumplimiento de disposiciones en materia educativa, en el presente caso, las autoridades correspondientes han omitido determinar las responsabilidades administrativas de la institución educativa que permitió que el menor iniciará sus estudios sin cumplir con la edad requerida, pues no obra en autos documento alguno al respecto. Ello en la medida en que, si desde un inicio se hubiese detectado la matricula irregular, no se llegaría a una situación como la de autos. En tal sentido, este Tribunal Constitucional exhorta a las autoridades educativas al cumplimiento de las precitadas disposiciones en los casos en los que se advierta matrícula irregular de niños y niñas, incluyendo también la responsabilidad de la Ugel que no detectó la irregularidad de la matrícula oportunamente.

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 a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, se ordena el reconocimiento de los estudios efectivamente cursados por el menor de iniciales R.R.S.C. conforme a lo dispuesto en el fundamento 39, con costos.

2. **EXHORTAR** a las autoridades educativas al cumplimiento de las disposiciones en materia de educación en los casos en los cuales se advierta matrícula irregular de niños y niñas, y se determinen las responsabilidades correspondientes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la liberad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas[2]. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción "derechos sociales" tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales[3].

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

---

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

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

presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[4].

- 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, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el parágrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[5].

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

4 PACHECO TORRES, Miguel Ángel. El estado del estado social. Una cuestión pendiente. Barcelona, Atelier, 2017, p. 49.

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

obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[6].

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. Ahora bien, los derechos sociales y sus titularidades tienen ciertas particularidades que en algunos casos hacen que su urgencia sea extrema. Estas situaciones de especial vulnerabilidad se encuentran en los grupos históricamente discriminados, también conocidos como las categorías sospechosas[7]. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental[8], entre otros.

10. 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 las diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional[9] con las diferentes técnicas de

---

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

7 SABA, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" En: GARGARELLA, Roberto (coordinador). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 695-742.

8 SMITH CASTRO, Pamela, BURGOS JAEGER, Mariana. "Los debates pendientes en materia de discapacidad, libertad y capacidad jurídica". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 144, Diciembre 2019, pp. 164-176. Precisamente sobre la discapacidad mental, la jurisprudencia constitucional tiene un largo camino por recorrer, como ya ha sido analizado en: RODRÍGUEZ GAMERO, Marco Alonso. "Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad en las personas con discapacidad mental: una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: Estudios Constitucionales, Vol. 18, Núm. 1, 2020, pp. 145-211.

9 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.

interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

11. Aunada a la idea anterior, encontramos que los derechos sociales al momento de ser judicializados, deben encontrar medidas más sencillas para que puedan ser protegidos, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial[10] o el test de proporcionalidad[11].

EL DERECHO A LA IGUALDAD

12. 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).

13. 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.

14. 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

10 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

11 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.

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).

15. 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.

16. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[12]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

17. 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.

18. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad

12 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.

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.

19. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[13]:

    i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

    ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancias entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

20. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[14].

---

13 Ídem, pp. 147-148.

14 Ídem, pág. 153.

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN

21. 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).

22. 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".

23. Por su parte, el artículo 26. 2 de la Declaración Universal de Derecho 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.

24. 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).

25. 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"

26. 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. 14° de la Constitución) que es un valor troncal de nuestro sistema constitucional" (expediente 00017-2008-AI, fundamento jurídico 6).

27. 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:** Concierne 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"

28. 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).

29. 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.

30. 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 imparciales[15].

SOBRE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO

31. El artículo 56 del Código Procesal Constitucional establece "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 […]".

32. Ahora bien, tras haberse declarado fundada la demanda y no verificarse ninguna situación que permita excepcionar dicha regla, corresponde imponer únicamente la condena costos a la parte emplazada.

Es menester aclara que si bien en la STC 3761-2017-PA suscribí la exención de la condena de costos al MINEDU, ello obedeció a las características del caso resuelto en la citada sentencia, cuestión excepcional que a mi entender no es posible replicar a modo de regla en todos los casos de este tipo.

S.

MIRANDA CANALES

15 NINO, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda, me aparto del fundamento 12 de la sentencia, en cuanto afirma que la educación es un "servicio público".

En tal aserto hay una confusión conceptual, por cuanto dicha visión de la educación no es compatible con el tercer párrafo del artículo 15 de la Constitución Política del Perú, que a la letra señala: *"Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley"*. Es decir, que este es un derecho inherente de toda persona y no un servicio público delegable en el particular, como se sostiene erróneamente en el precitado fundamento.

Es más, el artículo 58 de la Carta Fundamental, distingue claramente a la educación de los servicios públicos cuando preceptúa que: "*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud,* ***educación****, seguridad,* ***servicios públicos*** *e infraestructura.*". Es decir, separa ambos conceptos. No los mezcla ni inserta uno dentro del otro.

Además, ello es armónico con el régimen económico consagrado en la Constitución, que asienta el orden económico y el desarrollo nacional en la iniciativa y en la inversión privada, en el marco del pluralismo económico y la libre competencia; orden en el cual el Estado solo tiene un rol promotor e incentivador de la actividad privada, reservándose para sí muy limitadas áreas.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR
DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estimo que la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA**, pues cuando el Ministerio de Educación exige cumplir las directivas que son conformes con la Constitución y cuando cautelan el desarrollo físico, psíquico y emocional de los menores de edad, no vulneran ningún derecho fundamental. No se puede premiar la irresponsabilidad de un padre de familia que conforme a su libre albedrio, logra hacer estudiar a su menor hijo de modo informal en un colegio, pese a que ella nació con posterioridad a la fecha límite dictada por el ministerio, obrando informalmente y dañando la educación y estabilidad física, psíquica y emocional del menor.

Si el Ministerio de Educación ha establecido una edad límite (hasta el 31 de marzo de cada año) para que los niños y niñas ingresen al colegio, es porque los respectivos especialistas y profesionales con lo que cuenta, así como los estudios en los que éstos se basan, estiman que dicha limite refleja ese suficiente desarrollo emocional, cognitivo y social que requieren tales niños y niñas.

Si un padre de familia considera que su hijo o hija se han desarrollado precozmente y merece ingresar antes de la edad límite establecida por el Ministerio de Educación, antes que hacer estudiar informalmente a su hijo o hija en algún colegio que lo permita, debe acudir a los respectivos especialistas (educadores, psicólogos, etc.) para informarse sobre la importancia del desarrollo emocional, cognitivo y social del niño en edad escolar.

No por empezar o terminar antes el colegio se logra ser exitoso. La cultura de conseguir el éxito "a cualquier costo" debe ser desplazada por la cultura de conseguir el éxito con responsabilidad, madurez y compatibilidad entre el bien individual y el bien común.

Ahora, la **importancia de la edad límite** para el ingreso al colegio en el desarrollo emocional, cognitivo y social del nuño no es un asunto menor. Conviene mencionar que mediante Oficio 2738-2016/MINEDU/VMGP/DIGEBR, de fecha 2 de noviembre de 2016, la Dirección General de Educación Básica Regular se dirige a la Viceministerio de Gestión Pedagógica, informando técnica y legalmente sobre un pedido de

flexibilidad en el ingreso de los niños y niñas en las aulas de 3, 4, 5 y 6 años de edad.

Allí aparece el Informe 244-2016-MINEDU/VMGP-DIGEBR-DEI-DEP de fecha 2 de noviembre de 2016, que establece el sustento técnico pedagógico para que el Ministerio de Educación establezca la normatividad para la matrícula en el nivel inicial y primer grado de educación primaria:

3.2 Sustento técnico pedagógico

3.2.1 El criterio establecido para definir esta edad normativa se basa en tres teorías del desarrollo humano: la teoría de la personalidad de Henri Wallon, la teoría del desarrollo de la inteligencia, de Jean Piaget; y la teoría del desarrollo psicosocial de Erick Erickson. Estas teorías aportan una mirada integral del ser humano en todas sus dimensiones, y evidencian que entre los 6 y 7 años se producen procesos de desarrollo que sientan las bases para los aprendizajes vinculados a la lectura, escritura, y no antes, que el niño se encuentra plenamente preparado para asumir los retos de aprendizaje que la educación primaria plantea.

Como señala Wallon, la maduración precede al aprendizaje. Esto quiere decir que una condición para que se dé un buen aprendizaje es el equipamiento neurobiológico, emocional, cognitivo y social. Si éste no está maduro, no se aprende bien, puesto que no existen las estructuras mentales y emocionales para integrar los aprendizajes.

En esa misma línea de Wallon, Mirtha Chockler, especialista en desarrollo infantil, nos recuerda que "lo que se adquiere con una infraestructura inmadura, son conductas fragmentadas, deformadas, inseguras, precarias, disociadas, con efectos más o menos inquietantes en el conjunto de la personalidad. Efectos que están directamente en relación al nivel de inmadurez y a la tenacidad del forzamiento para desencadenar una conducta supuestamente esperable, aun cuando la exigencia aparezca con una gran seducción afectiva".

Chockler nos advierte que los niños y niñas aprenderán, pero aprenderán mal, no conseguirán integrar los nuevos aprendizajes. Algunas veces los adultos creemos que porque un niño ya lee, ya

reconoce las letras, ya está "listo" para hacer un primer grado. Además de los efectos en los aprendizajes, también están los efectos en la personalidad de los niños y niñas. Los primeros años sientan las bases para desarrollar la seguridad, la confianza. Poner a los niños frente a situaciones para las que todavía no están maduros inevitablemente tendrá huellas en su personalidad, generando inseguridad, fracaso y hasta dependencia.

Así, en lugar de facilitar el desarrollo, muchas veces terminamos bloqueándolo, puesto que se infiere en la construcción y autorregulación de los comportamientos. Asimismo, la sobreexigencia a la que exponemos un sujeto que no está suficientemente maduro, determina la necesaria utilización de otros sistemas –ya maduros– pero no pertinentes para la acción que se quiere provocar, y por lo tanto se distorsiona, bloquea o deforma el aprendizaje. Por ejemplo, muchos niños y niñas terminan haciendo uso de la memoria, para adquirir algunos aprendizajes, "aprenden" aparentemente muchas cosas, pero luego no pueden usar satisfactoriamente dichos aprendizajes. (Ver Anexo 1)

3.3.2 Según las investigaciones sobre el desarrollo cognitivo del niño, de Guevara Y, Benítez A, García H, Delgado U, López A y García G (2007), Macavilca K (2010), Bonneveaux, B (1980) la existencia de rangos de edad muy dispersos en primer grado podría afectar el proceso de aprendizaje. Los autores citados sustentan una tendencia a establecer diferencias cognitivas entre los niños de 5 y 6 años en aspectos relacionados a habilidades perceptivas, motoras, de razonamiento, aptitud numérica, constancia de forma, memoria inmediata y en la elaboración de conceptos, debido a que se asume que los niños de 6 años tienen mayores saberes previos, experiencia y maduración que los niños de 5 años.

Específicamente en el aprendizaje de la lectura y escritura, las investigaciones de Fumagalli J, Wilson M, Jainchenco V(2010) ; Yolanda Guevara Y, López A, García G, Delgado U, Hermosillo A, Rugerio J (2008) ; Dioses A, García L, Matalinares M, Cuzcano A, Panca N (2006) ; Janet Quiroz Carla Fernández Jenny Castillo Flores R, Torrado M, Mondragón S, Pérez C (2003); de Baesa Yetolú (1996) establecen también una tendencia a establecer diferencias en las habilidades básicas para el aprendizaje de la lectura y escritura

como son el desarrollo de la conciencia fonológica , la lectura oral y silenciosa de palabras, enunciados y textos, del desarrollo de la metacognición, estableciendo que los niños que ingresan con 6 años cumplidos tienen ventajas sobre los niños que ingresan con 5 años de edad.

Las evaluaciones internacionales de Carabaña J. (2006) , Arregui A, Tambo I (2010), Gutiérrez M (2009), e investigaciones de Bedard K, Dhuey E (2006) Crawford C, Dearden L , Meghir Costas (2010), señalan que la edad de ingreso al sistema educativo repercute en los aprendizajes posteriores de los niños, ya que la evidencia empírica muestra que los alumnos más jóvenes de una clase obtienen los resultados más bajos en las pruebas de rendimiento.

3.3.3 Las investigaciones también revelan que uno de los factores que más se asocia a la posibilidad de sufrir **intimidación escolar (bullying)** es, además de los problemas físicos o mentales, la **edad**, es decir, ser el más pequeño en el grupo. [resaltado agregado]

3.3.4 La Educación Básica está destinada a favorecer el desarrollo integral del estudiante, el despliegue de sus potencialidades y el desarrollo de capacidades, conocimientos, actitudes y valores fundamentales que la persona debe poseer para actuar adecuada y eficazmente en los diversos ámbitos de la sociedad. Es decir, implica una atención a todas dimensiones del ser humano, física, motriz, emocional, cognitiva, social y afectiva, no solo a la dimensión intelectual, y el respeto a los procesos de desarrollo armónico que vaya sentando las bases para los procesos más complejos.

3.3.5 Los sistemas educativos tienen que establecer cortes para regular las edades correspondientes a cada nivel educativo. Estos cortes se basan fundamentalmente en las teorías del desarrollo humano. Es por ello que en la mayoría de países del mundo se establece como corte para el ingreso al Primer Grado los 6 años cumplidos para el inicio del año escolar. Por ejemplo, en países que inician clases en el mes de setiembre, el corte se hace a los 6 años cumplidos hasta el 31 de agosto. Según las estadísticas de la UNESCO a nivel mundial, el 66% de los países comienza la primaria a la edad de 6 años. En un 22% de países la exigencia es mayor, los 7 años de edad.

Así también, dicho informe establece el sustento técnico pedagógico para establecer la edad como requisito para la matrícula en el nivel inicial y primer grado de educación primaria:

> 3.3.6 La edad como requisito para la matrícula, respecto a este punto se precisa lo siguiente:
>
> a) Los niños y niñas que ingresan al nivel de Educación Primaria requieren:
>
> - Un desarrollo cognitivo y verbal continuado entre el aprendizaje del lenguaje oral y la apropiación del lenguaje escrito para iniciarse en el proceso de lectoescritura de manera formal.
>
> - Una maduración a nivel psicomotor, coordinación visomotora, equilibrio, resistencia física y habilidades que realizan de manera cotidiana, lo que influirá en su capacidad para escribir y dibujar con mayor destreza.
>
> - El inicio o le logro del proceso de transición del pensamiento intuitivo al pensamiento concreto, lo que permitirá autorregularse en su proceso de aprendizaje, encontrando y utilizando sus propias estrategias y mecanismos que faciliten su aprendizaje según su propio ritma o estilo.
>
> - Un desarrollo cognitivo menos egocéntrico, lo que permite tener la capacidad de ser reversible, desenvolviendo paulatinamente su pensamiento operatorio, de manera que pueda efectuar transformaciones en su mente, interpretando lo percibido de acuerdo con estructuras cognitivas cada vez más complejas.
>
> - El incremento de la capacidad de atención, la que favorece el logro de aprendizajes tanto en la escuela como en el hogar.
>
> - La adquisición de capacidades que se relacionan con la orientación espacial y temporal, que dan la idea de ubicación; con la secuencia, con la numerosidad o cantidad, que van a ayudar al niño a trabajar correctamente las cantidades; con la composición de la cantidad que permítela cabal comprensión del número; el dominio de capacidades relacionadas

con las propiedades físicas de los objetos a través de las comparaciones o discriminaciones que van a formar las bases para el desarrollo de los llamados conocimiento físico y lógico matemático del Constance Kamil, que dará origen al razonamiento verbal y al razonamiento lógico- matemático.

b. En tal sentido, la transición exitosa de Educación Inicial a Primaria está vinculada con el desarrollo neuropsicológico del cerebro y con el descubrimiento y toma de conciencia de sí mismo, de su cuerpo, su lenguaje y pensamiento en la interacción con su entorno, como producto de la maduración del niño y la niña en forma integral, a través de actividades que realiza de manera cotidiana situaciones que influyen en la capacidad del niño y la niña para expresarse con mayor destreza, así mismo aprende a manejar el fracaso o la frustración en disminuir la autoestima o desarrolla un sentido de inferioridad.

c. **Los 6 años como edad cumplida en el mes de marzo en el que se realiza la matricula, se ha establecido en función a lo planteado por las teorías de desarrollo humano vigentes que señalan que las niñas y niños deben tener el tiempo necesario para madurar emocional, afectiva, social y cognitivamente**, de tal forma que puedan estar listos para enfrentar los retos que demandan la experiencia escolar y los aprendizajes correspondientes al III ciclo de la Educación Primaria. Según estas teorías, es entre los 6 y 7 años que los niños y niñas se encuentran en mejores condiciones de emprender aprendizajes con mayores niveles de exigencia, de acuerdo a los niveles de desarrollo de las competencias que se encuentran en los mapas de progreso del currículo nacional. Por lo que, recién a esa edad se encuentran plenamente preparados para asumir los retos de aprendizaje que la Educación Primaria plantea. [resaltado agregado]

d. Los aprendizajes antes descritos se alcanzan generalmente a los 6 años durante un proceso de desarrollo fisiológico, por lo que el establecer el factor de edad como uno de los criterios para determinar el grado educativo al que corresponda que acceda el estudiante, permite tener la seguridad de que el estudiante ha desarrollado todas sus dimensiones de acuerdo a los requerimientos del nivel y como prerrequisitos para la Primaria; así

como establecer e identificar el nivel de logro de las competencias y dar continuidad al desarrollo de los aprendizajes previstos para cada grado y ciclo.

En cuanto a la determinación del 31 del marzo como fecha de corte para acceder al nivel de Educación Inicial y Educación Primaria, se determina lo siguiente:

> 3.4. (…) Una vez establecida la importancia del factor etario como requisito para las referidas matriculas, es necesario considerar la fecha en que se determinará el cumplimiento de tal exigencia, que de acuerdo a nuestras normas vigentes de inicio de año escolar, el corte se viene dando al 31 de marzo por dos razones principales: la primera porque se requiere que desde el ingreso los estudiantes tengan el nivel de desarrollo de las competencias que se establecen al término el II ciclo, de tal manera que les permita enfrentar de manera exitosa la etapa escolar y la segunda, es que el Ministerio de Educación debe normar para los estudiantes de todo el país, que viven bajo diferentes condiciones (algunos van a Educación inicial y otros no, unos tienen más oportunidades de vínculo con el lenguaje escrito que otros, etc.), por ello el Estado debe garantizar que los estudiantes no sean parte de la estadística del fracaso escolar. [resaltado agregado]

Finalmente, en el aludido informe resalta cómo ha tratado el resto de países de la región, la edad de matrícula para el primer grado:

Anexo 2. Edad de matrícula para el primer grado de Educación Primaria en países signatarios del Convenio Andrés Bello (CAB)

N°	PAÍSES SIGNATARIOS DEL CAB	INICIO DE AÑO LECTIVO	EDAD DE MATRÍCULA	DOCUMENTO SUSTENTATORIO
1	PERÚ	MARZO	6 años al 31 de marzo	Resolución Ministerial N° 572-2015-MINEDU
2	BOLIVIA	FEBRERO	7 años al 30 de junio	Normas Generales para la Gestión Educativa y escolar 2016-Resolución Ministerial N° 001/2016 del 4 de enero de 2016
3	CHILE	MARZO	6 años al 31 de marzo del año en que cursará el primer año de Educación Básica	Decreto 1778 de fecha 03-10-2011

4	COLOMBIA	ENERO y finales de FEBRERO	6 años cumplidos al 31 de marzo del año lectivo	Decreto Único de Educación 1075 de 2015 artículo 24341.
5	PANAMÁ	1ER lunes SETIEMBRE (Sierrra y Oriente) 1er lunes MAYO (Costa y Galápagos)	6 años	Acuerdo N° 0232-13
6	PARAGUAY	FEBRERO	6 años	
7	PARAGUAY	FEBRERO (tercera semana)	6 años al 31 de marzo	Resolución Ministerial N° 32.133/2015 por la cual se aprueba el calendario educativo nacional correspondiente al año lectivo 2016... Resolución 745/2013 por la cual se ajustan los criterios de ingreso de los años...

En ese sentido, discrepo de la mayoría del Tribunal Constitucional, pues, por un lado, haciendo caso omiso del sustento científico antes explicado, termina convalidando el actuar irresponsable de un padres de familia; y, por otro, porque el Ministerio de Educación en ningún momento sostuvo que el menor deba quedar sin estudiar, lo que conllevaría un daño irreparable (que parece ser la preocupación de la mayoría del TC), sino que se ha planteado que sea ubicado en el aula que le corresponde conforme a su edad cronológica, lo cual es razonable.

Por todo ello, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda**,** toda vez que no se evidencia que en el presente caso que el emplazado Ministerio de Educación hayan vulnerado el derecho a la educación del menor de iniciales R.R.S.C.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Me adhiero al voto singular de la magistrada Ledesma Narváez quien considera que debe declararse **INFUNDADA** la demanda, por los fundamentos ahí esgrimidos.

Sin embargo, considero necesario realizar algunas precisiones adicionales:

No existe fundamento constitucional para calificar a la educación como un servicio público. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 00014-2014-PI/TC y otros acumulados, el artículo 58 de la Constitución dice:

> el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Desde que la Constitución enumera a la educación *junto* con los servicios públicos, queda claro que se trata de conceptos distintos. No puede subsumirse uno dentro del otro.

La educación no es una *industria de redes* donde, por razones estructurales, su provisión tenga que estar limitada a pocos ofertantes. En la perspectiva constitucional, múltiples actores pueden y deben participar en la provisión del servicio educativo.

De otro lado, considero necesario aludir a las indebidas referencias a diversos instrumentos internacionales que se realizan en la sentencia.

Conforme a una lectura atenta de los artículos 57 y 200, inciso 4, de la Constitución, los tratados no tienen rango constitucional sino solo uno equivalente al de las ordenanzas municipales.

La Constitución de 1979 sí establecía que algunos tratados tenían rango constitucional, pero fue sustituida hace veinticinco años por la actual Constitución. Ésta reafirma la prevalencia del Perú como unidad política fundamental.

S. SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 55/2021

Exp. N° 04386-2017-PA/TC-
PIURA

SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CRÉDITO DE PIURA SAC (CMC PIURA SAC) Y EDWARD ANTONIO MUÑOZ SALAZAR

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de octubre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** e **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 04386-2017-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera formularon fundamentos de voto.

Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

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 27 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, 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 Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (Sinatracmac) y Edward Antonio Muñoz Salazar contra la resolución de fojas 634, de fecha 23 de agosto de 2017, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de abril de 2016, los demandantes interponen demanda de amparo contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (CMAC Piura SAC), a fin de que se declare nulo el despido de don Edward Antonio Muñoz Salazar, así como el Informe CMP-SIS-INF-2016-042, de fecha 28 de marzo de 2016, y sus anexos, y que, en consecuencia se reincorpore al secretario de organización del Sindicato en el cargo de asesor de finanzas empresariales y supervisor de seguridad y salud en el trabajo de la agencia Talara, y se ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Alega la vulneración de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones, a la libertad sindical y al trabajo.

Sostiene que el recurrente ingresó a laborar para la demandada el 19 de octubre de 1999 y reingresó por mandato judicial el 9 de marzo de 2013, en el cargo de asesor de finanzas empresariales y supervisor de seguridad y salud en el trabajo de la Agencia de Talara, además de tener el cargo de secretario de Organización del Sindicato de Trabajadores de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC.

Refiere que se le imputa haber incurrido en las supuestas faltas graves contempladas en los incisos "c" y "f" del artículo 25 del Decreto Legislativo 728, esto es: i) utilizar indebidamente el equipo de cómputo y correo interno de la institución para fines personales, distintos a las funciones de su puesto de trabajo, y ii) afectar la imagen del empleador y del propio trabajador al divulgar información protegida y sensible, como es el estado de salud de un compañero de trabajo, sin contar con la autorización correspondiente.

Agregan que la demandada ha vulnerado su derecho al debido proceso, por cuanto en las cartas de despidos CMP-GER-R12-2016-2994 y CMP-GER-R12-2016-2995 (ambas de fecha 6 de abril de 2016), se advierte que se le despide por faltas no imputadas en la carta de preaviso. Refieren que, en el Informe CMP-SIS-INF-2016-042 y sus anexos 1 y 2, se acredita que se ha interceptado (hackeado) la cuenta con clave personal e intransferible (confidencial) de don Edward Antonio Muñoz Salazar, y se ha reproducido el archivo adjunto denominado "recomendación de SST", de fecha 08 de marzo de 2016, desde el servidor en la oficina principal de Piura, sin informarle la razón por la que ello se hacía sin su presencia y sin contar con la autorización judicial correspondiente, lo que corrobora la vulneración de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones.

Precisan que no se vulneró el derecho a la intimidad personal y familiar del trabajador Irving Jiménez Herrera por la divulgación de su estado de salud, ni se vulneró el derecho a la imagen y buena reputación de la demandada al afirmarse que el citado trabajador fue condicionado a suscribir un convenio para poder continuar con el seguro médico de Mapfre, por cuanto remitió el mencionado correo en defensa del trabajador y en cumplimiento de sus funciones como supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Agencia de Talara. Debe tenerse en cuenta, además, que el delicado estado de salud de don Irving Jiménez Herrera lo divulgó, antes, el Área de Crédito Prendario de la oficina principal, el 18 de agosto de 2015; asimismo, el Área de Personal, en la citada fecha, organizó un colectivo a nivel nacional, el que también fue publicado por sus familiares y el propio trabajador a través de la red social Facebook.

Sostienen que se debe tener en cuenta que su despido obedece a una política antisindical, en razón de que, por su representación sindical en el cargo de secretario de organización del Sinatracamac Piura, ha

instaurado denuncias contra la demandada en materia de derechos sociolaborales y seguridad y salud en el trabajo.

El apoderado de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (CMAC Piura SAC) contesta la demanda y señala que la vía idónea para que se ventile lo pretendido por los recurrentes es el proceso ordinario laboral, de conformidad con la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, vigente y aplicable en el distrito judicial de Piura a tenor del inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. Señalan además que el correo es un medio formal de comunicación interna que brinda su representada a sus trabajadores para facilitar el desempeño de sus labores, por lo que debe ser empleado para comunicaciones únicamente con ese fin y está prohibido su uso para cursar correspondencia ajena a las labores asignadas. Agrega que el demandante ha vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar de un compañero de trabajo, por lo que su representada no ha afectado en modo alguno los derechos alegados por el demandante.

Refieren que el sindicato demandante sostiene que el señor Edward Antonio Muñoz Salazar es supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Agencia de Talara, hecho que es falso y se corrobora con el documento en el que el gremio sindical comunica que se aparta del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo vigente, porque fue constituido en contravención a las normas de seguridad y salud en el trabajo. Por tanto, el demandante no podía hacer uso del correo electrónico ni mucho menos estaba autorizado para emitir ningún tipo de recomendación. En consecuencia, lo manifestado por el actor respecto a que el trabajador Irving Jiménez Herrera ha sido condicionado a suscribir un convenio para poder continuar con el seguro médico de Mapfre es injurioso y calumnioso, y afecta la buena imagen de su representada, teniendo en cuenta que la suscripción del convenio es expresión del acuerdo de voluntades de las partes.

El Segundo Juzgado Civil de Piura, mediante Resolución 6, de fecha 11 de enero de 2017, resuelve declarar improcedente la presentación de los medios probatorios extemporáneos ofrecidos por el demandante y admite como medio de prueba extemporáneo la copia certificada de la sentencia expedida por el Juzgado Laboral de Talara, sentencia 0183-2016-JLT; y, con fecha 11 de mayo de 2017, declara fundada la demanda, por estimar que se ha vulnerado el derecho al debido proceso del actor en tanto se ha afectado su derecho de defensa al haberse establecido en la carta de despido faltas que no fueron consideradas en la carta de preaviso.

Con relación a la vulneración de su derecho constitucional al secreto y a la inviolabilidad de la comunicación al obtener una prueba, el *a quo* señala que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la demandada debió iniciar una investigación; sin embargo, sustentándose en su facultad fiscalizadora, accedió a los correos personales del trabajador, lo que no está permitido por la Constitución por tratarse de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por ley.

La sala superior competente revocó la sentencia apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por estimar que el demandante viene siguiendo un proceso paralelo al presente proceso (Expediente 00160-2016-0-3102-JR-LA-01), siendo de aplicación el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Los demandantes interponen demanda de amparo contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (CMAC Piura SAC), a fin de que se declare nulo el despido de don Edward Antonio Muñoz Salazar, así como el Informe CMP-SIS-INF-2016- 042, de fecha 28 de marzo de 2016, y sus anexos, y que, en consecuencia, se reincorpore al secretario de organización del sindicato en el cargo de asesor de finanzas empresariales y supervisor de seguridad y salud en el trabajo de la agencia Talara, y se ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Alega la vulneración de sus derechos al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, a la libertad sindical y al trabajo.

Cuestiones previas

2. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, es necesario examinar si concurre el supuesto de improcedencia del proceso de amparo previsto en el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional.

   De autos se verifica que el señor Edward Antonio Muñoz Salazar inició con posterioridad (5 de mayo de 2016) un proceso laboral en la vía ordinaria solicitando que se declare nulo su despido, así

como el Informe CMP-SIS-INF-2016-042, de fecha 28 de marzo de 2016, y sus anexos; y que, en consecuencia se le reincorpore en el cargo de asesor de finanzas empresariales y supervisor de seguridad y salud en el trabajo de la agencia Talara, y se ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Sin embargo, de acuerdo con el sistema de consultas de expedientes judiciales del Poder Judicial, Expediente 00160-2016-0-3102-JR-LA-01, y la sentencia presentada por la demandada, el referido proceso ordinario ha concluido por haberse declarado la litispendencia del proceso. Por tanto, al no haber un pronunciamiento sobre el fondo, procede continuar con el presente proceso, por lo que no resulta aplicable la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.3 del Código Procesal Constitucional.

3. Asimismo, el precedente establecido en el Expediente 02383-2013-PA/TC, en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, establece 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).

4. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que existiría una afectación de especial urgencia derivada de la relevancia del derecho que exime al demandante de acudir a otra vía para discutir su pretensión. Ello se configura porque la controversia del caso de autos versa sobre una supuesta afectación de sus derechos en su condición de dirigente sindical a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad sindical y al debido proceso, los cuales gozan de protección a través del amparo, conforme al inciso 10 del

artículo 2, al artículo 22 y al inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, este Tribunal estima que el proceso de amparo resulta ser la vía idónea para determinar si CMAC Piura SAC vulneró o no los derechos constitucionales alegados por los demandantes.

Análisis de la controversia

a) Sobre la vulneración al derecho al debido proceso

5. El numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: "La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

6. El sindicato y el recurrente alegan que se ha vulnerado el debido proceso, por cuanto en las cartas de despido CMP-GER-R12-2016-2994 y CMP-GER-R12-2016-2995 (ambas de fecha 6 de abril de 2016) se desprende que se lo despide por faltas no imputadas en la carta de preaviso.

7. De la carta de preaviso (folio 13), se advierte que al demandante se le imputó la vulneración de los siguientes artículos:

   - Los incisos "c" y "f" del artículo 25 del Decreto Supremo 03-97-TR

   - Los literales 11 y 23 del artículo 82, y los literales 13 y 14 del artículo 90 del Reglamento Interno de Trabajo

   - El literal "e" del artículo 6.1.6 del Reglamento de Seguridad

8. En la carta de despido, obrante a fojas 22, se establece la vulneración de los siguientes artículos:

   - Los incisos "a", "c" y "f" del artículo 25 del Decreto Supremo 03-97-TR

   - El numeral 11 del artículo 74; los numerales 1, 7 y 23 del artículo 77; los numerales 6 y 14 del artículo 79; los numerales 1, 8, 11 y 23 del artículo 82; los artículos 84, 85, 88 y 89; los numerales 13 y 14 del artículo 90; y el artículo 103 del Reglamento Interno de Trabajo

   - El artículo 6.1.5, literal "e" del Reglamento de Seguridad

9. Si bien en la carta de despido obrante a fojas 22 se citan artículos que no se contemplaron en la carta de preaviso obrante a fojas 13, estos artículos están en relación directa con los hechos que se le imputan al demandante (carta de preaviso). Específicamente, se le acusa de haber incurrido en las supuestas faltas graves contempladas en los incisos "c" y "f" del artículo 25 del Decreto Legislativo 728: i) utilizar indebidamente el equipo de cómputo y el correo interno de la institución para fines personales, distintos a las funciones de su puesto de trabajo, y ii) afectar la imagen del empleador y del propio trabajador al divulgar información protegida y sensible, como es el estado de salud de un compañero de trabajo, sin contar con la autorización correspondiente. Por tanto, no se habría afectado el debido proceso.

b) Sobre la vulneración al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones

10. De las cartas de preaviso y de despido obrantes a folios 13 y 22 se advierte que a don Edward Antonio Muñoz Salazar se lo despide por lo siguiente: i) utilizar indebidamente el equipo de cómputo y correo interno de la institución para fines personales, distintos a las funciones de su puesto de trabajo, y ii) afectar la imagen del empleador y del propio trabajador al divulgar información protegida y sensible, como es el estado de salud de un compañero de trabajo, sin contar con la autorización correspondiente.

11. Don Edward Antonio Muñoz Salazar refiere que con el Informe CMP-SIS-INF- 2016-042 y sus anexos 1 y 2 se acredita que se ha interceptado (hackeado) su cuenta con clave personal e intransferible (confidencial), y se ha reproducido el archivo adjunto denominado "recomendación de SST", de fecha 08 de marzo de 2016, desde el servidor en la oficina principal de Piura, sin informarle la razón por la que ello se realizaba, ni contar con su presencia o la autorización judicial correspondiente, lo que corrobora la vulneración de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones.

12. Así, el despido del accionante tiene directa vinculación, por un lado, con la supuesta utilización indebida del correo institucional proporcionado por la entidad y, por otro lado, con la utilización por parte del empleador del correo electrónico cursado por el trabajador demandante como instrumento para sustentar la falta grave por la cual fue despedido, medios probatorios que, conforme afirma el accionante,

habrían sido obtenidos de manera ilícita, en franca violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

13. Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 01058-2004-AA/TC, ya este Tribunal Constitucional se ha pronunciado con relación al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, en los siguientes términos:

    18. En efecto, conforme lo establece el artículo 2, inciso 10, de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.

    19. Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

14. En el escrito de contestación de la demanda, obrante a fojas 355, la emplazada refiere que no ha vulnerado el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones del actor, por cuanto es el

mismo trabajador perjudicado (Irving Jiménez Herrera) quien denunció los hechos. No obstante, la misma emplazada, en la carta de preaviso de despido (folio 13), precisa lo siguiente:

> Mediante Informe CMP-SIS-INF-2016 de fecha 28 de marzo de 2016, emitido por el Jefe del Área de Sistemas, se determina que usted utilizó indebidamente el equipo de cómputo de propiedad de CMAC PIURA S.A.C. (IP 10.0.32.61- Agencia de Talara) y el correo electrónico interno (edmu@mailinterno. cmacpiura- com-pe, al enviar sin autorización, el día 15 de marzo de 2016, a las 18:53 horas un correo masivo a varias cuentas de correos individuales como cuentas grupales, cuyo detalle se adjunta en el anexo 2 del citado informe, divulgando el delicado estado de salud del trabajador Irving Jiménez Herrera.

15. A dicha copia de la carta de fecha 18 de marzo de 2016 se adjuntó el Informe del Área de Sistemas y el contenido del correo interno remitido indebidamente por el demandante a los colaboradores de CMAC Piura SAC. Así también lo ha precisado en su escrito de contestación de demanda, obrante a fojas 355. Es decir, es la propia empresa quien adjunta los citados documentos a fin de sustentar las faltas graves que imputa al recurrente.

16. Del mismo modo, a fojas 17 obra el citado informe, del cual se desprende que el jefe de Área de Sistemas remite la información de correo enviado por el usuario edmu@mailinterno.cmacpiura.com. pe a la Gerencia Mancomunada:

> De acuerdo a la información registrada en nuestro servidor de correos internos zimbra, desde la cuenta de correo edmu@mailinterno.cmacpiura.com.pe, perteneciente a EDWARD ANTONIO MUÑOZ SALAZAR se envió el día 15 de marzo del 2016 a las 18:53 horas un correo masivo a varias cuentas de correo individuales como cuentas grupales […]. En virtud a su requerimiento hemos procedido a separar y conservar la copia del contenido del servidor de correo interno al día 15 de marzo y está disponible para su revisión cuando estimen conveniente.

17. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional concluye que el registro de los correos electrónicos enviados por el accionante ha sido obtenido con violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad

de las comunicaciones, protegido por el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución.

18. En consecuencia, el registro del correo electrónico de fecha 15 de marzo de 2016, que sustentó y justificó el despido del demandante, constituye una prueba prohibida, por lo que su utilización en el procedimiento disciplinario de despido resulta inconstitucional, violatorio del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y, por ende, violatorio del derecho al trabajo de la demandante.

19. Respecto a la denuncia realizada por el trabajador Irving Jiménez Herrera de que don Edward Antonio Muñoz Salazar afectó su derecho a la intimidad al divulgar a través de correos electrónicos su estado de salud, se debe precisar que, de los correos electrónicos, de la carta 02938-2016-GER/CMP de fecha 4 de abril de 2016, de la hoja denominada "colectivo para Irwin Jiménez Herrera", de la hoja de "pollada proayuda" y de las páginas de Facebook del trabajador que alega haber sido afectado (fojas 40 a 66), se desprende que la salud del demandante era de conocimiento de todos los trabajadores de CMAC Piura SAC, por lo que la demandada no podía alegar que el demandante vulneró el derecho a la intimidad del citado trabajador.

20. Del mismo modo, el demandante alega que es en su condición de Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo de CMAC Piura SAC, agencia Talara, que remite la carta de fecha 8 de marzo de 2016 (folio 361). Al respecto la demandada ha señalado lo siguiente:

> […] ustedes como organización sindical tienen perfecto conocimiento que el Memorando CMP-GER-R3-2014-5521 mediante el cual el Sr. EDWAR ANTONIO MUÑOZ SALAZAR fuera elegido como representante de los trabajadores en calidad de Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo de la agencia Talara carece de toda validez jurídica en mérito a lo dispuesto por SUNAFIL y decisión de la misma representación sindical SINATRACMAC, ello en consideración que no se han cumplido con los requisitos de Ley.

21. De autos se advierte que el demandante fue reconocido como supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo por la demandada, conforme se desprende del Memorando CMP-GER-RO3-2014-5521, de fecha 20 de setiembre de 2014 (folio 186). Posteriormente, mediante

el Acta de Infracción 177-2015, expedida por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, en el segundo punto de los hechos verificados se señaló lo siguiente:

> […] si bien el sujeto inspeccionado cuenta con un comité de seguridad y salud en el trabajo, sin embargo, este no ha sido construido con arreglo a ley, toda vez que la convocatoria a la elección de los representantes de los trabajadores ante el comité de seguridad y salud en el trabajo y el desarrollo de todo el proceso electoral, lo ha realizado el sujeto inspeccionado y no el Sindicato de la empresa [folio 165].

22. Lo señalado en el fundamento anterior motivó que el Sinatracmac remita una carta con fecha 18 de febrero de 2018 a la demandada (folio 177), solicitando apartarse del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, por lo que el actor ya no podía remitir la carta de fecha 8 de marzo de 2016 en su condición de supervisor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se acreditó en autos que la demandada vulneró el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del demandante.

Sobre la vulneración al derecho a la libertad sindical

23. 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"; mientras que su artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

24. Por su parte, el artículo 28 de la Constitución de 1993 señala: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1) Garantiza la libertad sindical […]".

25. En lo que concierne al desarrollo de esta última norma constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 0008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de precisar los alcances de la libertad sindical, en armonía con los tratados internacionales sobre la materia. Así, este derecho fundamental, definido como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, se manifiesta en dos planos: (i) la libertad sindical *intuito personae*, que comprende, en su faceta positiva, el derecho de un trabajador a constituir organizaciones

sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos y, en su faceta negativa, el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical; (ii) la libertad sindical plural, que plantea tres aspectos: 1) ante el Estado (comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical); 2) ante los empleadores (comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales); y 3) ante las otras organizaciones sindicales (comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc).

26. Al respecto, este Tribunal advierte que, conforme se desprende del certificado de vigencia expedido por la Sunarp, el demandante integró la junta directiva del 22 de marzo de 2015 al 21 de marzo de 2019 como secretario de organización (folio 9), en cuya condición, con fecha 21 de enero de 2016, solicitó conjuntamente con la junta directiva del Sinatracmac, ante la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo Zona de Trabajo y Promoción del Empleo de Talara, "Inspección por vulneración al derecho de trabajo en la modalidad de contratación" (folio 85), lo que generó el Acta de Infracción de fecha 31 de marzo de 2016 (folio 93).

27. Entonces, se advierte de lo actuado que el despido del actor responde a que este ejerció su derecho a la libertad sindical al reclamar sus derechos conjuntamente con la junta directiva del Sinatracmac; en consecuencia, el despido del actor deviene en nulo y violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad sindical.

28. Con relación a las remuneraciones dejadas de percibir, el Tribunal Constitucional ha establecido que, atendiendo a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, dicha pretensión deviene en improcedente.

Efectos de la sentencia

29. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la empresa demandada ha vulnerado el derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad sindical y al trabajo, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que

el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

30. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir las costas y costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de sus derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad sindical y al trabajo; en consecuencia, declarar **NULA** la carta de despido de fecha 6 de abril de 2016 y **NULO** el despido del cual ha sido objeto el accionante.

2. Ordenar que la empresa Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura Sociedad Anónima Cerrada (CMAC Piura SAC) reponga a don Edward Antonio Muñoz Salazar como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos procesales.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo de las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, discrepo de los fundamentos 3 y 4, 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 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 la demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa. En el presente caso, la demandante viene litigando desde el 20 de abril de 2016, 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 magistrados. Sin embargo, debo plantear lo siguiente:

1. En el presente caso, los recurrentes pretenden que se declare nulo el despido de don Edward Antonio Muñoz Salazar, así como el Informe CMP-SIS-INF-2016- 042, de fecha 28 de marzo de 2016, y sus anexos. En consecuencia, solicitan que se reincorpore a Edward Antonio Muñoz Salazar en el cargo de asesor de finanzas empresariales y supervisor de seguridad y salud en el trabajo de la agencia Talara, y se ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Alegan la vulneración de sus derechos al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones; a la libertad sindical; y al trabajo.

2. Respecto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, los recurrentes alegan que su empleador habría interceptado la cuenta personal de correo institucional de Edward Antonio Muñoz Salazar, para sustentar la comisión de una falta grave, y de ella habría reproducido el archivo denominado "recomendación SST". Por otra parte, la demandada señala que el despido del recurrente tiene sustento en la utilización indebida por parte de este de su correo electrónico institucional, en tanto este habría enviado a distintas cuentas un correo electrónico con información sensible.

3. Considero necesario precisar que si bien la empresa sustenta su intromisión en la cuenta de correo electrónico de Muñoz Salazar en la necesidad probar una supuesta falta grave cometida por el recurrente, lo cierto es que dicho accionar resulta arbitrario, pero no se justifica el hecho de reproducir y revisar archivos de dicha cuenta. Ello en mérito a que el envío de dicho correo electrónico y la información contenida en él ya eran de conocimiento de la gerencia. En efecto, de los actuados se desprende que el recurrente remitió el correo electrónico de manera masiva, siendo también recibido por el personal directivo de la empresa y la gerencia.

4. Por otra parte, y sobre la vulneración del derecho a la libertad sindical y en derecho al trabajo, es necesario señalar que el precedente

"Elgo Ríos" 02383- 2013-PA/TC), emitido por este Tribunal el 22 de julio de 2015, supuso un cambio importante en la interpretación que se había estado haciendo del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, el artículo referido al uso de una vía igualmente satisfactoria. Para enfrentar materias que alguno(as) intentaban canalizar por amparo.

5. En "Elgo Rios" se ofrecieron cuatro criterios que, a modo de test, debían analizarse en cada caso concreto para sostener si existe una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo para resolver la controversia en cuestión. Con ello, planteamos, que no debía insistirse en una lógica de listas de temas para distinguir cuando algo corresponde ser visto por la judicatura constitucional de cuando algo debe ir a una vía ordinaria.

6. Asimismo, conviene tener presente que en un precedente anterior a "Elgo Ríos", el precedente "Baylón Flores" (STC 00206-2005-PA/TC), todavía vigente en lo referido a sus referencias a conceptos de naturaleza laboral material, señalaba expresamente que "(…) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos." (f. 14). Se establecía así una línea directa para casos en los que se vulneraba o amenazaba la libertad sindical para que puedan ser vistos en amparo, aun cuando el proceso laboral pudiera ser igualmente tuitivo.

7. Los presupuestos para sustentar el razonamiento recogido en el fundamento anterior han sido expuestos por el Tribunal en el desarrollo de su jurisprudencia, mas no se habrían explicado las razones por las cuales ciertos temas, como la libertad sindical, parecieran entenderse como con mayor relevancia constitucional que otros. Es más, la generación de una vía directa al amparo no sería para algunos(as) conforme a una serie de posiciones asentada por el Tribunal Constitucional y la doctrina constitucional, como son la subsidiariedad o residualidad del amparo, la pretensión de que son los jueces del Poder Judicial los llamados a realizar el control de constitucionalidad, o los alcances de la constitucionalización del Derecho laboral, entre otros postulados que suelen afirmarse junto a reglas como la que he mencionado.

8. Frente a estas imprecisiones, el precedente "Elgo Ríos" plantea una serie de pautas argumentativas para los operadores de justicia que

va más allá de la asignación injustificada e indiscriminada del tratamiento de algunos procesos al amparo sin importar las circunstancias de ello. El precedente "Elgo Ríos" obliga entonces a argumentar en torno a sus cuatro criterios, que a continuación reitero, sin determinar a priori cual debe ser el resultado:

a. Estructura idónea, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz.

b. Tutela idónea, que mide 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.

c. Urgencia como amenaza de irreparabilidad, donde se evalúa si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada.

d. Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño, donde se evalúa la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad el daño que podría ocurrir.

9. Ahora bien, una aplicación completa de "Elgo Ríos" no podrá ser, por tanto, una que solo haga referencia al alegato de parte para ingresar al fondo, ni tampoco podrá ser aquella que, relevándose de cualquier análisis adicional, asuma los criterios del caso "Baylón Flores".

10. Lo afirmado no quiere decir que exista una necesaria e inevitable contradicción entre los resultados que se obtengan en el análisis de procedencia bajo estos dos precedentes. Como se afirmó en la propia sentencia del caso "Elgo Ríos", es muy probable que en la mayoría de casos los resultados coincidirán. Básicamente lo que va a resultar distinto es el razonamiento que debe realizar el Tribunal para definir si una pretensión debe ser o no canalizada por una vía igualmente satisfactoria.

11. En este caso en concreto, el análisis detallado debe ser el que presento a continuación:

a. *Estructura idónea:*

El proceso ofrecido como vía igualmente satisfactoria al amparo sería el proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Y es que en el artículo 2, inciso 3, de la Ley 29497, se señala que los juzgados laborales son

competentes para conocer, en un proceso laboral abreviado, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.

En consecuencia, se cumple con el requisito de estructura idónea.

b. *Tutela idónea*

Desde una perspectiva objetiva, no se ha verificado que más allá de las previsiones legales a las que hace referencia el criterio anterior, existan razones que eviten que este caso se pueda ver en un proceso laboral abreviado.

En consecuencia, se cumple con el requisito de tutela idónea.

c. *Urgencia como amenaza de irreparabilidad:*

Desde una perspectiva subjetiva, el demandante no ha alegado razón alguna que permita señalar que exista un daño irreparable a los derechos fundamentales alegados.

En consecuencia, se cumple con el requisito de no existencia de urgencia como amenaza de irreparabilidad.

d. *Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño.*

El despido nulo implica en casi todos los casos la vulneración o amenaza de vulneración múltiple de derechos fundamentales. Aquello configura un daño de importante magnitud, no solo en el derecho del recurrente, sino por las consecuencias que puede tener en la comprensión de la libertad sindical de los demás involucrados.

En consecuencia, se incumple con el requisito de no existencia de urgencia por magnitud del bien involucrado o daño.

12. Lo aquí expuesto nos lleva a señalar que si bien los tres primeros criterios se cumplen al punto que se perfila el procesal laboral abreviado como una vía igualmente satisfactoria, al no cumplirse el último de ellos, no se ha podido en este caso establecer la procedibilidad de una vía ordinaria igualmente satisfactoria. Por tanto, la causa debe conocerse en el proceso de amparo.

13. Ahora bien, necesario es anotar que este último criterio recogido en "Elgo Ríos" (urgencia por la magnitud del bien involucrado o

del daño), hasta ahora ha sido poco usado en la jurisprudencia de este Tribunal puede tener diversas interpretaciones. Sin embargo, tampoco es una cláusula abierta para justificar que cualquier caso deba conocerse en el proceso de amparo. No se puede negar que cualquier posible vulneración de un derecho fundamental es relevante, mas de ello no se desprende necesariamente la afirmación de que deba ser el amparo la mejor vía en todos los casos para otorgar la tutela requerida. En esa línea, el criterio de la urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño no puede asumir que cualquier vulneración es pasible de ser incluida aquí. Por el contrario, tendrá que hacerse referencia a algún tipo de graduación para acreditar esta especial urgencia.

14. Una opción, entre otras, para medir la magnitud del bien involucrado puede plantearse en torno a lo desarrollado para vislumbrar la "fundamentalidad" de una posición *prima facie* afectada en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, correspondiente a la aplicación del test de proporcionalidad Así, se puede tener que una misma posición iusfundamental vulnerada o amenazada puede fundamentarse en varios principios constitucionales[16].

15. Esta múltiple vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales, en este caso por un mismo acto lesivo (el despido), se corrobora en el hecho que, en principio, no puede reclamarse solo la pertinencia de la libertad sindical como derecho que asistiría a la demandante, sino también pueden invocarse otros derechos, como el derecho al trabajo y el derecho a la no discriminación.

16. Esta confluencia o concurrencia de derechos fundamentales respecto de la posición iusfundamental enjuiciada hace que, para efectos del análisis de procedencia, pueda acreditarse una urgencia por la magnitud del daño en los bienes involucrados. En consecuencia, la demanda supera el análisis de procedencia, al menos en lo que respecta a la aplicación del precedente "Elgo Ríos".

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

16 BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Universidad Externado de Colombia Cuarta edición. 2014, p. 971 y ss.

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 legislativo[17].

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 justa[18].

17 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.

18 Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.

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).

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 indemnización[19].

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.

19 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)

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

Convengo 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 urgente[205].

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

20 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, a*rbitrario* 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

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 5 de agosto de 2021

VISTO

El pedido de integración de la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en autos, de fecha 27 de octubre de 2020, presentado por la abogada del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (Sinatracmac - Piura) y don Edward Antonio Muñoz Salazar; y,

ATENDIENDO A QUE

1. El primer párrafo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional establece que las sentencias emitidas por este Tribunal son inimpugnables. Sin embargo, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.

2. Mediante sentencia de fecha 27 de octubre de 2020 este Tribunal Constitucional declaró, por un lado, fundada la demanda de amparo, al haberse acreditado que la empresa demandada vulneró los derechos constitucionales a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad sindical y al trabajo de don Edward Antonio Muñoz Salazar, ordenando su reposición laboral; y, por otro lado, improcedente la demanda en el extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

3. El 28 de abril de 2021, los demandantes presentan un escrito solicitando la integración de la sentencia de autos, por considerar que se ha omitido emitir pronunciamiento con relación a su pretensión accesoria de que se remitan los actuados a la fiscalía correspondiente, a fin de que se investigue y sancione a los demandados, señores Pedro Talledo Coronado, Marcelino Encalada Viera y Gustavo Goicochea Bustamante, por la presunta vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados,

en perjuicio de don Edward Antonio Muñoz Salazar; a su solicitud de sanción con multa de 50 URP en aplicación del artículo 53, in fine, del Código Procesal Constitucional; y a su pedido de remisión de los actuados a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia, al Ministerio Público y al colegio de abogados correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 111 del Código Procesal Civil, para las sanciones que pudieran tener lugar a los abogados o apoderados de la entidad demandada, quienes han actuado de mala fe, al alegar un hecho contrario a la realidad. Afirman que dichas pretensiones han sido formuladas en su recurso de agravio constitucional.

4. Al respecto, se advierte que la demanda de los recurrentes, de fecha 20 de abril de 2016, solo tiene como pretensiones que se declare nulo el despido de don Edward Antonio Muñoz Salazar, así como el Informe CMP-SIS-INF-2016-042, de fecha 28 de marzo de 2016, y sus anexos; y que, en consecuencia, se lo reincorpore en su puesto de trabajo; con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir (f. 206). Asimismo, en el segundo otrosí de la demanda se solicita también que se remitan los actuados al fiscal penal para que investigue la causa probable de la vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Por otro lado, respecto a los demás pedidos contenidos en la solicitud de integración, según se advierte, se encuentran solicitados en el recurso de agravio constitucional (f. 654).

5. Ahora, con relación al pedido de remisión de los actuados al fiscal penal, el artículo 17 del Código Procesal Constitucional establece que "Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título, dispondrá la remisión de los actuados al fiscal penal que corresponda para los fines pertinentes […]". En el presente caso, este Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo al haberse acreditado que Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura S.A.C. vulneró los derechos constitucionales a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad sindical y al trabajo de don Edward Antonio Muñoz Salazar, por lo que ordenó su reposición en su puesto de trabajo. Sin embargo, de lo actuado no se advirtió un ánimo doloso en el procedimiento el despido seguido en contra del referido trabajador o indicio alguno

que haga presumir la existencia de un delito, motivo por el cual no procede estimar dicho pedido.

6. Con relación a los demás pedidos del recurso de agravio constitucional, y precisados en esta solicitud, se aprecia que ellos no fueron solicitados en el escrito de demanda, sino que se incorporaron como pretensiones con posterioridad; por lo que, siendo que no fueron requeridos en la etapa postulatoria del proceso, corresponde declarar su improcedencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y dejando constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

RESUELVE

Declarar **FUNDADO** el pedido de integración formulado por los demandantes; en consecuencia, **INTEGRA** la sentencia de fecha 27 de octubre de 2020 en los siguientes términos:

Parte resolutiva: "[…]

4. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de remisión de los actuados al fiscal penal.

5. Declarar **IMPROCEDENTE** los demás pedidos formulados en el recurso de agravio constitucional".

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

Pleno. Sentencia 96/2021
EXP. N° 02124-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MAXS DEYVIS AYORA INOÑÁN

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 7 de enero de 2021, 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 amparo que dio origen al Expediente 02124-2017-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada formularon fundamentos de voto.

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 BARRER

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, y con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Maxs Deyvis Ayora Inoñán contra la resolución de fojas 156, de fecha 22 de marzo de 2017, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de junio de 2016, el recurrente interpone demanda de amparo contra el BBVA Banco Continental, doña Rosa Zeña Vásquez y Karina Aricoche Ramírez, gerente y subgerente, respectivamente, de la oficina Open Plaza del referido banco. Solicita que se declare la nulidad de la carta de fecha 25 de abril de 2015, mediante la cual la entidad emplazada, representada por las demandadas doña Rosa Zeña Vásquez y doña Karina Aricoche Ramírez, le comunica su decisión de cerrar su cuenta de pago de haberes. En consecuencia, solicita se ordene la inmediata reactivación de la referida cuenta, como el libre acceso a todos los servicios bancarios que brinda; además, de abstenerse de realizar nuevamente las conductas que motivan la presente demanda.

Manifiesta que mantiene una relación laboral con la empresa Agropucalá, para lo cual se aperturó una cuenta en el Banco Continental con la finalidad de que se deposite su remuneración; sin embargo, la referida entidad bancaria procedió al cierre de su cuenta de pago de haberes al amparo del artículo 85 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, del artículo 3 de la Circular 2197-2011 emitida por el

superintendente de la SBS y las cláusulas generales de contratación de unos contratos que no precisaron cuáles eran. Alega la vulneración de sus derechos a la igualdad y a no ser discriminado, al debido proceso en su expresión de debida motivación, al honor y buena reputación y a la paz y tranquilidad.

El BBVA Banco Continental contestó la demanda y expresó que la cuenta del demandante fue cerrada y el contrato resuelto al amparo del artículo 3 de la Circular B-2197-2011 (expedida en atención al numeral 9 del artículo 349 de la Ley 26702 y al artículo 85 del Código de Protección al Consumidor) publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 5 de junio de 2011, y según la cual las empresas del sistema financiero pueden adoptar, entre otras, la decisión de resolver el contrato (sin el aviso previo al que se refiere el artículo 23 del Reglamento de Transparencia) como consecuencia de las normas prudenciales emitidas por la SBS, atendiendo las consideraciones relacionadas con el perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención de lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y la falta de transparencia de los usuarios. Asimismo, se tuvo en cuenta lo establecido en el Anexo 1 de la Resolución de SBS 838-2008, numeral l, relacionado con las operaciones o conductas inusuales relativas a los clientes de las empresas (del sistema financiero), el cual señala que constituyen señales de alerta que las empresas deben tener en cuenta con la finalidad de detectar y/o prevenir operaciones sospechosas relacionadas al lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo, entre otras, cuando se tiene conocimiento que el cliente está siendo investigado o procesado por lavado de activos, como es el caso del recurrente, quien viene siendo investigado por el delito de lavados de activos por parte de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Chiclayo.

Doña Rosa Zeña Vásquez y doña Karina Aricoche Ramírez contestaron la demanda en los mismos términos que el BBVA Banco Continental.

El Sexto Juzgado Civil de Chiclayo declaró improcedente la demanda por considerar que los emplazados han actuado conforme al artículo 85 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y a la Circular B-2197-2011, teniendo en cuenta que el demandante viene siendo investigado por el delito de lavado de activos.

La Sala superior revisora confirmó la apelada por similares fundamentos; agregando que tampoco se vulnera el principio de presunción de inocencia, es decir, disponer el cierre de la cuenta bancaria y devolver los ahorros cuando exista una sentencia firme, en razón de los actos de corrupción que se vienen gestando en nuestro país; por lo que se ha posibilitado a todas las entidades financieras a adoptar medidas más inmediatas.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la carta de fecha 25 de abril de 2015, mediante la cual el BBVA Banco Continental, representada por las demandadas doña Rosa Zeña Vásquez y doña Karina Aricoche Ramírez, le comunica su decisión de cerrar su cuenta de pago de haberes. En consecuencia, solicita se ordene la inmediata reactivación de la referida cuenta, como el libre acceso a todos los servicios bancarios que brinda; además de abstenerse de realizar nuevamente las conductas que motivan la presente demanda.

   El demandante alega la vulneración de sus derechos a la igualdad y a no ser discriminado, al debido proceso en su expresión de debida motivación, al honor, buena reputación, la paz y tranquilidad. Sin embargo, de la lectura de la demanda y de los demás actuados se advierte que no se han invocado en forma correcta los supuestos derechos que estarían siendo afectados por los emplazados, pues las alegaciones relacionadas con el cierre de la cuenta bancaria del actor y la resolución de su contrato con la entidad financiera por el motivo de estar siendo investigado por el delito de lavado de activos no guardan relación con los derechos invocados.

   En este sentido, en virtud del principio *iura novit curia*, este Tribunal considera que existiría una afectación del derecho de presunción de inocencia; pues el recurrente alega también que "[a]ctuar como lo han hecho las demandadas equivale a sancionar a alguien por la comisión de un supuesto hecho punible" (fojas 24); que se "han invocado como […] sustento de su arbitraria decisión supuestas conductas relacionadas con el delito de lavado de

activos, lo cual es sumamente grave" (fojas 29) y que se "colisiona directamente con el principio de presunción de inocencia […] por cuanto […] una entidad bancaria pueda cerrar unilateralmente su cuenta bancaria" (fojas 149). Lo expresado no ha sido ajeno al juzgador ordinario; pues en la sentencia de vista el *ad quem* se pronunció al respecto, indicando que el cierre de la cuenta bancaria y la resolución del contrato con la entidad financiera "no implica atentar contra el principio de presunción de inocencia, es decir que recién exista una sentencia para disponer dichos actos, en consideración de los actos de corrupción que se vienen gestando en nuestro país" (fojas 160). Por tanto, este Tribunal analizará el caso de autos en razón a la probable vulneración del derecho de presunción de inocencia.

Sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia

2. 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.

3. En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que "[t]oda 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 homine*.

4. Se ha señalado en anterior oportunidad (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00618-2005-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 expedida 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 (...)".

5. No obstante, para el desarrollo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es pertinente sentar algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva, dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

6. En segundo lugar, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional–, sin que ello signifique su afectación; pues, justamente, la finalidad de dichas medidas es el esclarecimiento del supuesto hecho punible; siempre, claro está, que estas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Análisis del caso concreto

7. En el caso de autos se observa que el BBVA Banco Continental ha cerrado la cuenta bancaria del demandante y ha resuelto el contrato suscrito alegando que el actor viene siendo investigado por el delito de lavado de activos. Justifica su accionar en la siguiente normativa:

Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 85.- Contratación de servicios financieros y modificaciones contractuales

Sin perjuicio de la observancia de los derechos reconocidos al consumidor en el presente Código, las entidades del sistema financiero pueden decidir la contratación con los usuarios del servicio en función a las condiciones particulares de riesgo, el comportamiento crediticio, las características de los productos que se diseñen para los mercados y la falta de transparencia debidamente reglamentada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Cuando las modificaciones o la resolución del contrato tengan por sustento la aplicación de normas prudenciales emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, las empresas no se encuentran obligadas a cursar a sus clientes la comunicación previa que se exige en el artículo 5 de la Ley núm. 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros. Las normas prudenciales emitidas por la citada autoridad son aquellas tales como las referidas a la administración del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas o por consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del lavado de activos o del financiamiento del terrorismo.

Circular B-2197-2011, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones (vigente al momento de ocurridos los hechos)

3. Aplicación de normas prudenciales conforme al artículo 85 del Código

Las empresas podrán elegir no contratar o modificar los contratos celebrados con los usuarios en aspectos distintos a las tasas de interés, comisiones o gastos, e incluso

> resolverlos, sin el aviso previo a que se refiere el artículo 23 del Reglamento de Transparencia, como consecuencia de la aplicación de las normas prudenciales emitidas por la Superintendencia, tales como las referidas a la administración del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas, por consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del lavado de activos o del financiamiento del terrorismo o por falta de transparencia de los usuarios.

8. Como se observa, la normativa citada establece la resolución de contratos "por consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del lavado de activos o del financiamiento del terrorismo". Sin embargo, dicha prerrogativa no implica que, por el mero hecho de existir una investigación por el delito de lavado de activos contra sus clientes corresponda resolver los contratos suscritos con estos y, por ende, cerrar sus cuentas bancarias. Sostener lo descrito, como lo han hecho los emplazados, implica una vulneración del derecho a la presunción de inocencia de sus clientes, pues no existe una resolución judicial alguna que establezca su responsabilidad penal y acredite que el demandante esté utilizando el sistema financiero de la emplazada para lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

9. La conducta de las entidades del sistema financiero de resolver contratos unilateralmente y eliminar cuentas bancarias de sus clientes por una investigación penal en trámite no resulta razonable y proporcional, pues implica expectorar del sistema financiero a una persona de quien no se sabe si ha cometido lavado de activos o financiación del terrorismo.

   La situación se tornaría más irrazonable y desproporcionada si es que el cliente del banco, a quien se le eliminó la cuenta bancaria por estar siendo investigado por el delito de lavado de activos o por financiación del terrorismo, resulte absuelto de los delitos imputados.

10. El Decreto Supremo 150-2007-EF, TUO de la Ley 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, en sus artículos 3, 4 y 5, vigentes al momento de ocurridos los hechos estipulaban:

Artículo 3.- Supuestos en los que se utilizarán Medios de Pago

Las obligaciones que se cumplan mediante el pago de sumas de dinero cuyo importe sea superior al monto a que se refiere el artículo 4 se deberán pagar utilizando los Medios de Pago a que se refiere el artículo 5, aun cuando se cancelen mediante pagos parciales menores a dichos montos.

También se utilizarán los Medios de Pago cuando se entregue o devuelva montos de dinero por concepto de mutuos de dinero, sea cual fuera el monto del referido contrato.

Los contribuyentes que realicen operaciones de comercio exterior también podrán cancelar sus obligaciones con personas naturales y/o jurídicas no domiciliadas, con otros Medios de Pago que se establezcan mediante Decreto Supremo, siempre que los pagos se canalicen a través de empresas del Sistema Financiero o de empresas bancarias o financieras no domiciliadas (…).

Artículo 4.- Monto a partir del cual se utilizará Medios de Pago

El monto a partir del cual se deberá utilizar Medios de Pago es de tres mil quinientos nuevos soles (S/. 3,500) o mil dólares americanos (US$ 1,000).

Artículo 5.- Medios de Pago

Los Medios de Pago a través de empresas del Sistema Financiero que se utilizarán en los supuestos previstos en el artículo 3 son los siguientes:

a) Depósitos en cuentas.

b) Giros.

c) Transferencias de fondos.

d) Órdenes de pago.

e) Tarjetas de débito expedidas en el país.

f) Tarjetas de crédito expedidas en el país.

> g) Cheques con la cláusula de "no negociables", "intransferibles", "no a la orden" u otra equivalente, emitidos al amparo del artículo 190 de la Ley de Títulos Valores. (…).

11. Cerrar la cuenta bancaria y resolver el respectivo contrato suscrito con el usuario por el mero hecho de estar siendo investigado por el delito de lavado de activos o por financiamiento del terrorismo implica que dicho investigado estaría limitado en la utilización de los medios de pago establecidos en el citado artículo 5, cuando se trate de montos de S/ 3500 o $1000 a más. En otras palabras, el investigado estaría impedido de que su deudor le devuelva, en una cuenta bancaria, el monto de dinero por concepto de mutuo dinerario o de realizar operaciones de comercio exterior, pues para eso requiere canalizarlas a través de empresas del sistema financiero o, peor aún, el empleador no podría depositar los haberes del trabajador, al no contar con una cuenta bancaria, donde realice los depósitos mensuales por concepto de remuneración, tal y como ha sucedido en el caso de autos, donde se observa que es en la cerrada cuenta bancaria donde el actor venía recibiendo su remuneración, la cual sobrepasa los S/ 3500 (fojas 2 y 3). Con relación a este último supuesto, existe una obligación legal para el empleador de utilizar el sistema financiero; sin embargo, el trabajador no podría ser titular de una cuenta bancaria por estar siendo investigado por lavado de activos.

12. En similar sentido, este Tribunal Constitucional ha señalado que el fomento de la bancarización de las actividades financieras persigue fines constitucionalmente valiosos. En efecto, en los fundamentos 9 y 10 de la Sentencia 00004-2004-AI/TC y otros (acumulados), este órgano colegiado expresó que:

> El objetivo de la denominada "bancarización" es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado

implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43° de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.

De otra parte, resulta claro que la informalidad de las transacciones patrimoniales es un factor determinante que facilita la evasión tributaria, motivo por el cual el establecimiento de medidas orientadas a incentivar la utilización de las empresas del sistema financiero para la ejecución de tales transacciones, resulta una medida idónea para la detección de cualquier fraude tributario.

13. En el caso de autos, el demandante utilizaba la cuenta bancaria cerrada para el depósito de su remuneración; por lo que el accionar de la emplazada impide el depósito de todos los conceptos remunerativos que pudiera depositar su empleador a su favor. No es razonable y proporcional que las entidades financieras cierren las cuentas bancarias de sus clientes por ser objeto de investigaciones fiscales aún en curso; máxime, si en el caso de autos de trataba de una cuenta donde se depositaba la remuneración del actor. Negar la posibilidad de abrir o conservar una cuenta bancaria a una persona investigada por lavado de activos o financiación del terrorismo implica negarle la posibilidad de percibir su remuneración; pues justamente, para vigilar el lavado de activos, el empleador tiene que utilizar el sistema financiero para hacer el depósito de las remuneraciones de los trabajadores.

    En consecuencia, corresponde estimar la presente demanda por acreditarse la vulneración del derecho de presunción de inocencia.

14. Sin perjuicio de lo expuesto, y a mayor abundamiento, resulta pertinente señalar que obra en autos, a fojas 121, la disposición fiscal número tres, por la cual la Fiscalía Provincial Corporativa

Especializada en Delitos de Corrupción de Funciones de Lambayeque declaró que no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria en contra del actor por el delito de lavado de activos, y se dispuso el archivo de la investigación fiscal en su contra.

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, **NULA** la carta de fecha 25 de abril de 2015.

2. **DISPONER** que la parte emplazada cumpla con la inmediata reactivación de la cuenta bancaria cerrada de titularidad de don Maxs Deyvis Ayora Inoñán y permitir el libre acceso a los servicios bancarios que brinda.

3. **ORDENAR** a la parte emplazada a abstenerse de realizar nuevamente las conductas que motivan la presente demanda.

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

Debo agregar que la decisión de la entidad bancaria fue desproporcionada, en la medida que pudo haberse elegido una alternativa menos gravosa para limitar el uso de la cuenta de pago de haberes del recurrente. En mi opinión, no necesariamente la primera opción debió ser el cierre total de la cuenta.

Debemos recordar que este Tribunal Constitucional ya tiene doctrina sentada en el sentido de que en las relaciones entre privados aplica la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En la STC Exp. 05215-2007-PA/TC, este órgano ha explicado que:

6. Los derechos fundamentales que la Constitución Política del Estado reconoce son derechos subjetivos, pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un deber de tutelar dichos derechos.

7. Sin embargo, esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos, y que las personas naturales o jurídicas de derecho privado se encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares.

8. La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la

Constitución (...)". Esta norma establece pues que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares.

De ahí que, si bien el banco emplazado tomó conocimiento por el Ministerio Público de que el demandante se encontraba inmerso en una investigación penal por el delito de lavado de activos, no obstante, atendiendo a que dicho proceso aún estaba todavía en desarrollo y que aún no existía ni acusación penal y menos sentencia penal; con la finalidad de prevenir operaciones sospechosas de lavado de activos, conforme a las normas en materia financiera, podría haberse suspendido determinados derechos y beneficios del uso de la cuenta bancaria en primer término antes de adoptar la decisión drástica de cerrar definitivamente la cuenta del actor.

La lógica de mi voto no debe entenderse en que las cuentas bancarias deban ser "intocables" en situacionales tan especiales como aquellas vinculadas al lavado de activos o, incluso, en los otros supuestos del artículo 85 del Código de Protección del Consumidor, como el financiamiento de terrorismo; sino que, ponderando el derecho de presunción de inocencia, mi opinión es que el sistema financiero y el banco, como en esta causa, debe adoptar un mínimo de gradualidad antes de cerrar completamente la cuenta o cuentas bancarias, para no causar el perjuicio máximo cuando el usuario recién está inmerso en una investigación.

Habiendo hecho esta precisión, mi voto por suscribir la sentencia de mayoría.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones

Me aparto de lo señalado en el fundamento 2 de la sentencia porque considero necesario aludir a las indebidas referencias a diversos instrumentos internacionales que se realizan en él.

Conforme a una lectura atenta de los artículos 57 y 200, inciso 4, de la Constitución, los tratados no tienen rango constitucional sino solo uno equivalente al de las ordenanzas municipales.

La Constitución de 1979 sí establecía que algunos tratados tenían rango constitucional, pero fue sustituida hace más de veintiséis años por la actual Constitución. Ésta reafirma la prevalencia del Perú como unidad política fundamental.

De otro lado, considero que como consecuencia de declarar fundada la demanda y no siendo ninguna de las demandadas una entidad estatal, corresponde ordenar el pago de costos y costas procesales, en aplicación del artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 1135/2020
EXP. N° 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ VÁSQUEZ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de noviembre de 2020, los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 04795-2017-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Miranda Canales formuló un fundamento de voto.

Los magistrados Ledesma Naváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto que será entregado en fecha posterior.

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 6 días del mes de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Blume Fortini, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Gloria Natalia Gonzales Vásquez contra la sentencia de fojas 271, de fecha 2 de noviembre de 2017, expedida por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de setiembre de 2015, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), con el objeto que se ordene renovar el contrato administrativo de servicios en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque, y que se ordene el pago de los costos procesales. Manifiesta que prestó servicios desde el 17 de marzo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016 en virtud de contratos administrativos de servicios (CAS). Refiere que en el mes de marzo de 2015 recibió la noticia de que se encontraba embarazada, por lo que en marzo de 2015 comunicó a su empleador su estado gestacional; sin embargo, al término de su contrato CAS del periodo del 1 de enero a junio de 2015 le comunicaron que su contrato no sería prorrogado, por lo que considera que se le marginó solo por estar embarazada. Por tanto, se

han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad a la no discriminación por razones de sexo y al trabajo.

La representante de Sunat propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda expresando que mantuvo una relación con la actora dentro de los alcances del régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios, la cual se extinguió al cumplirse el plazo de vencimiento pactado, acorde con lo normado en el literal "h" del artículo 13 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, reglamento del Decreto Legislativo 1057, que contempla entre los supuestos de extinción el vencimiento del plazo del contrato. Agrega que el término de la relación entre ambas partes no se debió al estado de embarazo de la demandante, sino que los contratos CAS son a plazo determinado, conforme lo señala el artículo 5 del Decreto Legislativo 1057. Por otro lado, señala que, al igual que la actora, hubo otros colaboradores que mantenían vínculo a través de contratos CAS, y sus vínculos culminaron por vencimiento de contrato.

El Sexto Juzgado Civil de Lambayeque, con fecha 1 de octubre de 2016, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 23 de marzo de 2017, declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que el CAS prevé como causales de extinción del vínculo laboral el vencimiento del plazo del contrato y este puede ser en cualquier mes del año, no necesariamente a fines del ejercicio fiscal, como alega la demandante. En cuanto a su estado de embarazo, señala que la actora, mediante correo electrónico, solicitó permiso para asistir a un chequeo médico en EsSalud, dicho permiso sí fue concedido, por lo que no existe medio de prueba alguno que acredite que el motivo de la no renovación de su CAS se debió a su estado de embarazo.

La Sala Superior revisora revoca la apelada y, reformándola, declara infundada la demanda por considerar que la demandante ha venido laborando con contrato laboral en la modalidad de CAS, una modalidad de contrato laboral a plazo determinado que considera como una de las formas de su extinción, la figura de vencimiento del plazo del contrato, prevista en el inciso "h" del artículo 10 del Decreto Legislativo 1057, la cual determina que el referido vínculo laboral acaba con su vencimiento, por lo que, si se hubiese cometido alguna arbitrariedad, tiene expedido su derecho para hacerlo valer en la vía correspondiente en procura de su resarcimiento; sin embargo, no cabe reposición en el puesto de trabajo

como pretende la actora. En cuanto a su estado de embarazo, de la valoración de los elementos de autos se observa que no se ha cumplido.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la renovación del contrato de la demandante en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque que venía desempeñando. Agrega que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad, a la no discriminación por razones de sexo, y al trabajo.

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, se estableció lo siguiente:

> 12 […] 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 específica 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) si 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 cuando existe un proceso ordinario considerado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

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 exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
    - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

    En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

3. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que existe la necesidad de una tutela urgente atendiendo a la relevancia del derecho que exime a la demandante de acudir a otra vía para discutir su pretensión. Ello se configura porque la actora, tanto en su demanda como en su recurso de agravio constitucional, afirma que a la fecha de su cese se encontraba en estado de gestación y que por ello se vulneró su derecho al trabajo y a la no discriminación En consecuencia, el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger los derechos invocados por la parte demandante, por lo que se procederá a analizar el fondo de la controversia.

Sobre los problemas vinculados al Contrato Administrativo de Servicios (CAS)

4. Ahora bien, y a propósito del caso concreto, este Tribunal Constitucional estima pertinente señalar, 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).

5. 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.

6. Ahora bien, y más allá de lo señalado a nivel jurisprudencial, resulta pertinente recordar que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) surgió con la intención de dejar atrás la 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.

7. 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".

8. Sin embargo, y contra lo que pudiera pensarse, lo cierto es que, después de varios años, el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) no solo continúa existiendo sino que también ha venido creciendo de manera sostenida a una tasa promedio anual de 8% en el período 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).

9. 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.

10. 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. Siendo así, cabe cuestionarse casos 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.

11. De otro lado, existe otra cuestión de suma importancia en torno a esta problemática. Y es 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, ello debe darse siempre y cuando se encuentren dentro de lo "constitucionalmente necesario", y no, como alegan algunos, de lo "constitucionalmente posible".

12. Es en ese tenor, y en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, que el Tribunal Constitucional peruano debía 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, sin que ello equivalga a consagrar un inmovilismo estéril sobre el particular, cuando es precisamente el Tribunal Constitucional quien tiene como labor precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos.

13. A partir de lo aquí expuesto, queda claro que, a partir del reconocimiento de este régimen especial como uno de carácter transitorio, cuya temporalidad no puede entenderse como algo que se prolongue indefinidamente, y de la lamentable constatación de que no ha operado cambio alguno en materia legislativa sobre este particular en ya casi una década, corresponde hacer ajustes a la posición que ha venido llevando a cabo este Tribunal sobre el particular, con miras a garantizar una óptima protección de los derechos fundamentales que aquí puedan encontrarse implicados, sobre todo en aquellas controversias señaladas, a modo de ejemplo, en el fundamento 10 *supra*.

14. Y es que si bien, en tanto y en cuanto el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) se encuentra plenamente vigente y su constitucionalidad ha sido confirmada, todavía seguirán existiendo pronunciamientos que guarden coherencia con dicha posición. Sin embargo, resulta necesario que, en casos como el presente, el Tribunal Constitucional peruano asuma una participación que, sin romper los parámetros constitucional o legalmente necesarios y su real capacidad operativa, pueda afrontar los problemas derivados de la supervivencia de este régimen especial, más allá de lo inicialmente proyectado y en búsqueda de una efectiva protección de todo el plexo de derechos fundamentales que puedan encontrarse implicados en estas controversias.

15. Debemos, por tanto, reforzar la idea de 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 un concepto, haciendo uso de otros criterios y métodos de interpretación que apunten a una óptima defensa de los derechos fundamentales.

Discriminación contra la mujer y la necesidad de su protección ante los despidos nulos en el régimen CAS

16. El inciso segundo del artículo 2 de la Constitución 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". Asimismo, el artículo 23 de la Constitución señala que "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. A su vez, y en lo referido a la discriminación por sexo, específicamente de la mujer, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007- PA/TC ha señalado que "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 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." (f. 20)

18. Asimismo, y en una lógica de convencionalización del Derecho, 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.

19. 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 a 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).

20. 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 per se incompatible con la misma." (párrafo 53).

21. 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).

22. A partir de todo lo anterior, se debe afirmar que el despido debido al estado de gravidez constituye una forma de discriminación contra la mujer, que, a su vez, guarda conexión con el derecho al trabajo, en tanto el despido de la trabajadora obedeció a su estado de gestación.

23. En consecuencia, queda claro que las mujeres embarazadas, en tanto se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, merecen una protección especial por parte del Estado, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados, al margen del régimen laboral en el que se encuentren.

24. Ello tiene como consecuencia que, aún en el supuesto de que la trabajadora se encuentra en el régimen especial CAS, será nulo el despido o la no renovación de su contrato, siempre que se demuestre que la conclusión del vínculo laboral, en último término, se encuentra relacionada directamente con el estado de embarazo de la trabajadora.

Análisis del caso concreto

25. Del estudio de los actuados, se aprecian los contratos administrativos de servicios suscritos por la demandante (folios 1 a 4 y 6), así como sus boletas de pago (folios 7 a 12) y la constancia de prestación de servicios (folio 17), con lo cual queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado.

26. Ahora bien, la demandante señala que la no renovación de su CAS responde a que, previamente, había comunicado a su empleador su estado de gestación. Sobre el particular, este Tribunal ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo constituyen, indubitablemente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2, del artículo 2 de la Constitución.

27. Al respecto, la actora señala en su demanda que en marzo de 2015 informó a su empleador sobre su estado de gestación (folio 26). Además, de autos se advierte un correo de mayo de 2015 en el que

la demandante solicita "permiso por control médico" para hacerse un chequeo por motivo de su embarazo, por lo que la parte demandada no puede argüir haber desconocido del estado de gestación de la recurrente.

28. En consecuencia, 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, pues tuvo conocimiento de esto. 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.

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, por haberse acreditado que la demandante fue víctima de un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.

2. En consecuencia, **ORDENAR** 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.

Publíquese y notifíquese.

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

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

La participación de las mujeres en el sector público

1. 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.[21] 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.[22]

2. 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.[23]

3. 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

21 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).

22 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).

23 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).

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.[24]

4. 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.

5. 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).

6. 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:

---

24 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

> (...) 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.

7. 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

8. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.

9. 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".

10. 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.

11. 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.

12. 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 (...)".

13. 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).

14. 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.

15. 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.

16. 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).

17. 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).

18. 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.

19. 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).

20. 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.º 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.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).

21. 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.

22. 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.

23. 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 específico del régimen CAS

24. 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 ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador" [énfasis agregado].

25. 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 Nº 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.º 27240 - Ley que otorga permiso por lactancia materna [énfasis agregado].

26. 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.

27. 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).

28. 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.

29. 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.

30. 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.

31. 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.

32. 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.

33. 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.

34. Asimismo, conforme a lo señalado en los fundamentos 28 a 31 *supra*, 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.

35. 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.

36. 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.

37. 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.

38. 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]

39. 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.

40. 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).

Del estado actual de la protección en el caso de una mujer en estado de maternidad

41. Sin perjuicio de lo ya señalado *supra* referido a la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, es necesario recordar que a la fecha existen diversos instrumentos a nivel internacional, así como en la legislación nacional en materia de derechos laborales de las madres.

42. El artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[25] 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.

43. 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

25 Suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución Nº 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa Nº 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.

> 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.

44. 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.

45. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[26] 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 trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social*** [énfasis agregado].

26 Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley Nº 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.

46. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)[27] 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.

47. 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;

27 Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa N.º 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.

> 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].

48. 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 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.[28] 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,

28 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.

y de prevenir la desigualdad de trato en el empleo a causa de la capacidad de alumbramiento de la mujer.

49. 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)

50. 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.

51. 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 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.

52. 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 despida 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.

53. Es particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 8, donde se establece lo siguiente:

1. Se prohíbe al empleador que despida 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.

54. 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.

55. 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.[29]

56. 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).

29 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.

57. 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.

58. 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.

59. 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.

60. 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.

61. 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 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 [énfasis agregado].

62. 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.[30] Este Tribunal considera que 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.

---

30 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 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.

63. 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.

64. 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.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR
DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, en el presente caso, si bien coincido con la sentencia en el extremo en que establece la existencia de un despido discriminatorio; sin embargo, discrepo de ella en cuanto ordena la reposición pues, a mi consideración, ha operado la sustracción de la materia. Mis fundamentos son los siguientes:

Demanda

1. La recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), con el objeto de que se ordene renovar el contrato administrativo de servicios en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque y que se ordene el pago de los costos procesales. Manifiesta que prestó servicios desde el 17 de marzo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016 en virtud de contratos administrativos de servicios (CAS). Refiere que en el mes de marzo de 2015 recibió la noticia de que se encontraba embarazada, por lo que en marzo de 2015 comunicó a su empleador su estado gestacional; sin embargo, al término de su contrato CAS del periodo del 1 de enero a junio de 2015 le comunicaron que su contrato no sería prorrogado, por lo que considera que se le marginó solo por estar embarazada. Por tanto, se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad a la no discriminación por razones de sexo y al trabajo.

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 cuenten 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 forzosos", 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 Parte

> 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 aún 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 Parte 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 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 de 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 acarrean 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 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]

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, aun 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 Nº 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, publicada en el diario oficial *El Peruano* 27 de diciembre de 2017, 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.

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 despida 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 despida 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. Del estudio de los actuados, se aprecian los contratos administrativos de servicios suscritos por la demandante (folios 1 a 4 y 6), así como sus boletas de pago (folios 7 a 12) y la constancia de prestación de servicios (folio 17), con lo cual queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado.

28. Ahora bien, la demandante señala que la no renovación de su CAS responde a que, previamente, había comunicado a su empleador su estado de gestación. Sobre el particular, este Tribunal ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo constituyen, indubitablemente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2, del artículo 2 de la Constitución.

29. Al respecto, la actora señala en su demanda que en marzo de 2015 informó a su empleador sobre su estado de gestación (folio 26). Además, de autos se advierte un correo de mayo de 2015 en el que la demandante solicita "permiso por control médico" para hacerse un chequeo por motivo de su embarazo, por lo que la parte demandada no puede argüir haber desconocido del estado de gestación de la recurrente.

30. En consecuencia, la entidad demandada no ha podido demostrar que la no renovación del contrato de la demandante, quien estaba embarazada cuando sucedieron los hechos, haya obedecido a causa diferente de su estado de gestación, pues tuvo conocimiento de esto. 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.

Efectos de la sentencia

31. Ahora bien, como se ha dicho, existe una obligación del empleador de renovar el contrato temporal de trabajo de las madres gestantes

o en período de lactancia, salvo que concurra alguna causa relacionada con la comisión de una falta grave comprobada o que la necesidad que motivo la temporalidad haya fenecido; no obstante, en el presente caso, se advierte que no es posible ordenar una eventual recontratación de la demandante.

32. A la fecha, es evidente que la demandante ya no se encuentra en estado de gestación ni en periodo de lactancia, por lo que, no podría exigirse que la entidad emplazada renueve el contrato por la razón de embarazo. Por ello, la discriminación de la cual fue objeto la actora ha devenido en irreparable.

33. Sin embargo, en aplicación del artículo 1, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional, en vista de la magnitud del agravio producido, consistente en un despido discriminatorio por razón del sexo, considero que la demanda debe estimarse a fin de que, a futuro, la emplazada no vuelva a repetir su comportamiento violatorio de los derechos laborales de mujer en estado de gestación.

34. En tal sentido, dada la irreparabilidad del derecho advertida, corresponde que la actora cobre solamente una indemnización. De ahí que, los autos deben ser remitidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite el pago de indemnización del artículo 10, *in fine*, del Decreto Legislativo 1057. En consecuencia, 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 los fundamentos expuestos, mi voto es porque se estime la demanda de amparo, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, por haberse acreditado un despido discriminatorio por razón del sexo y que se disponga que actos como los que dieron origen a este amparo no se vuelvan a repetir. **IMPROCEDENTE** la demanda en cuanto se pide la reincorporación de la actora y **ORDENAR** al juez de origen que **remita**, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que la demandante solicite el cobro de la indemnización que corresponda, de conformidad con el artículo 10, *in fine*, del Decreto Legislativo 1057.

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.

1. En el presente caso, la demanda tiene por objeto que se ordene la renovación del contrato de la demandante en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque que venía desempeñando. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad, a la no discriminación por razones de sexo, y al trabajo.

2. La recurrente refiere que prestó servicios desde el 17 de marzo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016 en virtud de contratos administrativos de servicios (CAS). Manifiesta que en el mes de marzo de 2015 recibió la noticia de que se encontraba embarazada, por lo que en marzo de 2015 comunicó a su empleador su estado gestacional; sin embargo, al término de su contrato CAS del periodo del 1 de enero a junio de 2015 le comunicaron que su contrato no sería prorrogado, por lo que considera que se le marginó solo por estar embarazada.

3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que, en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00002-2010-PI/TC y N.º 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución recaída en el Expediente N.º 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), toda vez que ello desnaturaliza la esencia del contrato administrativo de servicios que se suscribe a plazo determinado y no a plazo indeterminado lo cual es plenamente compatible con el artículo 27 de la Constitución.

4. En efecto, de los contratos administrativos de servicios (folios 1 a 4 y 6), las boletas de pago (folios 7 a 12) y la constancia de prestación de servicios (folio 17) queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado que culminó al vencerse el plazo de duración establecido por las partes, esto es, el 30 de junio del 2015.

5. En el presente caso, queda acreditado que la demandante no ha sido despedida arbitrariamente si no que mantuvo una relación laboral a plazo determinado, que culminó al vencer el plazo de su último contrato administrativo de servicios. Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral del demandante se produjo en forma automática conforme lo señala el literal h) del numeral 73.7 del Decreto Supremo No. 075-2008-PCM.

6. No obstante, lo dicho, la demandante señala que la no renovación de su CAS responde a que, previamente, había comunicado a su empleador su estado de gestación. Al respecto, si bien la actora señala en su demanda que en marzo de 2015 informó a su empleador sobre su estado de gestación (folio 26) no acredita dicha afirmación, sino que, de autos solo se advierte un correo de mayo de 2015 en el que la demandante solicita "permiso por control médico" para hacerse un chequeo por motivo de su embarazo. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, según el documento de fojas 82 (vuelta) y según lo dicho por la propia actora, la última renovación del contrato administrativo de servicios que suscribieron las partes empezó a regir en enero de 2015 y tenía como fecha de término el 30 de junio de ese mismo año (folio 25), es decir que muchos meses antes de que la demandada tuviera algún conocimiento del estado de gestación de la demandante, ambas partes habían pactado como fecha de vencimiento del último contrato el 30 de junio de 2015. Por tanto, no se ha comprobado que el cese de la recurrente se haya debido a una decisión arbitraria que haya tenido como motivo su estado de gravidez, y no al vencimiento del contrato administrativo de servicios.

7. En consecuencia, al no acreditarse la vulneración de los derechos alegados por la demandante y considerando que la emplazada no se encuentra obligada a renovar indefinidamente los contratos administrativos de servicios, pues ello significaría una restricción a su potestad empleadora, corresponde desestimar la presente demanda.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda autos.

S.

FERRERO COSTA

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 más de veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Tampoco cambia las cosas el pretender justificar el cumplimiento de deberes estatales establecidos en el artículo 23 de la Constitución con interpretaciones de esta naturaleza. En la perspectiva constitucional, el Estado debe fomentar el empleo productivo.

Esta obligación no se suprime en una emergencia sanitaria. Las medidas para hacerle frente a una emergencia sanitaria deben ser idóneas, razonables y proporcionales. No puede suprimirse el derecho al trabajo de las personas si no es estrictamente necesario hacerlo.

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.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse IMPROCEDENTE respecto de todos los extrabajadores, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado que la demandante fue víctima de un despido nulo, considero necesario expresar mi discrepancia con relación al fundamento 2.

Al respecto, considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que no es aplicable el precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383- 2013-PA/TC, por no existir una vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso, pues el amparo también puede proceder en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la demandante, características que tienen 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. 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, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable 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

Pleno. Sentencia 126/2021
EXP. N° 03644-2017-PA/TC
HUANCAVELICA
OMAR LEVÍ PÁUCAR CUEVA Y OTRO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 19 de enero de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 03644-2017-PA/TC. El magistrado Ferrero Costa, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

El magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular declarando improcedente la demanda de amparo.

Asimismo, el magistrado Miranda Canales con fecha posterior comunicó que emitirá un voto singular declarando infundada la demanda de amparo.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto y que se entregará en fecha posterior.

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 19 días del mes de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, 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 Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Ferrero Costa votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Omar Leví Páucar Cueva y don Jorge Armando Bonifaz Mere contra la resolución de fojas 213, de fecha 18 de julio de 2017, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de febrero de 2016, los recurrentes interponen demanda de amparo contra la Resolución 9, de fecha 19 de enero de 2016 (f. 6), expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró fundada la demanda de *habeas corpus* interpuesta por don Edwin Valladolid Palomino contra la Resolución 6, de fecha 22 de octubre de 2015 (f. 2), expedida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, la cual ellos integraron en su condición de jueces superiores. Alegan la violación de su derecho al debido proceso e invocan la falta de acatamiento de la doctrina jurisprudencial y de pronunciamientos vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional.

Refieren que mediante la citada Resolución 6 revocaron y reformaron la Resolución 3, de fecha 28 de agosto de 2015, a través de la cual se declaró procedente la solicitud de semilibertad presentada por don Edwin Valladolid Palomino, quien fue condenado por el delito de

robo agravado, en grado de tentativa, y ordenaron su recaptura e internamiento. Precisan que esta decisión se sustentó en la prohibición expresa establecida por la Ley 30076 (publicada el 19 de agosto de 2013 en el diario oficial *El Peruano,* mediante la cual se modifica el artículo 48 del Código de Ejecución Penal), que regula la no concesión de beneficios penitenciarios a los sentenciados por diversos delitos, entre los cuales se encuentra el robo agravado. Indican que dicha Ley 30076 era la aplicable al caso, pues conforme al criterio jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional relacionado con la aplicación en el tiempo de la ley penitenciaria, la que rige es la que se encuentra vigente en la fecha en que se solicita el beneficio.

No obstante ello, alegan que la Sala Penal de Apelaciones, al declarar fundado el *habeas corpus* interpuesto contra la Resolución 6, de fecha 22 de octubre de 2015 (f. 2), expedida cuando en su condición de jueces superiores integraban la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, argumentó que la ley aplicable para resolver la solicitud de beneficio penitenciario era la Ley 30101 (publicada el 2 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*, mediante la cual se fijan las reglas de aplicación temporal de normas penitenciarias), por resultar más favorable, y no la Ley 30076, a pesar de que ello contradecía la sentencia del Tribunal Constitucional 00012-2010-PI/TC, y transgredía el Acuerdo Plenario 2-2015/CIJ-116, de fecha 2 de octubre de 2015, que precisa criterios con relación a la sucesión de normas de ejecución penal en el tiempo.

Admitida a trámite la demanda de amparo (f. 36), los jueces emplazados -don Máximo Teodosio Alvarado Romero, don Máximo Belisario Torres Cruz y doña Flor de María Vera Donaires- se apersonan al proceso y la contestan (f. 43, 47 y 51, respectivamente). A su turno, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, al apersonarse al proceso, solicita que este se suspenda (f. 55), en espera de que se atienda la petición que formuló al Consejo de Defensa Jurídica del Estado para que sea otra Procuraduría la encargada del patrocinio, toda vez que tuvo a su cargo la defensa de los recurrentes en el proceso de *habeas corpus* que ahora se cuestiona en el presente amparo. Absuelta tal petición, se emplazó a la Procuraduría Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (f. 156). Sin embargo, esta no contestó la demanda de manera oportuna.

El Segundo Juzgado Civil de Huancavelica, mediante sentencia de fecha 27 de abril de 2017 (f. 161), declaró infundada la demanda de amparo, por considerar que la resolución a través de la cual se estimó el *habeas corpus* fue expedida regularmente, y que se sustentó en la aplicación de la Ley 30101 por ser la más favorable para el solicitante del beneficio penitenciario, además de tomar en consideración lo establecido por el Acuerdo Plenario 2- 2015/CIJ-116.

A su turno, la recurrida, reformando y revocando la apelada, declaró improcedente el amparo (f. 213), por considerar básicamente que si la afectación tenía sustento en la inaplicación de un pronunciamiento constitucional obligatorio, correspondía interponer recurso de agravio constitucional contra la sentencia que declaró fundado el *habeas corpus* para que sea el propio Tribunal Constitucional quien dilucide si se incumplió o no los criterios vinculantes contenidos en su sentencia recaída en la Sentencia 00012-2010-PI/TC. Asimismo, advierte que no se ha tomado en consideración que, a la fecha, el solicitante del beneficio ya cumplió con la totalidad de la condena penal impuesta en su contra.

FUNDAMENTOS

§1. PETITORIO Y DETERMINACIÓN DEL ASUNTO CONTROVERTIDO

1. El Tribunal hace notar que del escrito que contiene la demanda se desprende que su petitorio está orientado a que se declare la nulidad de la Resolución 9, de fecha 19 de enero de 2016 (f. 6), expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, a través de la cual se declaró fundada la demanda de *habeas corpus* interpuesta por don Edwin Valladolid Palomino contra la Resolución 6, de fecha 22 de octubre de 2015 (f. 2), expedida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, de la cual formaban parte integrante los jueces recurrentes del presente amparo. Se alega la violación del derecho al debido proceso y se invoca la falta de acatamiento de la doctrina jurisprudencial y de pronunciamientos vinculantes del Tribunal Constitucional.

2. Se trata de determinar, por tanto, la legitimidad constitucional de la Resolución 9. Este es el acto reclamado, al cual se acusa de haberse dictado en contravención de un criterio vinculante establecido por

este Tribunal Constitucional en una sentencia dictada en un proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el cual, conforme al artículo 82 del Código Procesal Constitucional, "vincula a todos los poderes públicos"; y, en la medida que el acto cuestionado se habría sustentado en argumentos inconstitucionales, habría lesionado correlativamente el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en este caso, de los jueces penales que fueron emplazados en el *habeas corpus* primigenio.

3. Antes de abocarnos de lleno en un análisis de esa envergadura todavía es preciso que nos detengamos en un par de cuestiones previas, atinentes a la legitimidad para obrar de los demandantes –quienes actuaron como jueces ordinarios y, en esa condición fueron emplazados con el *habeas corpus*– y, de otro, a la igualmente singular situación de que mediante un amparo se cuestione lo decidido en un *habeas corpus*.

§.2 SOBRE LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LOS DEMANDANTES

4. Como ya se indicó, quienes interponen la presente demanda de amparo son dos de los jueces que conformaron la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, la misma que expidió la Resolución 6, mediante la cual se revocó el beneficio penitenciario de semilibertad concedido a favor de don Edwin Valladolid Palomino; resolución que fue censurada en su constitucionalidad mediante la sentencia dictada en un proceso de *habeas corpus*, que es la que ahora se cuestiona a través del presente amparo.

5. La cuestión acerca de si tienen los jueces contra los que se ha dictado una sentencia estimatoria en el proceso de *habeas corpus*– legitimidad para obrar y, en ese sentido, si se encuentran autorizados para promover una demanda de amparo contra lo resuelto en un *habeas corpus*, ha de absolverse de modo positivo. Y así lo es porque este Tribunal hace notar que fueron los magistrados que integraron la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica a los que se emplazó directamente con el *habeas corpus*, como autoridades responsables de expedir una resolución judicial que se juzgó como contraria a la libertad personal. Este emplazamiento con la demanda de *habeas* corpus supuso que ambos fueran considerados en la condición de "parte" demandada en

aquel proceso constitucional. Por lo tanto, al igual de lo que sucede con cualquier otra persona que participa en un proceso judicial, no bien fueron considerados como partes dichos magistrados titularizaron todos y cada uno de los derechos fundamentales a través de los cuales se informa y limita el desarrollo de un proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a obtener una decisión adecuadamente motivada.

6. La legitimidad para obrar que este Tribunal reconoce en aquellos jueces no se sustenta en que hayan presentado su demanda como personas naturales. No son actos particulares los que se evaluaron en el *habeas corpus* al que antes se ha hecho referencia, sino actos de autoridad, que fueron adoptados en el marco del ejercicio de un cargo público, los cuales, como sucede con cualquier otra entidad pública que participa en un proceso judicial, titularizan todos los derechos fundamentales de orden procesal.

7. Siendo este el escenario procesal, los demandantes en su condición de jueces que fueron parte emplazada en el *habeas corpus* tienen plena legitimidad para reclamar vía amparo la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones, si se consideraran afectados, como aducen ahora. En tal sentido, le corresponde al Tribunal Constitucional dilucidar la controversia planteada y otorgar tutela a los derechos fundamentales invocados, si se corrobora, claro está, su afectación.

§.3. SOBRE EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE "AMPARO CONTRA AMPARO" Y SUS DISTINTAS VARIANTES

8. Conforme a lo establecido en la Sentencia 04853-2004-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 septiembre de 2007, y en el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional, así como en su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de "amparo contra amparo", así como sus distintas variantes (amparo contra hábeas corpus, amparo contra cumplimiento, amparo contra acción popular, etc.), es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios.

9. De acuerdo con estos últimos: **a)** solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta; es decir, que

su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de ellos. Tratándose incluso de contra amparos en materia laboral, dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso amparo (cfr. Sentencia 04650-2007-PA/TC, fundamento 5); **b)** su habilitación solo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; **c)** resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8 de la Constitución (cfr. Sentencias 02663-2009-PHC/TC, fundamento 9, y 02748-2010-PHC/TC, fundamento 15); **d)** su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; **e)** procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; **f)** se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; **g)** resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional (cfr. Sentencia 03908-2007-PA/TC, fundamento 8); **h)** no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; e, **i)** procede incluso cuando el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como la postulatoria (cfr. Resoluciones 05059-2009-PA/TC, fundamento 4; 03477-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otras); la de impugnación de sentencia (cfr. Resoluciones 02205-2010-PA/TC, fundamento 6; 04531-2009-PA/TC, fundamento 4, entre otros); o la de ejecución de sentencia (cfr. Sentencias 04063-2007-PA/TC, fundamento 3 y 01797-2010-PA/TC, fundamento 3; y, Resoluciones 03122-2010-PA/TC, fundamento 4; 02668-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otras).

10. En el presente caso, el Tribunal observa que los recurrentes acusan la vulneración del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales; advierte que es la primera vez que se promueve este supuesto excepcional de amparo; en concreto, se cuestiona una resolución judicial estimatoria; se invoca la falta de acatamiento de la doctrina jurisprudencial y de pronunciamientos vinculantes del Tribunal Constitucional; y la demanda no ha sido interpuesta contra una decisión de este Tribunal. En tal sentido, queda claro que, de la forma tal como ha sido planteado el reclamo, este se encuentra dentro de los supuestos a), b), c), d), e) g) y h) reconocidos por el Tribunal para la procedencia del consabido régimen excepcional de "amparo contra *habeas corpus*".

11. No obstante ello, el Tribunal Constitucional advierte que la exigencia establecida en el ordinal f**)** y que se encuentra descrita en el fundamento 9 de esta sentencia, no aplica al presente caso. Ello se debe a que mientras aquella regla de procedencia estaba pensada para regular los casos de amparo contra amparo, esta no consideró que en un amparo contra *habeas corpus* rara vez habrá coincidencia entre los sujetos procesales que participan en uno y otro proceso constitucional. Se trata, pues, de un caso distinto, que requiere más que un tratamiento excepcional, en realidad, de una regla que complemente los criterios establecidos por este Tribunal con relación al cuestionamiento mediante el amparo de lo resuelto en otro proceso constitucional.

12. Por tanto, este Tribunal considera que tratándose de jueces demandados en un proceso constitucional y de que la decisión estimatoria que se adopta en este es una que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, queda habilitada la vía excepcional del "amparo contra *habeas corpus*" y sus demás variantes para reclamar el acto violatorio de sus derechos.

13. Finalmente, sobre el "amparo contra amparo" como mecanismo procesal para la defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, corresponde precisar que cuando se invoque el incumplimiento de estos deberá estar acreditada la afectación de los derechos fundamentales del reclamante, la misma que podría producirse porque se aplicó indebidamente la regla

precedente a su caso o porque se inaplicó. En consecuencia, no basta la sola mención de la supuesta contravención a lo dispuesto por los precedentes vinculantes de este Tribunal, sino que es un requisito para la procedencia del amparo contra amparo y sus demás variantes el demostrar la relación de afectación iusfundamental.

§4. ANÁLISIS DEL CASO

4.1 Argumentos de los demandantes

14. Los demandantes alegan que la Resolución 9 incurre en vicios de motivación porque sustentar la decisión estimatoria dictada en el *habeas corpus* aplicando a la solicitud de beneficio penitenciario presentada por don Edwin Valladolid Palomino la Ley 30101, por resultar más favorable, y no así la Ley 30076, que era la vigente en el momento que se presentó la solicitud, lo que contradice el carácter vinculante del criterio establecido por este Tribunal Constitucional en la Sentencia 00012-2010-PI/TC, además de transgredir el Acuerdo Plenario 2-2015/CIJ-116, que interpreta los alcances de la sucesión de normas de ejecución penal en el tiempo.

4.2 Argumentos de los demandados

15. Los jueces emplazados alegan, básicamente, que la razón sobre la cual sustentaron su resolución gira en torno a la norma aplicable para resolver la solicitud de beneficio penitenciario de semilibertad presentada por don Edwin Valladolid Palomino. A su juicio, la publicación de la Ley 30101 es posterior a la emisión de la Sentencia 00012-2010- PI/TC y, de modo complementario, porque los criterios precisados en esta no inciden en el contenido dispositivo de la referida ley, por lo que consideran que no se ha incumplido ningún precedente vinculante.

4.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional

(i) Beneficios penitenciarios y aplicación de la ley penitenciaria en el tiempo

16. Efectivamente, tal como lo han expuesto los demandantes, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00012-2010-PI/TC precisó los alcances de los beneficios penitenciarios en torno a su naturaleza jurídica y a la normatividad aplicable al procedimiento

mediante el cual se tramita su otorgamiento. En aquella oportunidad, esencialmente, el Tribunal estableció que, en materia penitenciaria:

17. Los beneficios penitenciarios son medidas que el legislador o la autoridad administrativa adopta en procura de alcanzar el fin constitucionalmente exigido por el artículo 139, inciso 22 de la Constitución, esto es, que el régimen penitenciario haga posible la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. "En estricto los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno" (Sentencias 00842-2003-PHC, fundamento 3; 02700-2006-PHC, fundamento 19; 00033-2007-PI, fundamento 46; 02055-2015-PHC, fundamento 4, entre otras). Mientras su configuración normativa esté orientada a alcanzar tal fin, no es posible exigir al legislador la previsión de un concreto tipo de beneficios. Es decir, no existe un derecho fundamental a obtener un beneficio penitenciario, ni siquiera a aquellos que son representativos de la posibilidad de la concesión antelada de libertad. Por ello, a lo largo de su jurisprudencia, este Tribunal ha recordado que la exclusión de su eventual concesión, en función de la gravedad de ciertos delitos, no es inconstitucional *per se.*

18. Los términos en los que se ha regulado los beneficios penitenciarios por el artículo 42 del Código de Ejecución Penal ["Los beneficios penitenciarios son los siguientes: 1.- Permiso de salida. 2.- Redención de la pena por el trabajo y la educación. 3.- Semilibertad. 4.- Liberación condicional. 5.- Visita íntima. 6.- Otros beneficios"] no significa que, por vía de este precepto, se haya "constitucionalizado" un concreto tratamiento penitenciario para la totalidad de delitos cometidos. Tal razonamiento negaría el ámbito de libre configuración legal que, respetando el objetivo previsto en el artículo 139, inciso 22 de la Constitución, corresponde al Parlamento como representante de la nación (artículo 93 de la Constitución) en materia de política penitenciaria. De ahí que los beneficios orientados a la obtención de una libertad antelada ingresan dentro del marco de lo constitucionalmente posible, e incluso quizá de lo técnicamente recomendable, pero no de lo constitucionalmente obligatorio.

19. Ahora bien, nada de lo anterior significa que, una vez que el legislador haya previsto la posibilidad de acogerse a los beneficios penitenciarios, su denegación arbitraria no genere un problema de relevancia constitucional. Como en diversas oportunidades se ha enfatizado, el hecho de que no exista un derecho fundamental a los beneficios penitenciarios "no quiere decir que la denegación de tales solicitudes de libertad pueda o deba ser resuelta de manera caprichosa o arbitraria por los jueces competentes. No se puede olvidar, sobre el particular, que la resolución que la concede o deniega debe atenerse escrupulosamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución; es decir, que deberá resolverse de manera especialmente fundamentada, precisándose los argumentos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta. Resulta claro que, inexistente o manifiestamente arbitraria que sea dicha fundamentación (cfr. STC 0806-2003-PHC), la resolución que deniega el beneficio penitenciario (…) constituye una violación (…) del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales" (Sentencia 01593-2003-PHC, fundamento 19).

20. Por otro lado, este Tribunal también ha recordado que la concesión de los beneficios penitenciarios, como la redención de la pena por trabajo y educación, la semilibertad y la liberación condicional, está condicionada al cumplimiento de ciertas formalidades previstas en la legislación, distintas en cada caso. Y en la medida que ellas inciden sobre la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, su concesión, en el caso de cualquiera de los beneficios penitenciarios, se encuentra condicionada a un requisito adicional de carácter material: el penado debe encontrarse rehabilitado, es decir, debe existir certeza de que su puesta en libertad con antelación al cumplimiento total del *quantum* de la pena impuesta, no representa en modo alguno una amenaza para la seguridad de la población ni para ningún otro derecho fundamental.

21. En efecto, de conformidad con el artículo 2, inciso 24, literal f, de la Constitución, "[n]adie será (…) 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, de otro lado, el artículo 44 establece que uno de los deberes primordiales del Estado, es

"proteger a la población de las amenazas contra su seguridad". En consecuencia, una interpretación sistemática de ambos preceptos permite sostener que no solo resulta que ante la inexistencia de una previa tipificación de una infracción punible y una pena, *nadie será sancionado* por un determinado hecho, sino que, *contrario sensu*, ante la existencia de dicha tipificación y pena previas, presentado el hecho que se subsuma en la norma penal, a menos que se presente una excepción prevista en la ley, constitucionalmente uno *debe ser sancionado* por dicho hecho con la pena predeterminada. Este deber se profundiza si el bien violado por la conducta típica es un derecho fundamental, pues, tal como se mencionó, de acuerdo al criterio de la Corte Interamericana, "los Estados deben prevenir, investigar y *sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención*" (cfr. Caso Velásquez *vs.* Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166; cursiva agregada).

22. Siendo ello así, si bien es posible que, en aplicación del principio previsto en el artículo 139, inciso 22 de la Constitución, la efectiva ejecución de la pena se reduzca, y se conceda libertad al penado antes de que se cumpla la totalidad de la pena impuesta, pero ello solo puede suceder si no existen dudas de que para entonces este se encuentra resocializado.

23. Acaso podría sostenerse que, en caso de dudas, el principio *favor libertatis* exigiría al juzgador conceder el beneficio penitenciario que permita al penado recuperar con antelación el ejercicio de la libertad. Esta es una apreciación errónea. Quien ha sido constitucionalmente pasible de una pena privativa de la libertad personal, se encuentra suspendido en el ejercicio de la libertad corporal en el ejercicio de la libertad corporal. El principio interpretativo *favor libertatis* resulta operativo cuando nos encontramos ante supuestos en los que la persona se encuentra en pleno ejercicio del derecho o, en todo caso, cuando existen dudas relacionadas a si su contenido ha sido o no válidamente limitado. Ninguno de estos supuestos se presenta cuando la persona ha sido constitucionalmente condenada a pena privativa de libertad.

24. Por esa razón, este Tribunal ha dejado entrever que cuando un juez penal ordena la excarcelación de un delincuente que no ha cumplido la totalidad de su pena, sin que haya corroborado de que se

encuentra resocializado, viola flagrantemente el deber primordial que expresamente le impone el artículo 44 de la Constitución de "proteger a la población de las amenazas contra su seguridad". A este Tribunal no le es ajeno que, en determinados casos, la condición de resocialización puede ser algo difícil de valorar. Empero, ya ha establecido este Tribunal que, en caso de dudas, el juez penal tiene la obligación de no conceder el beneficio de libertad.

25. Asimismo, este Tribunal Constitucional estima oportuno reiterar su criterio en el sentido de que las modificaciones legislativas relacionadas con los beneficios penitenciarios son inmediatamente aplicables, aun cuando ellas sean representativas de un tratamiento penitenciario más estricto. Ello es así, antes que por la naturaleza de la ley penitenciaria, por el fundamento constitucional que subyace al principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal *in malam partem* y de aplicación ultractiva de ley penal más beneficiosa (artículo 103 de la Constitución).

26. Dicho fundamento consiste en el principio liberal orientado a evitar que el Estado utilice a la norma penal limitativa de la libertad personal como un recurso para violar libertades esenciales del ser humano, imponiéndole sanciones por hechos que no eran típicos cuando se produjeron o con penas mayores a las que estaban previstas en el ordenamiento en ese momento. Su razón subyacente, pues, no es solo que la persona pueda anticipar razonablemente la ilicitud penal de su conducta en función de lo que el ordenamiento prevé, sino también el *quantum* de pena imponible. De ahí que, de acuerdo con el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución, "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".

27. Así las cosas, el fundamento de un principio penal como el enunciado en el artículo 103 de la Constitución, no consiste en una suerte de mandato para aplicar en toda circunstancia relacionada directa o indirectamente con el derecho penal la ley más beneficiosa, sea esta sustantiva, procesal o penitenciaria, sino en que toda persona pueda anticipar la tipicidad de una conducta y la pena a ella imponible.

28. La tesis que pretende extender el principio del artículo 103 de la Constitución a la aplicación de la ley penitenciaria, y plantear la aplicación ultractiva de la ley más beneficiosa lo hace, esencialmente, sobre la base de considerar que la ley penitenciaria eventualmente también incide sobre el tiempo de ejecución de la pena, y que, por consiguiente, exige el mismo tratamiento aplicable a la ley que instituye el *quantum* de la pena.

29. Este razonamiento, en opinión del Tribunal, yerra al no tomar en cuenta el referido fundamento constitucional que subyace a la aplicación ultractiva de la ley penal más beneficiosa, que es, como se dijo, que el ser humano pueda anticipar razonablemente la tipicidad del hecho y la pena imponible. En efecto, no existe duda de que, si se respeta la aplicación ultractiva de la ley penal más beneficiosa, cuando se comete el hecho típico, es posible anticipar la pena imponible. Pero, ¿es posible anticipar en dicho momento cuál será el tratamiento de la efectiva ejecución de la pena? Si se toma en cuenta que el artículo 44 de la Constitución prohíbe conceder el beneficio de libertad antelada sin haberse acreditado la resocialización del penado, la respuesta a tal interrogante evidentemente es negativa. Y es que quien crea que cabe una respuesta afirmativa, no solo está asumiendo que cuando se realiza el ilícito es posible anticipar razonablemente el *quantum* de la pena imponible, sino además el grado de resocialización que alcanzará el delincuente, lo cual, tanto en dicho momento, como incluso en el momento del dictado de la sentencia condenatoria firme, es ciertamente imposible.

30. Individualización de la pena y tratamiento de su ejecución son, pues, cosas distintas desde un punto de vista constitucional, pues mientras la primera queda condicionada a las características del hecho típico, el otro está condicionado, cuando menos en lo que respecta a los beneficios penitenciarios que permiten una libertad antelada, al nivel de resocialización del penado. En otras palabras, para el tratamiento de los beneficios penitenciarios, el fundamento constitucional que subyace a la aplicación de la ley penal más beneficiosa (a saber, poder predecir la acción del derecho penal), se desvanece. En consecuencia, no juega ningún rol en el marco de dicho tratamiento.

31. El único momento en que es posible verificar el grado de resocialización del penado, es cuando se presenta la solicitud de aplicación del beneficio que genera libertad anticipada. De ahí que la ley penitenciaria aplicable es la que se encuentra vigente en la fecha en que se solicita el beneficio. Tal como ha precisado este Tribunal, "desde ese momento, cualquier modificación que se realice a las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno" (Sentencia 01593-2003-PHC, fundamento 12).

32. Otra razón que desvirtúa constitucionalmente la posibilidad de que la ley penal y la ley penitenciaria tengan el mismo tratamiento, en cuanto su aplicación en el tiempo, consiste en que cuando se produce el hecho típico que sirve de base para determinar qué norma penal se aplica, para el Derecho aún no hay un culpable, pues "toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad" (artículo 2, inciso 24, literal e., de la Constitución). Consecuentemente, antes de que dicha declaración se produzca, ni el daño ocasionado al contenido protegido del bien constitucional ni tampoco la necesidad de proteger los derechos de la sociedad, pesan en contra de la libertad personal del acusado. Por el contrario, cuando se determina la aplicación de la ley penitenciaria, ya existe un delincuente individualizado y, por consiguiente, los antedichos valores ingresan en la evaluación, al momento de determinar si se le concede o no la libertad.

33. Ahora bien, podría alegarse que, de todas formas, bajo esa perspectiva, podrían ser inmediatamente aplicables las leyes que aumentan las condiciones formales para obtener el beneficio de la libertad, pero no las que los eliminan, cuando menos no si la persona se encuentra resocializada. Este argumento caería nuevamente en el error de asumir que los concretos beneficios orientados a obtener una libertad antelada vienen impuestos por la Constitución. Como se ha expuesto, lo que la Constitución exige es que a través de la ley se instituya un régimen penitenciario orientado a la resocialización, pero no exige que la legislación, una vez acreditada la resocialización, disponga siempre la libertad, pese a que el tiempo de la pena

impuesta aún no se ha cumplido. Bajo esa perspectiva, la medida del *quantum* de la pena ya no estaría determinada por lo previsto en la ley penal, en función del grado de dañosidad social del ilícito, sino llanamente por el nivel de resocialización del penado, lo que resultaría contrario al principio de legalidad penal, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución.

34. En consecuencia, las leyes que, en razón de la especial gravedad de determinados delitos, suprimen los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, como la semilibertad y la liberación condicional, son también inmediatamente aplicables a quienes purguen penas por tales delitos y aún no hayan solicitado el beneficio.

35. La Ley 30101, que fija las reglas de aplicación temporal relacionadas a los beneficios penitenciarios, publicada el 2 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*, establece en su artículo único que:

> "Las modificaciones efectuadas por las Leyes N°s. 30054, 30068, 30076 y 30077 a los beneficios penitenciarios son de aplicación a los condenados por los delitos que se cometen a partir de su vigencia".

36. A juicio de los magistrados emplazados que integraron la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró fundado el *habeas corpus*, dicha disposición era la que correspondía que los jueces recurrentes apliquen al momento de evaluar la solicitud de beneficio penitenciario de semilibertad presentada por Edwin Valladolid Palomino, ya que era la más favorable, y no así la Ley 30076.

37. Al respecto, este Tribunal hace notar que el legislador ha actuado inconstitucionalmente al haber legislado en contravención de lo establecido en la Sentencia 00012-2010-PI/TC. En efecto, la disposición establecida por la Ley 30101 adopta como factor de aplicación de la ley penitenciaria en el tiempo el momento en que se comete el hecho delictivo, y no la fecha en que se inicia un acto procedimental penitenciario, como lo es, por ejemplo, la presentación de una solicitud de beneficios penitenciarios. Esto, como se ha afirmado *supra,* resulta inconstitucional, porque tratándose de

beneficios penitenciarios, lo que debe evaluarse es si se cumplió o no con el fin resocializador de la pena (artículo 139, inciso 22 de la Constitución). Por tanto, el carácter de inconstitucional de la disposición justificaba su inaplicación al caso. A lo que se suma el argumento de que tampoco resultaba aplicable el principio recogido por el artículo 103 de la Constitución, referido a que en materia penal corresponde la aplicación de la ley más favorable, porque cuando se comete el hecho típico no es posible anticipar cuál será el tratamiento de la efectiva ejecución de la pena (tanto el *quantum* de la pena como el grado de resocialización). Estas dos razones obligaban a los jueces emplazados a convalidar la decisión adoptada por los demandantes.

38. El artículo 201 de la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como "el órgano de control de la Constitución". Es decir, es el órgano encargado de la racionalización del ejercicio del poder público, el cual debe ser ejercido dentro el marco de las competencias establecidas por la propia Constitución; es el guardián de la supremacía constitucional frente al resto de las normas integrantes del ordenamiento jurídico peruano; se encarga de velar por el respeto y protección de los derechos fundamentales; y, asimismo, ejerce la función de interpretar los alcances y contenidos normativos de la Constitución (tarea esta última también regulada legislativamente, en específico, por el artículo 1 de la Ley 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, que lo reconoce como "el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad").

39. Derivada de esta competencia de control de constitucionalidad, la Ley fundamental establece que corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad (artículo 202, inciso 1) y, por tanto, declarar la inconstitucionalidad de las normas (artículo 204) cuando corresponda, lo que se traduce en que el Tribunal Constitucional también ejerce una función normativa. En efecto, cuando este Colegiado declara inconstitucional una ley por juzgarla incompatible con el texto constitucional, "ejerce un control sobre el contenido normativo de las disposiciones legales, invalidando los sentidos interpretativos inconstitucionales e, incluso, haciendo explícitos aquellos otros sentidos interpretativos que, *prima facie,* no eran atribuidos a las disposiciones sometidas a evaluación" (cfr. Sentencia 01907-2003-PA/TC). De ahí que la

sentencia recaída en un proceso de inconstitucionalidad donde se verifica que la ley contraviene el texto fundamental tenga fuerza de ley, superando incluso el poder de la derogación, pues, a diferencia de esta, tal sentencia estimatoria anula por completo todos los efectos desplegados por las normas declaradas inconstitucionales.

40. Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, dado que constituyen interpretación de normas constitucionales, se configuran en fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Por tanto, la Resolución 9 cuestionada en el presente amparo, también deviene en ilegítima porque ha sido expedida desacatando la interpretación constitucional vinculante precisada por el Tribunal en la Sentencia 00012- 2010-PI y que justificaban la inaplicación de la Ley 30101.

(ii) Normas interpretativas en materia penitenciaria

41. A efectos de resolver el caso de autos también corresponde analizar la naturaleza del artículo único de la Ley 30101 con el objeto de precisar si nos encontramos o no frente a una norma interpretativa.

42. La Constitución en su artículo 102, inciso 1, le atribuye al Congreso de la República la facultad para "dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes". En tal sentido, el Parlamento está facultado para interpretar disposiciones legales y para dicho efecto debe expedir una nueva ley siguiendo el procedimiento específico regulado en su reglamento.

43. Como ya ha tenido ocasión de precisar el Tribunal, las normas interpretativas "son aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y se reconocen porque al promulgarlas el Legislador, generalmente, utiliza palabras como 'interprétese', 'aclárese' o 'precísese'. El objetivo de una norma interpretativa es eliminar la ambigüedad que produce una determinada norma en el ordenamiento jurídico. Así, ambas normas –la interpretada y la interpretativa– están referidas a la misma regulación; por consiguiente, la norma interpretativa debe regir desde la entrada en vigencia de la norma interpretada" (cfr. Sentencia 00002-2006-PI/TC).

44. No obstante, el Tribunal observa que no basta que una norma se autodefina como interpretativa para que realmente tenga dicha categoría. Por ello, considera que toda ley interpretativa debe satisfacer

ciertos requisitos; entre ellos: a) estar referida a una disposición legal anterior; b) fijar el sentido de dicha disposición legal anterior enunciando uno de los diferentes significados plausibles, el cual pasará a ser su significado auténtico; y, c) no debe incorporarle a la disposición legal interpretada algún contenido que no estuviera comprendido por su ámbito material (Cfr. la Sentencia C- 245/02, emitida por la Corte Constitucional de Colombia).

45. La Ley 30101 satisface el primer requisito para ser considerada como una norma interpretativa, toda vez que identifica con especificidad leyes anteriores, entre ellas la Ley 30076, cuya regulación la alcanza. Sin embargo, no satisface ni el segundo ni el tercer requisito necesarios para configurarse como una norma interpretativa.

46. En efecto, tal como se presenta la Ley 30101 podría pensarse que buscaba interpretar o aclarar los alcances temporales de las leyes que regula. No obstante, lo que hace es modificar una regla temporal de aplicación que implícitamente estaba contenida (aquella referida a que las leyes sobre beneficios penitenciarios son inmediatamente aplicables a las situaciones jurídicas ya existentes), porque plantea como nuevo factor de aplicación temporal de la ley penitenciaria el momento en que se comete el hecho delictivo, contraviniendo, a su vez, los criterios del Tribunal Constitucional establecidos al respecto como vinculantes.

47. De ahí que, en estricto, la Ley 30101 sea una nueva ley cuyo contenido dispositivo reforma a la Ley 30076 y que por lo ya expuesto precedentemente en esta sentencia resulta inaplicable, por ser inconstitucional.

(iii) Sobre el control constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales

48. Como se sabe, nuestro ordenamiento constitucional admite, de modo excepcional, la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. Si bien se trata de una posibilidad inicialmente restringida por la Constitución, que prescribe que el amparo "[n]o procede contra (…) resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular" (artículo 200, inciso 2), se entiende, *a contrario sensu*, que sí cabe el amparo contra resoluciones judiciales cuando provengan de "procesos irregulares".

49. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional –norma de desarrollo constitucional, que satisface la reserva de ley orgánica prevista a favor de los procesos constitucionales (artículo 200 de la Constitución)– indica, de manera más específica, que procede el amparo contra resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, enunciando algunos contenidos iusfundamentales que formarían parte de este derecho complejo.

50. Por su parte, este Tribunal ha indicado que a través de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales pueden cuestionarse decisiones judiciales que vulneren de forma directa, no solamente los derechos indicados en el referido artículo 4 del Código Procesal Constitucional, sino cualquier derecho fundamental, considerando que la "irregularidad" de una resolución judicial, que habilita a presentar un amparo contra resolución judicial conforme a la Constitución, se produciría "cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4 del CP Const." (Cfr. Resolución 3179-2004-AA/TC, fundamento 14).

51. En cualquier caso, atendiendo a la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional, es claro que hay un conjunto de asuntos y materias que son de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria y que no pueden ser invadidas por los jueces constitucionales, así como otro conjunto de infracciones iusfundamentales que sí pueden ser objeto de control por parte de la judicatura constitucional. Al respecto, con la finalidad de distinguir un ámbito del otro a efectos de que se decida correctamente la procedencia de las demandas de amparo contra resoluciones judiciales, es necesario realizar, siguiendo lo prescrito en el Código Procesal Constitucional, un análisis de manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva.

52. Con esta finalidad, y con base en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es posible afirmar que la judicatura constitucional se encuentra habilitada para conocer de eventuales trasgresiones de derechos fundamentales ocurridas en procesos judiciales ordinarios si se han producido, por una parte, vicios de proceso o de procedimiento, o por otra, vicios de motivación o razonamiento.

53. Con respecto a los vicios de proceso y procedimiento, el amparo contra procesos judiciales puede proceder frente a supuestos de:

    a) Afectación de derechos que conforman la tutela procesal efectiva (derechos constitucionales procesales tales como plazo razonable, presunción de inocencia, acceso a la justicia y a los recursos impugnatorios, juez legal predeterminado, ejecución de resoluciones, etc.); así como por

    b) Defectos de trámite que inciden en los derechos del debido proceso (v. gr: problemas de notificación, o de contabilización de plazos, que incidan en el derecho de defensa, incumplimiento de requisitos formales para que exista una sentencia válida, etc.).

    Se trata de supuestos en los que la afectación se produce con ocasión de una acción o una omisión proveniente de un órgano jurisdiccional, y que no necesariamente está contenida en una resolución judicial, como sí ocurre con los vicios de motivación.

54. En relación con los vicios de motivación o razonamiento (cfr. STC Exp. N.º 00728-2008- HC, f. j. 7, RTC Exp. N.º 03943-2006-AA, f. j. 4; STC Exp. N.º 6712-2005-HC, f. j. 10, entre otras), este órgano colegiado ha señalado que solo le compete controlar vicios de motivación o de razonamiento, mediante el proceso de amparo contra resoluciones judiciales, en caso de *defectos de motivación*, de *insuficiencia en la motivación* o de *motivación constitucionalmente deficitaria*.

55. En relación con los *defectos en la motivación*, estos pueden ser problemas de *motivación interna*, es decir, cuando la solución del caso no se deduce de las premisas normativas o fácticas contenidas en la resolución, o cuando la resolución analizada carece de alguna de estas premisas necesarias para resolver; o de *motivación externa*, esto es, cuando se han utilizado indebida o injustificadamente premisas normativas (por ejemplo, si se aplican disposiciones que ya no se encuentran vigentes o que nunca formaron parte del ordenamiento jurídico) o fácticas (por ejemplo, la resolución se sustenta en hechos no probados o en pruebas prohibidas) (vide STC Exp. n.º 00728-2008-HC, f. j. 7, b y c).

56. Ahora bien, con respecto a los problemas de motivación externa, vale la pena precisar que, tal como se afirma en copiosa y uniforme jurisprudencia de este Alto Tribunal, la judicatura constitucional no puede avocarse, so pretexto de revisar un asunto relacionado con las premisas normativas o fácticas, a conocer de asuntos de carácter puramente ordinario o legal (por ejemplo: esclareciendo cuál es la interpretación legal pertinente o más idónea para el caso ordinario, en qué sentido deben valorarse las pruebas o cuál es la calificación jurídica adecuada que correspondería con base en la ley); no obstante ello, no pierde competencia para pronunciarse respecto de aspectos que tienen relevancia constitucional. Entre estos supuestos en los que la judicatura constitucional se encuentra habilitada para pronunciarse respecto de la motivación externa encontramos, a modo de ejemplo, la existencia de errores o déficits de derecho fundamental (tal como se explicará en 2.3), así como frente a infracciones de otros contenidos de carácter constitucional, como es el caso de, por ejemplo, cuestionamientos a resoluciones por haber infringido la Constitución en tanto "fuente de fuentes" del ordenamiento jurídico, de cuestionamientos cuando en el ámbito jurisdiccional ordinario se haya ejercido el control difuso, o cuando se alegue la aplicación o interpretación indebida de principios constitucionales o garantías institucionales, entre otras posibilidades. De este modo, a la vez que, conforme al criterio de corrección funcional se respetan los fueros propios de la judicatura ordinaria, el Tribunal no admite la existencia de zonas exentas de control constitucional dentro de aquello que sí es de su competencia.

57. Respecto a la *insuficiencia en la motivación (motivación inexistente, aparente, insuficiente, incongruente o fraudulenta)* esta puede referirse, por ejemplo, a supuestos en los que las resoluciones analizadas carecen de una fundamentación mínima y solo se pretende cumplir formalmente con el deber de motivar; cuando se presenta una justificación que tiene apariencia de correcta o suficiente, pero que incurre en vicios de razonamiento; cuando esta carece de una argumentación suficiente para justificar lo que resuelve (que incluye aquellos casos en los que se necesita de una motivación cualificada y esta no existe en la resolución); cuando lo resuelto no tiene relación alguna con lo contenido en el expediente o lo señalado por las partes; o

cuando incurre en graves defectos o irregularidades contrarios al Derecho, entre otros supuestos (cfr. STC Exp. n.º 00728-2008-HC, f. j. 7, a, d, e y f; STC Exp. n.º 0009-2008-PA, entre algunas).

58. Sobre la *motivación constitucionalmente deficitaria*, esta hace referencia a trasgresiones al orden jurídico-constitucional contenidas en sentencias o autos emitidos por la jurisdicción ordinaria, frente a la eventual trasgresión cualquiera de los derechos fundamentales protegidos por el amparo, ante supuestos de: (1) *errores de exclusión de derecho fundamental*, es decir, si no se tuvo en cuenta un derecho que debió considerarse; (2) *errores en la delimitación del derecho fundamental*, pues al derecho se le atribuyó un contenido mayor o menor al que constitucionalmente le correspondía, y (3) *errores en la aplicación del principio de proporcionalidad*, si la judicatura ordinaria realizó una mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho fundamental o al analizar un conflicto entre derechos (cfr. RTC Exp. n.º 00649-2013-AA, RTC n.º 02126-2013-AA, entre otras).

    Supuestos análogos a estos son los casos en los que existan déficits o errores respecto de otros bienes constitucionales, como pueden ser los principios o las garantías institucionales, o en relación con el ejercicio del control difuso, todas estas cuestiones de carácter manifiestamente constitucional, en las que la judicatura constitucional resulta naturalmente competente para abocarse a tales materias.

59. En tal sentido, a juicio de este Tribunal, para realizar control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales habrá que verificar que:

    a) La decisión judicial que se cuestiona haya resuelto la controversia omitiendo la consideración de un derecho fundamental que por la naturaleza de la discusión debió ser aplicado, es decir, que el juez haya incurrido en un error de exclusión de derecho fundamental (o de un bien constitucional análogo).

    b) La decisión judicial que se cuestiona haya resuelto la controversia sin considerar que el acto lesivo incidía en el contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental invocado, es decir, incurriendo en error en la delimitación del ámbito de protección constitucional del derecho.

c) La decisión judicial que se cuestiona sustenta su argumentación en una aplicación indebida del principio de proporcionalidad.

d) La decisión judicial que se cuestiona omite la aplicación del control difuso o hace una aplicación errónea de este tipo de control de constitucionalidad[31].

Donde el análisis de verificación del supuesto a) es una condición previa para realizar el análisis de verificación del supuesto b).

60. Asimismo, para todos los supuestos señalados se requiere de la concurrencia conjunta de los siguientes presupuestos:

1. Que la violación del derecho fundamental haya sido alegada oportunamente al interior del proceso subyacente, cuando hubiera sido posible;

2. Que el pronunciamiento de la judicatura constitucional no pretenda subrogar a la judicatura ordinaria en sus competencias exclusivas y excluyentes, haciendo las veces de una "cuarta instancia"; y

3. Que la resolución judicial violatoria del derecho fundamental cumpla con el principio de definitividad, es decir, que el demandante haya agotado todos los mecanismos previstos en la ley para cuestionarla al interior del proceso subyacente.

61. En el caso de autos, considerando que la solicitud de beneficio penitenciario de semilibertad fue presentada por don Edwin Valladolid Palomino con fecha 23 de junio de 2015, la premisa normativa a partir de la cual se debía absolver su petición estaba conformada por la Sentencia 00012-2010-PI/TC; la Ley 30076, publicada el 19 de agosto de 2013 en el diario oficial *El Peruano,* mediante la cual se modificó el artículo 48 del Código de Ejecución Penal, en el sentido de que el beneficio de semilibertad no era aplicable para el agente que hubiera cometido delito de robo agravado, como era el caso de aquel (esta normatividad recoge un tratamiento penitenciario estricto pero que de igual forma resulta inmediatamente aplicable); así como por la Ley 30101, publicada el 2 de noviembre de 2013 en el diario

31 Cfr. entre otras las Sentencias 02132-2008-PA/TC y 01423-2013-PA/TC.

oficial *El Peruano*, que dispone que las modificaciones efectuadas por la Ley 30076 son de aplicación a los condenados por los delitos que se comentan a partir de su vigencia, es decir, por los delitos que se cometan a partir del 20 de agosto de 2013 (esta disposición favorece a todas las personas que cometieron los delitos eximidos de beneficios por la Ley 30076 antes de su puesta en vigencia).

62. Los recurrentes, por su parte, concluyeron en su Resolución 6 que, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal en su sentencia recaída en la Sentencia 00012-2010-PI/TC, correspondía la aplicación de la Ley 30076 sin tomar en cuenta la disposición que la complementaba y estaba contenida en la Ley 30101, por lo que revocaron el beneficio concedido. En tanto que a través de la cuestionada Resolución 9, los jueces emplazados estimaron el *habeas corpus* de don Edwin Valladolid Palomino y declararon la nulidad de la citada Resolución 6, porque a su juicio los recurrentes debieron aplicar la Ley 30101 por ser la más favorable.

63. Al respecto, este Tribunal observa que los jueces que declararon fundada la demanda de *habeas corpus* incurrieron en un error de motivación porque omitieron la aplicación del control difuso; es decir, desconocieron el deber contenido en el artículo 138 de la Constitución, también recogido por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece que "cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución".

64. En efecto, dado el supuesto fáctico del caso penal subyacente y la fecha en que se presentó la solicitud de beneficio penitenciario, queda claro, *prima facie,* que las dos leyes aplicables para su absolución eran las Leyes 30076 y 30101, en tanto se encontraban vigentes. Sin embargo, tomando en cuenta el criterio del Tribunal, según el cual tratándose de una ley procedimental penitenciaria, el factor que rige para su aplicación en el tiempo es la fecha en que se inicia un acto procedimental penitenciario, como es la presentación de una solicitud de beneficios, y no el momento en que se comete el hecho delictivo, no correspondía la aplicación de la Ley 30101, porque su contenido normativo contraviene tal criterio.

65. De ahí que los jueces emplazados, al momento de verificar la motivación realizada por los recurrentes en la Resolución 6 y evaluar su argumento de que Ley 30101 resultaba inaplicable al caso porque su contenido dispositivo era inconstitucional, debieron realizar un control difuso de constitucionalidad para explicar su decisión (la justificación de inaplicar la Ley 30101) y convalidar así la decisión de los recurrentes. No haberlo hecho, como ya se dijo, constituye un error de motivación por omisión de aplicación de control difuso.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo contra *habeas corpus* y, en consecuencia, **NULA** la Resolución 9, de fecha 19 de enero de 2016, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró fundada la demanda de *habeas corpus* presentada contra la Resolución 6, de fecha 22 de octubre de 2015, expedida por los jueces recurrentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia, en la medida que declara **FUNDADA** la demanda de amparo y, en consecuencia, **NULA** la resolución que declaró fundada la demanda de *habeas corpus* presentada contra la resolución expedida por los jueces recurrentes.

Lima, 22 de enero de 2021

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión vertida por el resto de mis colegas magistrados, en el presente caso, discrepo con la sentencia que declara fundada la demanda; por tanto, emito el siguiente voto singular, el mismo que se sustenta en las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 24 de febrero de 2016, los recurrentes interponen demanda de amparo contra la Resolución 9, de fecha 19 de enero de 2016 (f. 6), expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró fundada la demanda de *habeas corpus* interpuesta por don Edwin Valladolid Palomino contra la Resolución 6, de fecha 22 de octubre de 2015 (f. 2), expedida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, la cual ellos integraron en su condición de jueces superiores.

2. Sobre el particular, alegan la violación de su derecho al debido proceso e invocan la falta de acatamiento de la doctrina jurisprudencial y de pronunciamientos vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional.

3. Dicho esto, cabe reiterar que los beneficios penitenciarios no son derechos, sino deben de ser vistos como garantías a fin de cumplir con principios constitucionales tales como la resocialización y reeducación, de conformidad con el artículo 139, inciso 22 (Expediente N. ° 2537-2017-HC, fundamento 5). Asimismo, tal como se sostiene en la ponencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que para efectos de la concesión de beneficios penitenciarios, se aplica la ley vigente al momento en que se solicita, ello en virtud de una interpretación de los alcances de la no retroactividad de las normas.

4. Sin embargo, contrario a lo que señalan en la ponencia, ello no impide, desde luego, que el legislador, dentro de sus márgenes de acción decida aplicar cierto régimen penitenciario a hechos futuros, tal como lo establece la Ley 30101. En dicho caso, se aplicarán las normas de beneficios penitenciarios de las leyes 30054, 30068,

30076 y 30077 a delitos cometidos a partir de su vigencia. En cuyo caso también se tratará de la ley vigente al momento de la solicitud, a menos que se emitan leyes posteriores que sustituyan a dichas leyes.

En consecuencia, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular.

Se cuestiona la Resolución 9, de 19 de enero de 2016, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró fundada la demanda de *habeas corpus* interpuesta por Edwin Valladolid Palomino contra la Resolución 6, de 22 de octubre de 2015, expedida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, la cual estuvo integrada por los ahora recurrentes.

La misma pretensión ha sido planteada en el Expediente 03838-2017-PA/TC y como aparece en la web institucional (https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03838-2017- AA.pdf), en dicho proceso se resolvió

> Declarar FUNDADA la demanda de amparo contra habeas corpus y, en consecuencia, NULA la Resolución 9, de fecha 19 de enero de 2016, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró fundada la demanda de habeas corpus presentada contra la Resolución 6, de fecha 22 de octubre de 2015, expedida por el juez recurrente.

En consecuencia, en este caso, existe cosa juzgada, en los términos expuestos en el artículo 6 del Código Procesal Constitucional, por lo que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE.**

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia de autos, considero necesario señalar que la referencia a la libertad personal que se hace en la misma, debe ser entendida como libertad individual, la que, de acuerdo al artículo 200, inciso 1, de la Constitución, es la protegida por el hábeas corpus, además de los derechos constitucionales conexos, siendo la libertad individual un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, entre los que se encuentra, por supuesto, la libertad personal o física, pero no únicamente ella; derechos que, enunciativamente, están reconocidos en los diversos incisos del artículo 25 del Código Procesal Constitucional.

S.

BLUME FORTINI

Pleno.Sentencia 205/2021
Exp. N.° 04473-2014-PA/TC
LIMA
PRINCETON DOVER CORPORATION SUCURSAL DEL PERÚ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 28 de enero de 2021, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, y Sardón de Taboada han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 04473-2014- PA/TC.

La magistrada Ledesma Narváez y el magistrado Espinosa- Saldaña Barrera emitieron votos singulares.

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 28 días del mes de enero de 2021, 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, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los votos singulares de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú contra la sentencia de fojas 343, de fecha 10 de junio de 2014, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de amparo.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de mayo de 2011, Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú interpuso demanda de amparo contra el Tribunal Fiscal por la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la cosa juzgada. La empresa demandante solicita que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal 00516-2-2011, de fecha 12 de enero de 2011 (Expediente 3245-2003), mediante la cual se dispuso devolver los actuados a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – Sunat sin pronunciarse sobre el fondo de la controversia, debido a que la administración tributaria había enviado los actuados al Tribunal Fiscal sin que hayan concluido los procesos penales seguidos contra al representante y gerente de Inversiones Trinidad S.A., y sin adjuntar las copias certificadas de las sentencias emitidas en dichos procesos.

La demandante refiere que mediante Resolución de Intendencia 022-4-48612/SUNAT, de fecha 28 de junio de 2000, la Sunat dejó sin efecto parte de las resoluciones emitidas en 1997 y 1998 que le reconocieron

un saldo por concepto de crédito fiscal a favor del exportador por la compra de oro. Contra esta resolución, la empresa recurrente interpuso recurso de reclamación.

La Sunat, mediante Resolución de Intendencia 025-4-15624/SUNAT, de fecha 16 de noviembre de 2000, declaró improcedente el recurso de reclamación presentado por la empresa demandante, la cual fue apelada por la misma. Posteriormente, con fecha 13 de enero de 2003, el Tribunal Fiscal emite la Resolución 00090-2-2003 mediante la cual resuelve, de manera acumulada, las apelaciones interpuestas contra las Resoluciones de Intendencia 025-4-15313/SUNAT, 025-4-15624/SUNAT y 025-4-15620/SUNAT que se pronunciaron respecto de los expedientes de reclamación 015702, 045928 y 049760, respectivamente. En esta resolución, el Tribunal Fiscal declara nulas e insubsistentes las referidas resoluciones de intendencia y ordena a la administración tributaria emitir nuevo pronunciamiento de conformidad con el análisis allí efectuado.

En mérito a ello, y en cumplimiento de la Resolución del Tribunal Fiscal 0090-2-2003, mediante Resolución de Intendencia 026-4-13570/SUNAT, de fecha 26 de febrero de 2003, la Sunat declaró infundado el recurso de reclamación y ordenó que se prosiga con la cobranza actualizada de la deuda tributaria (fojas 125 del expediente administrativo). Contra dicha resolución de intendencia, Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal y éste, mediante Resolución 01950-2-2004, de fecha 1 de abril de 2004, decidió suspender el procedimiento, indicando que la administración tributaria debía devolver los actuados una vez culmine el proceso penal seguido contra los representantes legales de la empresa demandante y de su principal proveedora, adjuntando además copias certificadas de las sentencias respectivas para que el Tribunal Fiscal pueda emitir un pronunciamiento definitivo.

Mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2010, Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú solicitó al Tribunal Fiscal emitir pronunciamiento inmediato debido a que, con fecha 27 de setiembre de 2010, el expediente le había sido reenviado, debidamente certificado, con los actuados del proceso penal relacionado con los hechos vinculados a las operaciones tributarias materia de reclamación. Con lo cual, a su juicio, ya se encontraba cumplido lo dispuesto mediante Resolución del Tribunal Fiscal 01950-2-2004.

Es así que, por Resolución 00515-2-2011, de fecha 12 de enero de 2011, el Tribunal Fiscal vuelve a pronunciarse sobre la apelación interpuesta contra la Resolución de Intendencia 026-4-13570/SUNAT y señala que en la Resolución 01950-2-2004 se estableció que era necesario contar con las conclusiones de los procesos penales seguidos tanto contra el representante de Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú como contra el representante de su proveedor principal, es decir, Inversiones Trinidad S.A.; toda vez que dicha información constituiría elemento indispensable para determinar la identidad documentaria y real existente entre el vendedor y el comprador, y del objeto de la transacción.

En su resolución, el Tribunal Fiscal señaló que la Sunat le había remitido copias de la ejecutoria suprema de fecha 11 de marzo de 2009 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que declaró no haber nulidad de la resolución de fecha 26 de noviembre de 2007 en el extremo que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra don Gonzalo Carlos Alberto de Cossio de Asin. Sin embargo, el Tribunal Fiscal le solicitó a la Sunat copias "certificadas", así como también copias de las sentencias de los procesos penales seguidos contra don Hernán Martorell de Feudis en su condición de representante legal y gerente de Inversiones Trinidad S.A.

Ante este pedido, la Sunat sostuvo posteriormente que en el proceso penal seguido contra el representante legal y gerente de Inversiones Trinidad S.A., el procurador público había deducido una queja excepcional ante la Corte Suprema por haberse denegado el recurso de nulidad interpuesto contra la resolución de la Sala Penal Nacional que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra éste. En consecuencia, como esta cuestión todavía se encontraba pendiente de ser resuelta, el Tribunal Fiscal devolvió los actuados a la Sunat para que actúe según lo prescrito en la Resolución 01950-2-2004.

Estas actuaciones desplegadas por parte de la Sunat, según la recurrente, vulneran sus derechos al debido proceso y a la cosa juzgada debido a que la obliga a esperar, de manera irracional, ilegal e inconstitucional, un pronunciamiento definitivo por parte de la administración tributaria.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de fecha 31 de mayo de 2011, declaró improcedente la demanda de amparo. A juicio de dicho juzgado, la pretensión de la recurrente se debe resolver en un proceso con etapa probatoria,

como el proceso urgente que prevé la Ley de Proceso Contencioso Administrativo. A su turno, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, mediante Resolución de fecha 13 de marzo de 2012, confirmó la apelada por similares fundamentos. Contra esta resolución, la parte recurrente presentó un recurso de agravio constitucional el 23 de abril de 2012.

Como consecuencia, este Tribunal, mediante resolución de fecha 3 de setiembre de 2012 recaída en el Expediente 2414-2012-AA/TC, declaró nulas ambas resoluciones y ordenó que el juez de primera instancia admita a trámite la demanda de amparo.

Mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2013, la procuradora pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, en representación del Tribunal Fiscal, contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos, señalando además que el proceso contencioso administrativo se constituye como la vía efectiva igualmente satisfactoria para ventilar la pretensión de la parte recurrente.

Asimismo, mediante Resolución 9, de fecha 23 de julio de 2013, el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima emplazó con la demanda a la Sunat en mérito a la denuncia civil planteada por la procuradora pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas. Por lo tanto, con fecha 9 de octubre de 2013 la Sunat se apersonó al proceso y contestó la demanda.

Con fecha 9 de diciembre de 2013, el Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Lima, mediante Resolución 17, declaró infundada la demanda de amparo. Según el juzgado, no se advierte que la Resolución del Tribunal Fiscal 00516-2-2011 esté vulnerando el debido procedimiento, sino que ésta es coherente con lo dispuesto en la Resolución del Tribunal Fiscal 01950-2-004 que precisó las razones de la suspensión del trámite en la vía administrativa tributaria. Al respecto, refiere además que con anterioridad la empresa recurrente había iniciado una demanda de amparo contra el Tribunal Fiscal requiriendo que se deje sin efecto la Resolución 01950-2-2004; demanda que finalmente fue declara infundada por el Tribunal Constitucional (Exp. 7289-2005-PA/TC).

A su turno, mediante Resolución 9, de fecha 10 de junio de 2014, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se deje sin efecto la Resolución 00516-2- 2011, de fecha 12 de enero de 2011, expedida por el Tribunal Fiscal en el marco del procedimiento administrativo-tributario seguido contra Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú.

2. Este Tribunal advierte que en la citada resolución el Tribunal Fiscal dispuso devolver los actuados en el procedimiento administrativo a la Sunat dado que dicha entidad no había cumplido con lo dispuesto en la Resolución 06829-2-2004, de fecha 10 de diciembre de 2004 en la que –por los mismos motivos expuestos por el Tribunal Fiscal en la Resolución 01950-2-2004– se decidió suspender el procedimiento administrativo hasta que la Sunat remita las resoluciones que hayan puesto fin a los procesos penales seguidos contra el representante legal de la empresa demandante y contra el representante de su proveedor principal, Inversiones Trinidad S.A.

3. A través de la Resolución 06829-2-2004 el Tribunal Fiscal resolvió el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la Resolución de Intendencia 026-4- 13612/SUNAT en el Expediente 3245-2003. Así, en la Resolución 06829-2-2004 se recuerda que en la Resolución del Tribunal Fiscal 01950-2-2004 se dispuso la suspensión del contencioso tributario seguido contra la Resolución de Intendencia 026-4-13570/SUNAT (Expediente 1946-2003). De manera concreta, se sostuvo que dado que la orden de pago materia de impugnación en el Expediente 3245-2003 se encontraba directamente vinculada con la determinación del saldo a favor materia del beneficio y con los reparos a las operaciones de compra correspondientes al mes de octubre de 1998 a que se refiere el caso que fue materia de análisis en la Resolución del Tribunal Fiscal 01950-2-2004 (Expediente 1946-2003), procedía igualmente aquí suspender el procedimiento administrativo seguido contra la Resolución de Intendencia 026-4-13612/SUNAT.

4. Es en mérito a esto que luego se expide la Resolución del Tribunal Fiscal 00516-2- 2011 que, siguiendo las posiciones adoptadas en las resoluciones 01950-2-2004 y 00515-2-2011, reiteró la decisión de suspender el procedimiento administrativo seguido en el

Expediente 3245-2003 en sede del contencioso tributario. Dicha resolución precisamente, la 00516-2-2011, es la que es objeto de cuestionamiento en la presente controversia.

5. A juicio de la demandante, lo allí dispuesto por el Tribunal Fiscal vulnera sus derechos al debido proceso y a la cosa juzgada, por lo que solicita que se ordene al referido tribunal que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido en sede administrativa, sin esperar el resultado de los procesos penales que se siguen contra su representante y el de su principal proveedor (Inversiones Trinidad S.A.).

§2. Cuestiones previas

6. En el presente caso, este Tribunal advierte que mediante sentencia recaída en el Expediente 7289-2005-PA/TC, de fecha 3 de mayo de 2006, un Colegiado distinto de la actual conformación del Tribunal Constitucional declaró infundada una demanda de amparo también interpuesta por Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú contra el Tribunal Fiscal por no haberse acreditado la vulneración de los derechos al debido proceso y a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley.

7. En dicha oportunidad, Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú solicitó que se dejara sin efecto la Resolución 01950-2-2004, de fecha 1 de abril de 2004, en la que el Tribunal Fiscal dispuso la suspensión del procedimiento administrativo-tributario hasta que concluyeran las causas penales que se seguía tanto contra su representante legal como contra el representante de su principal proveedor, Inversiones Trinidad S.A. Denunciaba, de esa manera, que el Tribunal Fiscal optó por dejar en suspenso la investigación en sede administrativa, no obstante disponer de todas las facultades para actuar los medios de prueba y para pronunciarse al respecto.

8. Al resolver esta materia controvertida, el Tribunal entonces declaró que no se había configurado violación alguna a los derechos alegados por la demandante debido, principalmente, a que la Resolución 01950-2-2004 emitida por el Tribunal Fiscal se sustentó en el Acta de Reunión 2003-20, de fecha 23 de setiembre de 2003, en la que la Sala Plena del Tribunal Fiscal decidió que cuando se verifique la existencia de un proceso de defraudación tributaria, dicho tribunal tendría la obligación de emitir pronunciamiento solo si contaba con

los elementos para hacerlo; de lo contrario, debía suspender el procedimiento administrativo respecto del extremo que corresponda hasta esperar el pronunciamiento definitivo en la vía penal.

9. A diferencia de lo resuelto en dicha oportunidad, en la presente demanda de amparo se identifica como acto lesivo la Resolución 00516-2-2011, de fecha 12 de enero de 2011, que expidió el Tribunal Fiscal ciertamente teniendo como sustento la Resolución 01950-2-2004, de fecha 1 de abril de 2004, que dispuso la suspensión del procedimiento administrativo. Este nuevo escenario, entonces, será tomado en cuenta por el Tribunal al dilucidar la presente causa.

§3. Sobre la alegada violación de los derechos al debido proceso y a la cosa juzgada

§3.1. Argumentos de la parte demandante

10. La empresa recurrente refiere que la Resolución del Tribunal Fiscal 00516-2-2011, de fecha 12 de enero de 2011, vulnera abiertamente su derecho al debido proceso y violenta la cosa juzgada al obligarla ilegal, inconstitucional e irracionalmente a esperar un pronunciamiento definitivo por parte de la administración tributaria (fojas 64).

11. Señala que mediante Oficio 02-2011-SUNAT/1J0000 el Procurador Público *Ad Hoc* Adjunto de la Sunat informó al Tribunal Fiscal que, en el proceso penal seguido contra don Gonzalo de Cossío De Asín (representante de la empresa demandante), la Sala Penal Nacional declaró no haber mérito para pasar a juicio oral, lo cual fue confirmado por la Corte Suprema de la República mediante ejecutoria de fecha 11 de marzo de 2009. Informó también que, según el auto de fecha 30 de julio de 2009, el expediente penal se encontraba archivado respecto del representante legal de la empresa demandante en ejecución de lo dispuesto por la Corte Suprema de la República.

12. La parte recurrente refiere que lo resuelto ha adquirido la calidad de cosa juzgada debido a que no es requerido ningún pronunciamiento judicial adicional con respecto al representante legal de Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú y, que en dicho proceso, ya se habría determinado la identidad documentaria real entre el vendedor y el comprador del objeto de la transacción cuestionada en sede administrativa. Señala que la administración tributaria, al no respetar y acatar esta decisión, está vulnerando su derecho a la cosa

juzgada. Por otra parte, señala que si bien el Tribunal Fiscal se encuentra esperando el resultado del proceso penal seguido contra don Hernán Martorell De Feudis en su condición de representante legal y gerente de Inversiones Trinidad S.A., ello resultaría ahora innecesario para absolver la materia controvertida ante el Tribunal Fiscal dado que ya existe un pronunciamiento definitivo en sede judicial respecto del representante legal de Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú.

13. Señala que, en todo caso, la exigencia planteada por la resolución cuestionada en el presente amparo resulta manifiestamente ilegal debido a que supedita un pronunciamiento definitivo para su caso en sede administrativa al resultado del proceso penal seguido contra un tercero, a pesar de que a nivel judicial se ha "determinado la inocencia de su representante y la validez de las operaciones cuestionadas" (fojas 70).

14. Por otro lado, respecto de su derecho al debido proceso, señala que la actuación del Tribunal Fiscal violenta, entre otros principios administrativos, el de legalidad, de debido procedimiento, de informalismo, de celeridad, de eficacia y de verdad material. (fojas 70, 71 y 72).

15. Por todo ello, la demandante refiere que corresponde retrotraer el estado de las cosas al momento anterior a la violación de los derechos invocados, declarando la nulidad de la Resolución 00516-2-2011, de fecha 12 de enero de 2011 y ordenar que el Tribunal Fiscal expida otra resolución que respete la cosa juzgada y el debido proceso.

§3.2. Argumentos de la parte demandada

16. Las partes emplazadas (Tribunal Fiscal y Sunat) sostienen, por su parte, que la demanda debe ser declarada improcedente dado que la controversia planteada debe ser dilucidada, en todo caso, en un proceso contencioso administrativo ya que el proceso de amparo no cuenta con etapa probatoria.

17. Asimismo, sostienen que el caso de autos no se encuentra directamente vinculado con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Refieren que el Tribunal Fiscal suspendió el fallo y decidió remitir los actuados a la Sunat al no contar con los elementos suficientes para poder resolver la controversia;

situación que no puede ser considerada como una vulneración al principio de la cosa juzgada, en tanto que lo que se requiere es la información de la culminación del proceso penal no solo del representante legal de la empresa demandante, sino también del de su principal proveedor, Inversiones Trinidad S.A.; ello, toda vez que tales conclusiones constituyen un elemento indispensable para determinar la identidad documentaria y real entre el vendedor y el comprador, así como el objeto de la transacción (compra y venta de oro) (fojas 152).

18. Por otra parte, se señala que no se evidencia violación alguna al debido proceso por cuanto el fallo del Tribunal Fiscal no ha emitido pronunciamiento de fondo, sino que se ha dado como una resolución de cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 01950-2-2004 que, a su vez, se sustenta en el Acta de Reunión de Sala Plena del Tribunal Fiscal 2003-20, de fecha 23 de setiembre de 2003.

19. Señalan que la Resolución 01950-2-2004 que, como se señaló anteriormente, fue sobre la cual se basó el Tribunal Fiscal para emitir la Resolución 00516-2-2011, dispuso la suspensión del procedimiento administrativo seguido contra la empresa demandante en tanto resultaba necesario contar con las conclusiones del proceso penal seguido tanto contra el representante legal de la recurrente como del representante de su principal proveedor. Refiere que la administración tributaria informó al Tribunal Fiscal que en el proceso penal seguido contra el representante de Inversiones Trinidad S.A. se encontraba pendiente de ser resuelta una queja excepcional presentada ante la Corte Suprema de la República por haberse rechazado el recurso de nulidad planteado contra la resolución de la Sala Penal Nacional (Expediente 107-2007) que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra éste.

20. Según las partes emplazadas, el hecho que el Tribunal Fiscal haya reenviado el expediente administrativo, en atención al requerimiento de información, no trastoca la calidad de firme de la sentencia dictada en el proceso penal respecto del representante de la empresa recurrente y mucho menos su inmutabilidad, por lo tanto, no se evidencia vulneración alguna al derecho a la cosa juzgada como esta alega. Asimismo, agregan que no se ha vulnerado ningún aspecto del debido procedimiento en el caso de autos.

§3.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional en el caso concreto

§3.3.1. Sobre las circunstancias actuales del procedimiento administrativo-tributario subyacente

21. En el marco de este proceso, este Tribunal Constitucional solicitó información adicional al Tribunal Fiscal, a la Sunat y a la Sala Penal Nacional de la Corte Suprema de la República a efectos de conocer el estado actual del proceso contencioso tributario seguido contra la recurrente. Luego de evaluar la información proporcionada, este Tribunal advierte lo siguiente:

    a) Mediante Oficio 363-2010-SUNAT/210401, en cumplimiento de la Resolución del Tribunal Fiscal 01950-2-2004, la Sunat remite a dicho tribunal la Ejecutoria Suprema de fecha 11 de marzo de 2009 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, mediante la cual se declaró no haber nulidad de la Resolución de fecha 26 de noviembre de 2001, en el extremo que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra don Gonzalo Carlos Alberto De Cossío en su calidad de representante legal de Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú.

    b) Mediante Proveído 03935-2-2010, el Tribunal Fiscal solicitó a la Sunat remitir copias certificadas de las resoluciones emitidas en los dos procesos penales seguidos contra don Hernan Martorell de Feus en su condición de Representante Legal y Gerente de Inversiones Trinidad S.A. (principal proveedor de la demandante).

    c) Posteriormente, mediante Oficio 02-2011-SUNAT/1J000, la Sunat informa que los dos procesos penales seguidos contra Hernan Martorell De Feus se encuentran en trámite.

    d) Mediante Resolución 00515-2-2011 el Tribunal Fiscal le informa a la Sunat que deberá remitir copias certificadas de las resoluciones emitidas en los dos procesos penales seguidos contra don Hernan Martorell De Feus una vez concluidos los mismos.

    e) Con fecha 26 de octubre de 2017, la Sala Penal Nacional de la Corte Suprema notifica a la Sunat la Resolución de esa misma

fecha que declaró consentida la Resolución 147, de fecha 29 de marzo de 2017, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal planteada por la defensa de don Hernan Martorell De Feudis.

f) Mediante los oficios 2165-2017-SUNAT/7E7400, 2166-2017-SUNAT/7E7400 y 2167-2017-SUNAT/7E7400 la Sunat, en cumplimiento de la Resolución 00515-2- 2011, le remite al Tribunal Fiscal la siguiente información:

   - La resolución de fecha 26 de octubre de 2017 que declaró consentida la Resolución 147 de fecha 29 de marzo de 2017 que a su vez declaró fundada la excepción de prescripción deducida por la defensa de don Hernan Martorell De Feudis (Expediente 771-08).

   - La Ejecutoria Suprema de fecha 3 de febrero de 2011, mediante la cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró infundada la queja excepcional interpuesta la Procuraduría Pública de la Sunat contra la Resolución de fecha 5 de agosto de 2009, en el extremo que declaró improcedente su recurso de nulidad contra la resolución de vista de fecha 27 de marzo de 2009 que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra don Hernán Martorell De Feudis y otros (Expediente 107-2007). Este proceso, según la información proporcionada por la Sala Penal Nacional de la Corte Suprema de la República con fecha 17 de noviembre de 2017, se encuentra archivado respecto de don Hernán Martorell De Feudis.

22. Así las cosas, mediante escrito ingresado a este Tribunal con fecha 31 de octubre de 2017, la Sunat señaló que a la fecha el procedimiento administrativo-tributario seguido por Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú se encuentra pendiente de pronunciamiento por parte del Tribunal Fiscal, quien debe resolver definitivamente la apelación interpuesta por la ahora recurrente contra la Resolución de Intendencia 026- 4-13570/SUNAT.

22. Al respecto, este Tribunal entiende que, si bien Sunat hace referencia al Expediente 1946-2003 (que es donde se cuestiona la Resolución de Intendencia 026-4-13570), tal y como sostuvo el propio

Tribunal Fiscal en la Resolución 06829-2-2004, éste se encuentra directamente vinculado con el Expediente 3245-2003, respecto del cual, se está cuestionando la Resolución 00516-2-2001, de fecha 12 de enero de 2011, en el presente amparo. Por lo tanto, si la información requerida respecto de las causas penales ha sido ya proporcionada al Tribunal Fiscal para resolver el Expediente 1946- 2003, la consecuencia lógica es que también se encuentra apta y pendiente la resolución del Expediente 3245-2003.

§3.3.2. Sobre los derechos alegados por la parte demandante como presuntamente vulnerados

24. Como se refirió anteriormente, en la presente causa la empresa demandante alega la vulneración de su derecho al debido proceso y la violación de la cosa juzgada. No obstante estas alegaciones, este Tribunal considera que los hechos denunciados por Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú no se encuentran relacionados con alguna vulneración del derecho a la cosa juzgada. Sin embargo, este Tribunal considera que lo que en realidad corresponde evaluar es si la actuación desplegada por las emplazadas en el procedimiento administrativo-tributario, ha comprometido el derecho al debido procedimiento en alguna de sus múltiples manifestaciones. Por lo tanto, corresponde dilucidar la presente controversia desde dicha perspectiva.

§3.3.3. El derecho al debido procedimiento en el presente caso

25. Es reiterada la posición de este Tribunal Constitucional en el sentido de sostener que el derecho al debido proceso que recoge el artículo 139, inciso 3, de nuestra Constitución es un derecho cuyo ámbito de irradiación no se limita únicamente al campo judicial en sentido estricto, sino que también se proyecta sobre procesos de toda índole en donde se encuentren en controversia los derechos e intereses de las personas, sean estas naturales o jurídicas como, en el presente caso, uno de carácter administrativo que involucra a una empresa, a la Sunat y al Tribunal Fiscal.

26. Así, con relación al debido proceso en sede administrativa, este Tribunal, en el Expediente 4289-2004-AA/TC, ha expresado en los fundamentos 2 y 3, respectivamente, que

> "[e]l debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. "; y que "El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)"

27. El referido derecho, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, admite dos dimensiones: una formal, procesal o procedimental, y otra de carácter sustantivo o material. En la primera de las mencionadas está concebido como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas (las cuales a su vez son derechos parte de un gran derecho con una estructura compuesta o compleja) que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento o proceso (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole). En la segunda de sus dimensiones exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales [Expediente 00579-2013- PA/TC, fundamento 5.3.1.; 03433-2013-PA/TC, fundamento 3.3.1., entre otros].

28. Así, dado que se ha precisado que el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un conjunto de derechos constitucionales que forman parte de su estándar mínimo, entre los cuales se encuentra el derecho a que el procedimiento dure un plazo razonable [Véase, por otros, el Exp. 04532-2013-PA/TC], este Tribunal considera que en el presente caso, especial relevancia adquiere confirmar si se ha

respetado el referido derecho en sede administrativa como parte integrante del derecho al debido procedimiento administrativo.

29. En este punto conviene precisar que si bien la empresa demandante no ha alegado expresamente la vulneración del derecho al plazo razonable, este Tribunal advierte que, en el fondo, sus cuestionamientos están dirigidos a poner en tela de juicio el letargo de la administración tributaria en resolver el procedimiento que la involucra bajo el argumento de estar a la espera de la resolución definitiva de unas causas penales. En ese sentido, y apelando al principio de suplencia de la queja deficiente, como en anteriores oportunidades [ver, entre otros, los Exps. 03865-2012-PA/TC; 05078-2015- PA/TC y 03710-2012-PA/TC], este Colegiado se decantará por llevar a cabo un análisis respecto a la vulneración o no del derecho al plazo razonable en la presente causa.

El derecho al plazo razonable en el presente caso

30. La Resolución del Tribunal Fiscal 00516-2-2011, de fecha 12 de enero de 2011, cuya nulidad se solicita, dispuso devolver los actuados a la Sunat en el procedimiento administrativo-tributario seguido contra la demandante, en vista que la Sunat no habría cumplido con lo dispuesto en la Resolución 06829-2-2004 que, por los mismos términos de la Resolución 01950-2-2004, dispuso la suspensión del procedimiento hasta que la administración tributaria remita las resoluciones que hayan puesto fin a los procesos penales seguidos contra el representante legal de la empresa demandante y contra el representante de su proveedor principal (Inversiones Trinidad S.A.). Sobre el particular, en la resolución cuestionada se expone lo siguiente:

> "Que mediante Resolución del Tribunal Fiscal N° 06829-2-2004 de 10 de setiembre de 2004 se dispuso suspender el procedimiento contencioso seguido con Expediente N° 3245-2003, referido a la apelación interpuesta contra la Resolución de Intendencia N° 026-4-13612/SUNAT y remitir los actuados a la Administración, a efectos que ésta proceda conforme con lo señalado en dicha resolución, es decir, que la Administración devuelva los actuados una vez concluidos los procesos penales referidos en la resolución del Tribunal Fiscal 01950-2-2004, adjuntando copia

> certificada de la sentencia respectiva para que este Tribunal emita pronunciamiento de manera definitiva.
>
> Que en la citada resolución se señaló que mediante Resolución del Tribunal Fiscal N° 01950-2-2004 de 1 de abril de 2004 se dispuso la suspensión del procedimiento contencioso tributario seguido contra la Resolución de Intendencia N° 026-4-1- 13570/SUNAT, para que la Administración devuelva los actuados una vez que culminen los procesos penales seguidos contra el representante de la recurrente y contra el representante de Inversiones Trinidad, adjuntando copia certificada de las sentencias respectivas para que este Tribunal emita pronunciamiento definitivo.
>
> Que asimismo, se indicó que dado que la orden de pago materia de impugnación se encontraba vinculada con la determinación del saldo a favor materia del beneficio y con los reparos a las operaciones de compra correspondiente al mes de octubre de 1998, a que se refería el caso que fue materia de análisis en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 01950-2-2004, procedía igualmente suspender el procedimiento contencioso tributario seguido contra la Resolución de Intendencia N° 026-4-13612/SUNAT, debiendo la Administración devolver los actuados una vez que culmine los procesos penales, adjuntando copias certificadas de las sentencias respectivas para que este Tribunal emita pronunciamiento definitivo. (…)"

Como se aprecia, la resolución cuestionada se remite a los argumentos expuestos por el propio Tribunal Fiscal en la Resolución 06829-2-2004 que, a su vez, esgrimió iguales razones a las señaladas en la Resolución 01950-2-2004. En esta se dispuso la suspensión del procedimiento administrativo-tributario por considerar que resultaba necesario contar con las conclusiones del proceso penal seguido tanto contra el representante de la recurrente como del representante de su principal proveedor. Así, a juicio del Tribunal Fiscal, correspondía suspender el procedimiento administrativo a la espera de que en el proceso penal se pueda determinar la identidad documentaria y real existente entre el vendedor y el comprador, y del objeto de la transacción.

31. Al respecto, se debe señalar que cuando en su oportunidad Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú interpuso una demanda de amparo contra la Resolución del Tribunal Fiscal 01950-2-2004, este Tribunal resolvió declarando infundada la demanda por considerar que las razones por las cuales se dispuso la suspensión del procedimiento administrativo estaban expresadas en la referida resolución.

32. No obstante, este Tribunal debe advertir que las circunstancias actuales de cara a estos mismos hechos son distintas. Ello porque mientras que en aquella oportunidad habían transcurrido dos años desde la expedición de la Resolución 01950-2-2004 hasta la decisión adoptada por este Tribunal en el Expediente 7289-2005-PA/TC, en el contexto actual tenemos que desde que se ordenó la suspensión del procedimiento administrativo (que luego fue reiterado por la Resolución del Tribunal Fiscal 00516-2-2011 de fecha 12 de enero de 2011) hasta hoy, han transcurrido más de catorce años sin que el Tribunal Fiscal emita resolución definitiva en el contencioso tributario bajo el argumento de encontrarse a la espera de la resolución final de las causas penales.

33. A juicio de este Tribunal, esta situación puede ciertamente comprometer el derecho al plazo razonable como garantía que también se predica de los procedimientos administrativos. Por lo tanto, corresponde evaluar si en el caso concreto se ha visto vulnerado o no el referido derecho.

34. Desde dicha perspectiva, tenemos que el derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución. El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales o procedimentales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes.

35. El derecho al plazo razonable de los procesos o procedimientos en general se encuentra expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 3.c) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.1).

Este instrumento internacional establece que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". En ese sentido, está fuera de toda duda que el contenido del derecho al plazo razonable del proceso despliega sus efectos jurídicos también en los procedimientos administrativos además que en el proceso penal, civil, laboral, corporativo, etc. [STC 04179-2014-PHC/TC, fundamento 9; STC 00295-2012- PHC/TC, fundamento 2]

36. Incluso sobre este tema en particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido explícita al señalar que "en materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso (…)" [Opinión Consultiva 11, del 10 de agosto de 1990, párrafo 28].

37. Para determinar si, en cada caso concreto, se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable del procedimiento, se deberán evaluar los siguientes criterios:

    i) La complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil [*Cfr*. STC 2915-2004-HC/TC, fundamento 26 a 31].

    ii) La actividad o conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá

que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado; [STC 00683-2013-PHC/TC, fundamento 6] y,

iii) La conducta de las autoridades estatales, donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral; la admisión y/o la actuación de una prueba manifiestamente impertinente; la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional de segundo grado respecto de las decisiones del órgano jurisdiccional de primer grado, etc., vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias; la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo [STC 04144-2011-PHC/TC, fundamento 15].

iv) Las consecuencias que la demora produce en la situación jurídica del interesado, en donde se evalúa si el paso del tiempo en el proceso o procedimiento incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante. Ello con la finalidad de que el proceso o procedimiento discurra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que éste incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante, es decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al demandante, por ejemplo, daños psicológicos y/o económicos [*Cfr.* STC 05350- 2009-PHC/TC, fundamento 27; *Cfr*. STC 3778-2004-AA/TC, fundamento 21].

38. Estos criterios permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no. Para tal fin, su análisis debe realizarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso [*Cfr.* STC 03987-2010-PHC/TC, fundamento 6]. Entonces, a ello se procederá a continuación.

Inicio y fin del cómputo del plazo razonable del procedimiento administrativo tributario

39. Este Tribunal ha establecido que el cómputo del plazo razonable del proceso debe iniciarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o del cargo que le afecta a sus intereses, y culmina con la decisión que resuelve de manera definitiva su situación jurídica o determina sus derechos u obligaciones [STC 00295-2012-PHC/TC, fundamento 5]. En el ámbito de los procedimientos administrativos, que el artículo 29 del TUO de la Ley de Procedimientos Administrativos General –Decreto Supremo 006-2017-JUS– los define como el "conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados", resulta claro que el inicio de los mismos se entiende desde el momento que el administrado conoce de un acto administrativo que considera lo afecta en sus derechos y/o intereses.

40. En consecuencia, dado que la Resolución de Intendencia 022-4-48612/SUNAT –que fue objeto de cuestionamiento en sede administrativa por parte de la recurrente– le fue notificada con fecha 2 de agosto de 2000, esta será tomada en cuenta como término de inicio para efectos de verificar la vulneración o no al plazo razonable.

41. En relación al fin del cómputo del plazo, este Tribunal entiende que la finalización del procedimiento administrativo opera en el momento en que la autoridad administrativa expide la decisión definitiva que resuelve la situación jurídica de la persona en sede administrativa, lo cual incluye a los propios recursos que se establecen dentro del propio procedimiento administrativo para cuestionar una primera decisión de la autoridad. En ese sentido, este Tribunal advierte que, en el presente caso, el procedimiento administrativo-tributario se encuentra suspendido por decisión del Tribunal Fiscal a efectos de esperar el resultado final de las causas penales que se siguen contra el representante legal de la empresa demandante y del de su principal proveedor.

42. Como se puede apreciar, el procedimiento administrativo, a la fecha, viene teniendo una duración de aproximadamente dieciocho años sin que el Tribunal Fiscal haya emitido una decisión definitiva

que ponga fin a la controversia en sede administrativa. No obstante, se debe también precisar, la mera constatación de un periodo prolongado en la resolución de la controversia no supone automáticamente declarar la vulneración del derecho al plazo razonable, por ello, corresponde evaluar los cuatro criterios esbozados anteriormente a fin de determinar si dicha vulneración ha ocurrido o no.

Análisis del derecho al plazo razonable en la presente controversia

Complejidad del asunto

43. En el presente caso, este Tribunal advierte que el procedimiento administrativo-tributario resultó ser ciertamente complejo debido a que involucró examinar diversas operaciones de compra-venta de oro en las que participaron varios proveedores de la empresa recurrente (Inversiones Trinidad S.A., Metales Procesados S.A., H & E Metales S.A., Daygora Internacional y Cía E.I.RL., Orograma S.R.L., South Traders S.A., Foguel Sarria Inversiones S.A. y Banco Wiese Ltdo). Además, dicha evaluación abarcó los periodos de abril a diciembre de 1997, de enero a noviembre de 1998 y de enero de 1999.

Actividad o conducta del interesado

44. En cuanto a la actividad o conducta procedimental de la empresa interesada, no se advierte que la misma haya incurrido en algún tipo de acción que haya provocado la dilación del procedimiento. Incluso se puede advertir del expediente administrativo que, mediante escrito presentado con fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa demandante solicita al Tribunal Fiscal emitir su pronunciamiento final, lo cual demuestra que de parte de Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú existía una voluntad proactiva porque el caso sea resuelto de la manera más pronta posible en dicha sede.

La conducta de las autoridades administrativas

45. Este Tribunal advierte que, en el presente caso, la conducta del Tribunal Fiscal ciertamente ha tenido incidencia sobre la dilación del procedimiento. En efecto, el hecho de que desde la expedición de la Resolución 01950-2-2004 el procedimiento administrativo-tributario se encuentre suspendido sin que exista en la actualidad un pronunciamiento definitivo, denota una conducta que a todas

luces trasgrede la razonabilidad de la duración del procedimiento, el mismo que normativamente además cuenta con sus propios plazos fijados en el TUO del Código Tributario. Es más, en el presente caso Sunat ha señalado, mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2017, que, cuanto menos a dicha fecha, el procedimiento administrativo-tributario seguido por Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú se encontraba pendiente de pronunciamiento definitivo por parte del Tribunal Fiscal; algo que a la fecha aún no ha ocurrido pese a que ya el Tribunal Fiscal contaría con toda la documentación que solicitó respecto de los procesos penales.

Las consecuencias que la demora produce en la situación jurídica del interesado

46. Finalmente, en cuanto al cuarto criterio, para este Tribunal resulta evidente que la excesiva demora en la resolución del procedimiento administrativo por parte del Tribunal Fiscal puede traducirse en un perjuicio significativo para la demandante debido a que mantendría en incertidumbre la situación jurídica de la empresa en relación con los procedimientos administrativos-tributarios que se cuestionan.

Conclusión sobre el plazo razonable

47. Luego del análisis de estos cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo, este Tribunal concluye que las autoridades administrativas a cargo del procedimiento tributario en el presente caso, no actuaron con la debida diligencia y celeridad a fin de resolver, en un plazo razonable, la situación jurídica de la demandante, razón por la cual se ha incurrido en una violación del derecho a que el procedimiento dure un plazo razonable como derecho implícito del debido proceso-procedimiento reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.

Efectos de la vulneración del derecho al plazo razonable

48. De acuerdo a la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en el fundamento 12 de la STC N.º 00295-2012-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado, en el ámbito del proceso penal, que si se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un

plazo razonable como consecuencia de estimarse la demanda, se ordenará al órgano jurisdiccional que conoce el proceso penal que, en el plazo más breve posible, según sea el caso, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del procesado, bajo apercibimiento. Y es que el plazo para el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto no debe ser fijado una vez y para siempre, de modo que sea aplicable en todos los casos, sino que éste debe ser fijado de manera objetiva y razonable por el juez constitucional en atención a las circunstancias concretas de cada caso.

49. Al respecto, de manera particular sobre los procedimientos administrativos, este Tribunal ha señalado que, ante la constatación de una vulneración al plazo razonable, declarar nulo el procedimiento administrativo y establecer la reposición de las cosas al estado anterior, constituiría una decisión no razonable, en tanto que las demás garantías procesales que conforman del debido procedimiento si fueron respetadas. En consecuencia, el hecho de que los plazos máximos de un procedimiento hayan sido incumplidos no tiene como consecuencia directa que las resoluciones finales sean declaradas inválidas y sin efectos legales [*Cfr*. Expedientes 3778-2004-AA/TC, fundamento 23 y 04532-2013-PA/TC, fundamento 49].

50. En consecuencia, el Tribunal Fiscal, en el plazo máximo de quince días hábiles, deberá emitir la resolución que decida la controversia que motivó la interposición de la presente demanda de amparo.

§3.3.4. Sobre la vinculación de la controversia penal con el procedimiento contencioso-tributario en el caso de autos

51. Hay una cuestión que subyace en el caso de autos y que para este Tribunal no es indiferente. Este Colegiado advierte que, en el fondo, la decisión del Tribunal Fiscal que, como ya se dijo vulnera el plazo razonable, asume que entre el procedimiento administrativo tributario y el proceso penal existe una relación estrecha y hasta de identidad entre sí que haría depender al primero del segundo. En estas circunstancias, corresponde expresar algunas consideraciones a efectos de dilucidar si, como sugiere el Tribunal Fiscal, los fines del proceso penal y del procedimiento administrativo son los mismos.

52. Para efectos de ilustrar esta cuestión, resulta propicio traer a colación la jurisprudencia de este Tribunal en torno al principio de *no bis in idem*. Así, desde la perspectiva de dicho principio, este Tribunal ha referido que éste determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado [*Cfr*. Expediente 1670-2003-AA/TC, fundamento 8].

53. Esto quiere decir que, a pesar de que pueda existir identidad de la persona o personas perseguidas (*eadem personae*) e identidad del objeto de persecución (*eadem res*), puede que no ocurra lo mismo con la identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*). Y, en efecto, aún cuando en el presente caso se puede advertir que entre el procedimiento administrativo y el proceso penal existe una identidad de la persona perseguida –al tratarse en ambos casos de Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú– e identidad del objeto de persecución –la supuesta compra-venta falsa de oro por parte de la recurrente–, lo cierto es que no existe una identidad en la causa de la persecución puesto que, mientras que en el proceso penal lo que se buscaba era la imposición de un castigo punitivo como producto de la responsabilidad penal del representante legal de la empresa demandante y del de su principal proveedor, en el procedimiento administrativo se buscaría más bien imponer una sanción como consecuencia de una infracción cometida por la empresa demandante a nivel de las normas tributarias (procedimiento administrativo sancionador).

54. Es en ese mismo sentido que se ha dicho ya que un mismo sujeto, con su comportamiento, puede generar más de una consecuencia jurídica, lesionando con ello bienes jurídicos y valores diversos, cada uno de los cuales deberá ser tutelado en la vía correspondiente [*Cfr*. Expediente 05143-2011-PA/TC, fundamento 5]. Esto

se explica en el hecho mismo de que los bienes jurídicos tutelados por la Administración difieren de los bienes tutelados por el Derecho Penal [*Cfr*. Expediente 05143-2011-PA/TC, fundamento 15].

55. Es por ello que, dentro de la identidad de la causa de persecución, no pueden equipararse las sanciones administrativas (pertenecientes al Derecho Administrativo Sancionador) y las sanciones penales (pertenecientes al Derecho Penal), pues ambas obedecen a fundamentos, órdenes y bienes jurídicos tutelados distintos. Así las cosas, la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio* hace que por su naturaleza, estructura y fines, ambos órdenes (administrativo y penal) no puedan ser equiparados [*Cfr*. Expediente 00361-2010-PA/TC, fundamento 3].

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho al plazo razonable.

2. Declarar **NULA** la resolución expedida por el Tribunal Fiscal 00516-2-2011 con fecha 12 de enero de 2011, y **ORDENAR** que el referido Tribunal, en el plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, emita y notifique la correspondiente resolución que ponga fin al procedimiento en sede administrativa seguido por Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú, de conformidad con lo indicado en los fundamentos 49 y 50 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

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 mayoría, en el presente caso considero que la demanda de amparo debe ser desestimada. Las razones que sustentan mi decisión son las siguientes:

1. La recurrente solicita que se deje sin efecto la Resolución 00516-2-2011, de fecha 12 de enero de 2011, expedida por el Tribunal Fiscal en el marco del procedimiento administrativo-tributario seguido en su contra. Cuestiona que mediante dicha resolución se reiteró la decisión de suspender el procedimiento administrativo seguido en el Expediente 3245-2003, en la medida de que la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) no cumplió con lo dispuesto en la Resolución 06829-2-2004, que había ordenado la suspensión del referido procedimiento y su devolución a la Administración hasta que culminen los procesos penales de Princeton Dover Corporation Sucursal del Perú y de su principal proveedor, Inversiones Trinidad SA.

2. Al respecto, de la revisión de autos estimo que no existe ninguna justificación para anular la resolución cuestionada, pues la suspensión del procedimiento no obedeció a motivos arbitrarios, sino que se sustentó en la naturaleza de la pretensión presentada y en la necesidad de contar con los medios probatorios idóneos y suficientes a fin de resolver la controversia adecuadamente. Así, cabe recordar que la orden de pago, materia de impugnación en sede administrativa, se encuentra relacionada con la determinación del saldo a favor materia del beneficio y con los reparos a las transacciones correspondientes al mes de octubre de 1998. Es decir, en los términos indicados por el Tribunal Fiscal, para establecer si los comprobantes de pago reparados por la autoridad tributaria respaldaban operaciones reales o inexistentes, resultaba esencial que los procesos penales seguidos por el delito de defraudación tributaria en contra del representante legal de la demandante y su principal proveedor sean dilucidados como cuestión previa.

3. En esa línea, se advierte que el Tribunal Constitucional, en el Expediente 07289-2005-PA/TC, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la resolución del Tribunal Fiscal que ordenó la primera suspensión del procedimiento hasta que concluyeran los procesos penales. En ese sentido, al analizar la constitucionalidad de la suspensión del procedimiento por los motivos anteriormente expuestos, se indicó que el Tribunal Fiscal no había actuado arbitrariamente, en la medida que el referido colegiado había expuesto las razones de su decisión en atención a la naturaleza de la reclamación interpuesta por la demandante. Efectivamente, se observa que el Tribunal Fiscal, mediante acuerdo de su Sala Plena, de fecha 23 de setiembre de 2003, convino lo siguiente:

> [...] que cuando se verifique la existencia de un proceso por delito de defraudación tributaria contra la recurrente, este Tribunal tiene la obligación de emitir pronunciamiento si cuenta con los elementos necesarios para hacerlo, salvo que para ello requiera el fallo del citado procesal penal, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento respecto del extremo que corresponda, debiendo la Administración devolver los actuados una vez que culmine el indicado proceso penal, adjuntando copia certificada de la sentencia a efectos de la emisión del pronunciamiento definitivo.

4. En atención a ello, se advierte que en el presente caso existe una vinculación entre el procedimiento administrativo y el proceso penal, en tanto el resultado de este último brindará a los miembros del Tribunal Fiscal los elementos requeridos para determinar la identidad documentaria y real entre el vendedor y el comprador y el objeto de la transacción (compra y venta de oro) y así expedir un pronunciamiento de fondo. Esto justifica la pertinencia de suspender el procedimiento en sede administrativa y se ordene a la Administración devolver los actuados una vez que culminen los procesos penales, adjuntando copias certificadas de las sentencias respectivas para que se emita la decisión definitiva, conforme a lo establecido por la Sala Plena.

5. Es así que, la suspensión del procedimiento mediante la resolución cuestionada respondió a dicho razonamiento pues al no haber concluido el proceso penal respecto al principal proveedor de la parte demandante

y existir un recurso pendiente de resolución, no correspondía aún continuar el procedimiento. En ese sentido, concluimos que la reiteración de la suspensión se encuentra debidamente justificada, por lo que no cabría declarar la nulidad de la resolución que lo ordena.

6. Ahora bien, la sentencia en mayoría fundamenta su decisión de declarar fundada la demanda planteada en que se ha vulnerado el derecho a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable. Sobre el particular, para determinar que ha ocurrido dicho acto lesivo, se analizó cuatro criterios: i) complejidad del asunto, ii) actividad o conducta del interesado, iii) conducta de las autoridades administrativas: y, iv) perjuicio significativo.

7. En relación al primer criterio, coincidimos en que se está frente a un caso complejo, pues se requiere analizar diferentes medios de prueba para emitir un pronunciamiento de fondo razonado. Esto en tanto deberá determinar si las adquisiciones de oro durante los años 1997, 1998 y 1999 corresponden a operaciones reales o inexistentes, a fin de establecer si le corresponde o no a la empresa recurrente, el saldo a favor materia del beneficio de exportación que obtuvo de las compras de oro que realizó, el cual se deberá deducir al monto fijado por la Sunat por concepto de impuesto a la renta de tercera categoría del mes de octubre de 1998. Por lo tanto, el tribunal deberá analizar las circunstancias por las que la Sunat consideró que las operaciones de compra y venta fueron inexistentes y correspondía ordenar la cobranza de las presuntas deudas que se generarían como consecuencia de ello. Asimismo, la complejidad que reviste la presente controversia también recae en la conexidad del procedimiento administrativo con el proceso penal en los términos ya explicados.

8. Sobre la actitud de la recurrente, se advierte que esta mantuvo una conducta no obstruccionista en la medida que presentó los recursos impugnatorios correspondientes y realizó las actuaciones que le correspondían.

9. Respecto a la conducta de las autoridades administrativas, en el fundamento 45 *supra* de la sentencia en mayoría, se establece que "la conducta del Tribunal Fiscal ciertamente ha tenido incidencia sobre la dilación del procedimiento". Sin embargo, no se menciona cuáles son las conductas dilatorias en las que habrían incurrido los miembros del Colegiado. Además, de los actuados no se advierte

un comportamiento indebido o injustificado en el trámite del expediente administrativo cuestionado. Por el contrario, se ha evidenciado que si existió una suspensión fue en base al desarrollo de los procesos penales que investigaban los hechos cuya corroboración contribuirían a la resolución del procedimiento administrativo.

10. De esa manera, la mayoría no toma en consideración la complejidad del asunto en controversia, la cual no solo se concluye en base a la cantidad de medios probatorios a analizar sino también a la necesidad de contar con los resultados del proceso penal para tener los elementos necesarios en aras de determinar la legalidad o no de las órdenes de pago emitidos por la Sunat. Es así que **el tiempo transcurrido no es imputable propiamente al Tribunal Fiscal, sino que este responde al tiempo que demoró los procesos penales dirigidos contra la entidad recurrente y su principal proveedor.**

11. Ahora bien, en relación a las consecuencias que la demora produce en la situación jurídica del interesado, considero que no se ha demostrado que existe una incidencia relevante o intensa. En el fundamento 46 *supra* de la sentencia en mayoría se afirma que existe un perjuicio significativo debido a que se mantendría una incertidumbre de la situación jurídica de la empresa en relación con los procedimientos administrativos-tributarios que se cuestionan. Sin embargo, no se observa que se haya explicado en qué consiste tal perjuicio en contra de la recurrente como consecuencia del tiempo transcurrido.

12. Finalmente, en el párrafo 51 *supra* de la sentencia en mayoría se indica que el Tribunal Fiscal "asume que entre el procedimiento administrativo tributario y el proceso penal existe una relación estrecha y hasta de identidad entre sí [...]". Esta afirmación carece de precisión, pues lo que se sostiene es que las conclusiones de los procesos penales servirán como elementos probatorios para resolver la controversia en sede administrativa, más no que sean idénticos y, por lo tanto, se configure una duplicidad de procesos. En consecuencia, carece de relevancia analizar una presunta vulneración al principio *ne bis in ídem.*

Por las razones expuestas, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la presente demanda de amparo.

S. LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto a lo resuelto por mis colegas. Mi voto es porque la presente demanda sea declarada **IMPROCEDENTE** por haberse producido la sustracción de la materia, por las razones que a continuación expongo.

1. En el caso de autos, se solicita la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal 00516-2- 2011, de fecha 12 de marzo de 2011, a través de la cual se "(…) ordenó remitir los actuados a la Administración y mantener la suspensión del procedimientos contencioso tributario seguido contra la orden de pago 029-1-6577 y se dispuso que la Administración proceda conforme a lo señalado en las resoluciones del Tribunal Fiscal 00515-2-2011 y 01950-2-2004, al verificar que los procesos penales seguidos contra la representante legal y gerente de la empresa Inversiones Trinidad S.A. no habían concluido (…)". En este sentido, el recurrente solicita que el Tribunal Fiscal se pronuncie sobre el fondo de la controversia, pues a su juicio no se puede supeditar un pronunciamiento definitivo a la expedición de una sentencia exculpatoria de un tercero (representante de Inversiones Trinidad SA). Alega la vulneración de los derechos al debido proceso y a la cosa juzgada.

2. Por su parte, el Tribunal Fiscal informó a este Tribunal Constitucional, mediante informe 005-2020-EF/40.07.11 de fecha 4 de marzo de 2020, que el expediente "(…) en el que recayó la resolución 00515-2-2011 fue resuelto mediante la resolución del Tribunal Fiscal 05816-4-2019, pronunciándose sobre el fondo de la controversia, considerando las resoluciones emitidas en los procesos penales antes mencionados".

3. Al respecto, considero que en tanto y en cuanto el proceso penal ha culminado, y dada la posterior resolución definitiva del Tribunal Fiscal 005816-4-2019 sobre el fondo de la controversia, solicitada por el recurrente en su demanda de amparo, su pretensión por

consiguiente ha devenido irreparable, produciéndose la sustracción de la materia controvertida. En consecuencia, la demanda resulta improcedente en aplicación, *a contrario sensu*, del primer párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 154/2021
EXP. N° 03158-2018-PA/TC
CUSCO
FRANCISCO ROJAS CONDEMAYTA Y OTROS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de enero de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido la siguiente sentencia, que resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 03158-2018-PA/TC, con **EXHORTACIÓN** al Congreso de la República. El magistrado Ferrero Costa, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

Asimismo, los magistrados Ferrero Costa y Ramos Núñez formularon fundamentos de voto.

El magistrado Sardón de Taboada, con fecha posterior, comunicó que emitirá un voto singular declarando infundada la demanda de amparo.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini, con fecha posterior, comunicó que emitirá un voto singular declarando infundada la demanda de amparo y que se entregará en fecha posterior.

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 21 días del mes de enero de 2021, 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 fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez, y con los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia que el magistrado Ferrero Costa votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por los abogados don Juan Carlos Ruiz Molleda, doña Maritza Quispe Mamani y don José Ramiro Llatas Pérez a favor de don Blas Antezana Tapara, don Francisco Rojas Condemayta y otros contra la resolución de fojas 128, de fecha 9 de julio de 2018, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de abril de 2018, don Ceferino Suclli Huamán, don José Phari Rivas, don Blas Guido Antezana Tapara (director de Debates), don Wilbert Grimaldo Sanga Condemayta, don Julián Huamán Quispe (director de Disciplina), don Francisco Rojas Condemayta y don Erasmo Apaza Quispe (presidente de la Central de rondas campesinas de Marcapata), interponen demanda de amparo en contra de: (i) Ruddy Sandra Villagra Gonzales, fiscal provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi, que emitió requerimiento acusatorio de fecha 27 de marzo de 2017 (f. 51); (ii) Roger Jiménez Luna, juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi, que expidió la Resolución 2, de fecha 5 de junio de 2017 (f. 70), a través de la cual declaró la validez formal y sustancial de la acusación escrita presentada por la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi y también emitió la Resolución 4, de fecha 5 de junio de 2017 (f. 72), mediante

la cual dictó el auto de enjuiciamiento; y de (iii) Jorge Pareja Quispe, juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Quispicanchi que tiene a su cargo el desarrollo del juicio oral del proceso penal –signado con el Expediente 00105-2016-88-1014-JR- PE-01– que se les viene siguiendo por la presunta comisión del delito de coacción.

Refieren que, con fecha 7 de junio de 2015, don Wilbert Grimaldo Sanga Condemayta solicitó a don Francisco Rojas Condemayta que, en su condición de presidente de la Ronda Campesina de la Comunidad de Ccollana, realice una investigación sobre el fallecimiento de su hermano, denunciando como supuestos autores a los comuneros don Máximo Quispe Rojas, don Diómedes Quispe Bedoya, don Teodoro Dimas Quispe Champi y don Policarpo Paulino Quispe Champi. Indican que, con fecha 20 de junio de 2015, se llevó a cabo una asamblea en la que se acordó interrogar a los denunciados y convocar a un encuentro interdistrital de rondas del distrito de Marcapata, dada la complejidad del caso. Por su parte, el 22 de junio de 2015, los denunciados don Diómedes Quispe Bedoya y su hijo don Teodoro Dimas Quispe Champi, sintiéndose amenazados en sus derechos por haber sido citados a declarar ante la asamblea, los denunciaron ante la Fiscalía de Prevención del Delito de Quispicanchi por la comisión del delito de coacción, solicitando que se impida la realización de la asamblea. Por ello, mediante Disposición Fiscal 01-2015 (f. 10), de fecha 25 de junio de 2015 (Caso 406-2015 Prevención), la Fiscalía Provincial Civil, de Familia y Prevención dispuso abrir investigación preliminar a nivel policial por los hechos denunciados y le recomendó a don Francisco Rojas Condemayta y a don Wilbert Grimaldo Sanga Condemayta que se abstengan de incurrir en actos vedados por la ley en agravio de los denunciantes; materializándose así el primer acto de interferencia de la justicia ordinaria en la justicia comunal.

Señalan los demandantes que en ejercicio de la autonomía jurisdiccional de la que gozan las comunidades campesinas y nativas, conforme a lo prescrito por el artículo 149 de la Constitución, los días 27 y 28 de junio de 2015 se llevó a cabo la asamblea convocada, a la cual se invitó a participar a la Fiscalía y a la Policía Nacional, asistiendo solo esta y algunas autoridades políticas de la localidad. Refieren que en ella finalmente los denunciados declararon ser los responsables de la muerte del comunero don Fredy Sanga Condemayta. No obstante, la Fiscalía ha considerado en su requerimiento de acusación, que los actos realizados

en la asamblea (interrogatorio y medidas empleadas por las autoridades ronderas) configuran como actos de coacción.

A juicio de los demandantes, las decisiones del Ministerio Público y el proceso penal seguido en su contra constituyen una invasión a la autonomía jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas, así como a las rondas campesinas, pues conforme a lo prescrito por el artículo 149 de la Constitución, tienen plenas facultades para investigar y castigar, de acuerdo a sus costumbres y cultura, a los responsables de la muerte del comunero don Fredy Sanga Condemayta. En ese sentido, consideran que los órganos fiscales y judiciales emplazados no pueden criminalizar las conductas ejercidas en el marco de su función jurisdiccional, porque ello supone una injerencia en sus competencias.

El Primer Juzgado Mixto de Quispicanchi, mediante Resolución 1, de fecha 2 de mayo de 2018 (f. 104), declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que en el proceso penal cuestionado aún no se ha emitido sentencia que condene o absuelva a los procesados, hoy demandantes, razón por la cual no existe una amenaza ni mucho menos una vulneración a su autonomía jurisdiccional reconocida en el artículo 149 de la Constitución. Asimismo, señala que como el amparo no tiene etapa probatoria, no es posible verificar si es que los demandantes ejercieron sus funciones jurisdiccionales sin violar derechos fundamentales.

A su turno, la recurrida confirmó la apelada por similares argumentos, esencialmente, porque la autonomía jurisdiccional alegada por los demandantes no se encuentra amenazada o comprometida, pues la función jurisdiccional ejercida por las comunidades también está sometida a control, cuando producto de su ejercicio se hayan violado derechos fundamentales; situación que debe ser esclarecida en el proceso penal y no en el amparo.

FUNDAMENTOS

1. PETITORIO Y DETERMINACIÓN DEL ASUNTO CONTROVERTIDO

1. De acuerdo con lo señalado en la demanda de amparo, la pretensión está dirigida a que se declare la nulidad de las disposiciones fiscales que dieron origen al proceso penal signado con el Expediente 00105-2016-88-1014-JR-PE-01, seguido en contra de los

recurrentes por la presunta comisión del delito de coacción, así como la nulidad de todos los actos procesales realizados en este. Se alega la vulneración a la autonomía jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas, así como a las rondas campesinas, conforme lo establece el artículo 149 de la Constitución, toda vez que el proceso penal en mención constituye, en opinión de los demandantes, un acto de criminalización de la función jurisdiccional que ejercen.

2. En el presente caso, la controversia gira en torno a la dilucidación de si se ha producido o no una injerencia de parte de la jurisdicción ordinaria en la facultad jurisdiccional ejercida por las autoridades ronderas que promueven la demanda de amparo, vulnerándose, en consecuencia, su autonomía jurisdiccional reconocida constitucionalmente.

2. PROCEDENCIA DEL AMPARO

3. Antes de ingresar a dilucidar el fondo del asunto, es necesario que este Tribunal se cerciore si los recurrentes han cumplido o no 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 a lo previsto por el artículo 4 del mismo cuerpo de leyes.

4. El Primer Juzgado Mixto de Quispicanchi declaró la improcedencia *in limine* de la presente demanda de amparo, y esta decisión fue confirmada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco por considerarse, básicamente, que al no haberse emitido aún sentencia penal que condene o absuelva a los recurrentes, no era posible verificar la vulneración a la autonomía jurisdiccional reconocida en el artículo 149 de la Constitución invocada.

5. Este Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. A este efecto, recuerda que, conforme a la autonomía jurisdiccional reconocida constitucionalmente a las comunidades campesinas y nativas, estas se encuentran facultadas para investigar y castigar (sancionar) a las personas que hayan cometido una inconducta social (delito) de acuerdo a lo establecido en sus estatutos (sobre los

procedimientos y los castigos) y en aplicación del derecho consuetudinario. Y esto último es la situación que se ha presentado en el caso de autos, pues los recurrentes, en su condición de autoridades jurisdiccionales, convocaron a la asamblea respectiva para dilucidar y castigar los hechos ocurridos vinculados con la muerte del comunero don Fredy Sanga Condemayta; sin embargo, los responsables de este hecho denunciaron a los recurrentes ante el Ministerio Público por la presunta comisión del delito de coacción y dicha denuncia prosperó, iniciándose así el correspondiente proceso penal en su contra.

6. No hay, pues, asunto que pueda ser calificado como carente de relevancia constitucional, tal como ha sido señalado por las instancias o grados inferiores que han conocido de este proceso. Y puesto que no existe justificación suficiente en la decisión de haber rechazado liminarmente la demanda y su confirmatoria, este Tribunal debería así decretarlo, así como, sobre la base de 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 se siga con el curso procesal que corresponda.

7. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que en el presente caso es innecesario obrar de ese modo. Con base en la doctrina jurisprudencial de este Tribunal expresada en tantas decisiones previas (v. gr. Expedientes 04184-2007- PA/TC, 06111-2009-PA/TC, 01837-2010-PA/TC, 00709-2013-PA/TC, 01479-2018-PA/TC, 03378-2019-PA/TC), el Tribunal considera que, al tratarse de una controversia que gira alrededor de los actos procesales (disposiciones fiscales y resoluciones judiciales) realizados en el proceso penal seguido contra los demandantes, en el expediente se encuentra todo lo que es necesario para emitir un pronunciamiento sobre el fondo. Ello, por cuanto, al tratarse del cuestionamiento directo de dichos actos procesales, las razones que tuvieron los órganos jurisdiccionales emplazados se encuentran objetivadas en la fundamentación que antecede a la decisión.

8. De este modo, la decisión de este Tribunal de pronunciarse sobre el fondo en el presente caso es plenamente congruente con esa directriz que contiene el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el 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.

9. Finalmente, este Tribunal hace notar que la condición de la acción, consistente en el deber de quien demanda en el amparo una resolución judicial de emplear los medios impugnatorios hábiles e idóneos para cuestionar la violación de sus derechos, y de esa manera obtener una "resolución judicial firme", como exige el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, en el presente caso, también ha sido satisfecha. En efecto, la Resolución 4, de fecha 5 de junio de 2017, a través de la cual el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Quispicanchi dictó el auto de enjuiciamiento en contra de los demandantes, que se configura como el último acto del *iter procesal* de la causa penal que cuestionan en el presente amparo, es un acto inimpugnable conforme a la normatividad procesal penal (artículo 353, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal).Por ello, resultaría irrazonable exigir a los demandantes haber interpuesto algún recurso impugnatorio contra aquel.

10. Corresponde, por tanto, emitir un pronunciamiento sobre el fondo, o, dicho con otros términos, acerca del sentido y contenido.

3. EL PLURALISMO JURÍDICO COMO EXPRESIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL AL VALOR DE LA DIVERSIDAD CULTURAL, REGULADO POR EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN

11. En el presente caso, la controversia gira en torno a la dilucidación de si se ha producido o no una injerencia de parte de la judicatura ordinaria en la facultad jurisdiccional ejercida por las autoridades ronderas que promueven la demanda de amparo, vulnerándose, en consecuencia, su autonomía jurisdiccional reconocida constitucionalmente.

12. El artículo 149 de la Constitución Política forma parte de ese conjunto de disposiciones que configuran nuestra Constitución multicultural, en tanto reconoce también al valor de la diversidad cultural, y en este caso, en el ámbito jurisdiccional. Así, señala que:

> "Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, puedan ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial."

13. Este Tribunal Constitucional considera que en la formulación del referido artículo 149 subyacen algunos problemas de comprensión los cuales debe enfrentarse su significado.

14. Uno de ellos está referido al límite que representan los derechos fundamentales al ejercicio autónomo de la jurisdicción indígena. En tal sentido, es necesario precisar cuál es el significado de los derechos fundamentales frente a una jurisdicción especial, como es la indígena, que obedece a un patrón cultural diferente del cual provienen los derechos fundamentales. Otro tema que requiere abordarse en torno al significado del artículo 149 guarda relación con el rol que ejercen las rondas campesinas en el ámbito de la jurisdicción indígena. Con lo cual, cabe plantear las precisiones que constitucionalmente corresponda al respecto, más aún, porque en el amparo bajo análisis, son autoridades ronderas quienes promovieron la demanda al considerar que su autonomía jurisdiccional se ha visto afectada. Y, finalmente, sobre la ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, tenemos que, no obstante que su aprobación es una tarea que recae en el legislador conforme ordenó el constituyente de 1993, también es una temática que exige algún pronunciamiento de parte de este Tribunal, en el desempeño de sus tareas de concretización del Derecho y los derechos.

3.1 El pluralismo como principio fundamental del Estado constitucional

15. Cuando se alude al pluralismo como uno de los principios fundamentales del Estado constitucional, se hace referencia a este en un sentido prescriptivo. En otras palabras, se trata de un principio normativo cuyo reconocimiento dentro del sistema jurídico es del más alto rango y, por ende, puede ser exigido incluso judicialmente; pero, también se le alude a él en un sentido descriptivo, porque

su significado expresa y abarca la diversidad (política, económica, ideológica, religiosa, social, cultural) inserta en las sociedades actuales, diversidad que constituye un rasgo característico que las define.

16. En nuestro ordenamiento constitucional el pluralismo se ha materializado a través de la positivización del principio-derecho de igualdad (artículo 2, inciso de la Constitución), pues este derecho, además prohibir todo trato diferente que sea arbitrario o que se base en consideraciones contrarias al igual valor de las personas, tiene como contenido también el del respeto a las diferencias[32], tanto personales como comunitarias. De esta manera, el Estado reconoce a cada persona la facultad que tiene para trazar y llevar a cabo su proyecto de vida a partir de sus visiones individuales sobre la justicia o la vida buena, y respeta, asimismo, las identidades culturales y cosmovisiones de las diversas comunidades originarias, siempre en el marco de la Constitución. En otras palabras, la Carta fundamental prescribe la obligación de respetar y garantizar la igualdad en la diversidad, es decir, el igual respeto a pesar de (o, mejor aún, debido a) las diferencias; reconocimiento y protección que, ciertamente, opera sobre todo a favor de los grupos minoritarios frente a las mayorías. En palabras de Luigi Ferrajoli[33]:

> Precisamente porque, de hecho, somos diferentes –diferentes por sexo, por nacionalidad, por lengua, por religión, por opiniones políticas, por condiciones personales y sociales–, precisamente porque la identidad de cada uno de nosotros es diferente de la de cualquier otro, se conviene, y es necesario convenir, con el fin de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática del sistema político, el principio de igualdad de nuestras diferencias: esto es, la convención de que todos somos iguales, –o sea, tenemos

32 Ferrajoli, Luigi (2004) Derechos y garantías. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Cuarta edición. Madrid: Trotta, p. 73 y ss; Ídem (2019) Manifiesto por la igualdad. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, p. 12 y ss

33 Ferrajoli, Luigi (2010). La igualdad y sus garantías. En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. UAM-BOE, N.° 13, p. 312.

igual valor y dignidad– más allá de, y es más, precisamente a causa de nuestras diferencias

17. Asimismo, y como ya lo advirtió el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, nuestra Constitución también ha reconocido las distintas formas de pluralismo. En efecto, ha hecho lo propio con el pluralismo *político* – acorde con una sociedad regida por el principio democrático– cuando garantiza la libre concurrencia y participación en los asuntos públicos y el ejercicio del poder político (artículos 30 al 32); el pluralismo *económico,* que se manifiesta en el marco de una economía social de mercado y las diversas modalidades de actividad económica (artículos 58 y 60); el pluralismo *educativo,* en tanto que fomenta la educación intercultural preservando las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (artículo 17), así como la libertad de enseñanza (artículos 13 y 18); y el pluralismo *cultural,* cuando en su artículo 2 inciso 19 reconoce, por un lado, el derecho que tiene toda persona a su identidad étnica y cultural, y, de otro lado, afirma el autorreconocimiento y protección que hace el propio Estado peruano de la pluralidad étnica y cultural que lo define. Y es a partir de este autorreconocimiento que la Constitución reconoce personería jurídica a las comunidades campesinas y nativas, así como su autonomía social, económica, administrativa (artículo 89) y jurisdiccional (artículo 149).

3.2 Pluralismo jurídico, derechos fundamentales y Constitución

18. Sobre la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas, este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que, en virtud de ella, dichas comunidades se encuentran plenamente legitimadas para impartir justicia aplicando el derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial, siempre en un marco de respeto a los derechos fundamentales. Al respecto, se ha precisado, además, que toda jurisdicción indígena o comunal en nuestro país, para ser reconocida como tal, debe contar con: (i) autoridades comunales que ejerzan el poder jurisdiccional, (ii) la competencia para resolver los conflictos jurídicos que surjan en su territorio, de conformidad con su desarrollo histórico-cultural, su derecho consuetudinario y su particular sistema normativo, (iii) procedimientos que permitan una mínima garantía a los derechos fundamentales de los procesados y agraviados; y (iv) la potestad para hacer efectiva

sus decisiones y que estas sean definitivas (cfr. STC02765-2014-PA/TC, fundamento 54).

19. Ahora bien, el hecho de que el constituyente haya reconocido autonomía jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas, en opinión de este Tribunal, significa la aceptación de que al interior del Estado peruano coexisten diversos órdenes jurídicos, los cuales interactúan y, eventualmente, pueden entrar en conflicto, incluso cuando de se trata de los alcances y garantía de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución.

20. En este orden de ideas, y por mandato del propio poder constituyente, el que se haya reconocido y garantizado la existencia del pluralismo jurídico revela que en nuestro país la producción del Derecho no es monopolio del Estado, sino que diferentes grupos culturales existentes tienen competencia para establecer normas dirigidas a regular las conductas de sus integrantes, y que estas, desde luego, pueden partir de las particulares cosmovisiones y principios normativos de dichas comunidades.

21. Lo anterior, desde luego, no supone desconocer la fuerza normativa de la Constitución. Por el contrario, es necesario esclarecer que la propia Norma fundamental ha reconocido la diversidad cultural que caracteriza a nuestro país, pero, a la vez, ella misma constituye también un límite para el contenido de dicha diversidad. Así considerado, y en los términos aquí señalados, es necesario enfatizar que el reconocimiento del pluralismo normativo es un auténtico mandato constitucional que no puede obviarse, máxime si, conforme al artículo 38 de la Carta fundamental todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución.

22. Sobre este asunto ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal Constitucional en anteriores ocasiones, precisando que nuestro Estado se caracteriza por el pluralismo jurídico y la diversidad cultural, cuyas diferencias e identidades deben ser respetadas, desde luego, dentro del marco de lo constitucionalmente posible. En este sentido, ha quedado precisado en el caso Zelada Riquelme, STC 02765-2014- PA/TC, que:

> La Constitución de 1993 ha reconocido la existencia de una pluralidad de culturas en el Perú, dotándolas, a todas ellas,

> de similar importancia. En ese sentido, el artículo 2.19 es una clara muestra de que, en el modelo nacional, se respeta la pertenencia a cualquier etnia o cultura, siempre que las mismas se desenvuelvan dentro del marco permitido por la Constitución. Ello, se entiende, va aparejado con el consiguiente reconocimiento de todas las prácticas que la pertenencia a uno de dichos colectivos implica. El propósito de dicha cláusula es reconocer una suerte de derecho a un similar trato. Ello es así porque nuestra Constitución, según se desprende de una interpretación sistemática de todo su articulado, no permite ni mucho menos fomenta políticas de asimilación o de favorecimiento de creencias culturales.
>
> En efecto, como ya se ha reconocido anteriormente en nuestra jurisprudencia, las políticas de asimilación están construidas sobre la base de considerar que existen culturas menos avanzadas que otras, y que, en ese marco, están destinadas a integrarse en una sociedad con mayores ventajas. No es este el caso peruano. De hecho, existen diversas disposiciones constitucionales que incluso fomentan y alientan el reconocimiento y las prácticas de distintas culturas y etnias. (fundamentos 14 y15)

23. En el sentido indicado, además, la coexistencia de diversos ordenamientos, y de distintas cosmovisiones, no puede ser entendida solo como una mera "aceptación" o "tolerancia" de lo que la mayoría considera diferente e incluso subordinado, con base en lo que esta cultura considere que es el contenido de la Constitución o los de derechos. La cuestión es mucho más compleja, pues como este Tribunal ha reconocido, "la fórmula del Estado Constitucional, permite la convivencia de distintas creencias en los espacios públicos"; pero con la precisión de que ello "no implica solamente el deber de 'resistir' las creencias ajenas, sino que también involucra la idea de evitar absolutizar nuestras propias creencias en desmedro de las demás" (STC 02765-2014-PA/TC, fundamento 9).

24. De este modo, si bien bajo el nombre "Constitución multicultural" en nuestra jurisprudencia se ha hecho referencia a la existencia y al reconocimiento constitucional de nuestra diversidad cultural, es necesario esclarecer que la relación entre la culturas debe darse como expresión de un "constitucionalismo intercultural", el cual implica

que ninguna cultura o cosmovisión puede debe ser menospreciada o considerarse subordinada a otras, pues en el marco de nuestro Estado Constitucional se partimos más bien de "un sistema de carácter dialógico en el que las distintas creencias y culturas tienen algo que aportar" (STC 02765-2014-PA/TC, fundamento 8). Precisamente, este "enfoque intercultural" ha sido recientemente acogido y establecido como doctrina jurisprudencial en la STC 0367-2016-PHC/TC, fundamento 44, donde se acogen los parámetros del "Protocolo de atención y orientación legal con enfoque intercultural dirigido a funcionarios del sistema estatal de justicia".

25. Señalado esto, es necesario expresar asimismo que, conforme lo prescribe el artículo 149 de la Constitución, el límite impuesto a la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas es el respeto a los derechos fundamentales. Sobre esta exigencia constitucional, considera el Tribunal que es necesario realizar una precisión en torno al significado o la forma en la que deben entenderse los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción comunal, con el objeto de eliminar cualquier sospecha de imposición cultural hacia las diferentes comunidades campesinas y nativas, las cuales están facultadas a resolver sus conflictos intersubjetivos aplicando el Derecho consuetudinario. Se alega el hecho que a los derechos fundamentales en las sociedades occidentales le subyace una particular concepción o cosmovisión (por ejemplo, de matriz liberal y antropocéntrica), que puede ser diferente a aquella que sustenta las prácticas de las comunidades originarias o campesinas (que, por ejemplo, podría estar orientada a la comunidad o ser biocéntrica).

26. Lo que debe quedar claro que los grupos minoritarios que forman parte de un Estado Constitucional, si bien es cierto pueden no compartir plenamente la cosmovisión o las concepciones de justicia mayoritaria, aquello no impide que, en el marco de la diversidad, tengan que sentirse identificados con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. De ahí que, a fin de conciliar esta situación, es decir, de mantener unida y a una sociedad plural en torno a la *ley fundamental,* es necesario que los derechos fundamentales recogidos en ella, cuya titularidad corresponde a todas las personas sin distinción, sean considerados como acuerdos iniciales de moralidad, donde la configuración de su contenido no está finalizada y es permeable a las exigencias de una realidad plural.

27. Y es que solo una Constitución consciente de que la diversidad como hecho forma parte de la realidad social que ordena, garantiza la promoción de una concepción de los derechos fundamentales como acuerdos iniciales y no acabados, receptivos de distintas pretensiones de moralidad para incorporarlas a su contenido normativo. Y esto es posible porque en un Estado constitucional, promotor de una Constitución viviente (cfr. STC 00048-2004-AI/TC, fundamento 10), no hay cabida para atribuirle un sentido absoluto y, sobre todo, estático a los derechos fundamentales.

3.3. Relaciones entre la jurisdicción ordinaria y jurisdicción comunal desde el enfoque intercultural y de respeto a los derechos fundamentales

28. Como ha sido indicado ya, y con base en el artículo 149 de la Constitución, se establece como límite para la justicia comunal o indígena a los derechos fundamentales. Ciertamente, con base en nuestro constitucionalismo, este es un límite general para todos, tanto para los poderes públicos como para los particulares

29. A pesar de lo recién señalado, es necesario destacar el hecho de que considerar sin más como un límite para la jurisdicción indígena a los derechos fundamentales, de modo genérico y sin mayor precisión, obvia que tanto la extensión como el contenido de estos derechos son una cuestión controvertida, incluso en aquellos Estados Constitucionales que tienen bases históricas y justificativas en común. En efecto, ello ha ocurrido y sigue ocurriendo frente a cuestiones tan esenciales como los alcances de la libertad de expresión, la interrupción voluntaria del embarazo, la libertad religiosa, o la eutanasia (y la asistencia al suicidio). Estos temas ponen al descubierto que los derechos fundamentales, independientemente de nuestras simpatías o antipatías, pueden en distintos contextos significar o ser comprendidos como cosas diferentes. Ello incluso puede ocurrir en sociedades con cosmovisiones similares y del todo compatibles.

30. Si esto es así con respecto de sociedades con culturas o cosmovisiones concurrentes o compatibles, la cuestión planteada resulta más evidente frente a sociedades con cosmovisiones distintas y no necesariamente homologables en términos axiológicos, como es el caso de muchas comunidades originarias, indígenas y campesinas del Perú. Siendo así, es necesario esclarecer de qué modo los derechos

fundamentales constituyen un límite a la labor de la justicia comunal. Ello en el marco de una sociedad plural como la nuestra, y que debe partir de un enfoque intercultural.

31. Señalado todo esto, es momento de avanzar entonces en la determinación de cuáles serían las formas de relación entre la jurisdicción ordinaria y consuetudinaria sobre la base del artículo 149 de la Constitución, así como a la vinculación entre los derechos fundamentales y el ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria.

32. Al respecto, en primer lugar, es necesario precisar que la formulación de reglas estrictas y abstractas sobre cómo resolver los conflictos entre el ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria y los derechos fundamentales, no resultaría una buena respuesta para la cuestión que se formula, debido a que los patrones culturales conforme a los cuales se rige cada comunidad van variando entre ellas. Siendo así, juzgar determinada conducta a la luz de una regla general puede terminar marginando las prácticas que legítimamente puede establecer una comunidad o, por el contrario, pueda terminar avalándose decisiones que resultan inaceptables en términos constitucionales. Siendo así, es mucho más conveniente que estos conflictos sean evaluados caso por caso, sobre la base de principios que esclarezcan la solución del supuesto a analizar.

33. En segundo lugar, es claro que existen ciertos mínimos que la jurisdicción indígena no puede sobrepasar, que es la idea que subyace a la jurisprudencia contenida en la STC 02765-2014-PA/TC, caso Zelada Riquelme. La cuestión entonces es establecer, sabiendo que dichos límites no tienen la forma de reglas fijas, cuáles son tales linderos. Al respecto, es claro que un límite explicitado por nuestra Norma fundamental y la jurisprudencia de este órgano colegiado para la actuación de la jurisdicción comunal son el conjunto de bienes y valores constitucionales y, de manera más específica, los derechos fundamentales. Sin embargo, como también ha sido precisado, afirmar sin más que "los derechos" son un límite no ayuda a solucionar el problema, sino que se requieren respuestas bastante más complejas. Ese tipo de respuestas complejas están, por ejemplo, la que se han ido construyendo en los constitucionalismos colombiano (modelo del núcleo intangibilidad iusfundamental o de revisión iusfundamental estricta), boliviano (que partía de un modelo de

separación, que ha sido luego modificado) y ecuatoriano (modelo de revisión iusfundamental con diálogo intercultural), que tienen una realidad culturalmente rica y compleja similar a la nuestra.

34. En este orden de ideas, una forma adecuada de abordar las relaciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción consuetudinaria es a partir de criterios que permitan afirmar los derechos en clave pluralista y, más aun, de diálogo intercultural. Este es el enfoque asumido recientemente con calidad de doctrina jurisprudencial en la STC 00367-2016-PHC/TC, caso Ríos Silvano. De esta forma, no es a través de la imposición de una lista estandarizada y hegemonizante que el referido diálogo resultará promovido, sino a través de criterios que, afirmando contenidos básicos exigibles en cualquier contexto y directamente relacionados con los derechos fundamentales y su justificación, no conlleven al sometimiento a valores o bienes válidos única o privilegiadamente para una sola de las culturas que se interrelaciona.

35. Señalado esto, y en el marco de la jurisprudencia previa de este órgano colegiado (v. gr. STC 02765-2014-PA/TC, caso Zelada Riquelme, y STC 00367-2016- PHC/TC, caso Ríos Silvano, entre otros casos), este Tribunal explicita que los criterios o principios del diálogo jurisdiccional intercultural, que, en adelante, deberán tomarse en cuenta como parámetro, tanto a nivel del proceso como de la materia sustantiva discutida o resuelta por la jurisdicción comunal, son los siguientes:

    - *Principio de indemnidad*, que alude a la existencia de algunos ámbitos iusfundamentales indisponibles en el marco del ejercicio de toda potestad jurisdiccional. Así, si bien es claro que al ejercer la jurisdicción es posible restringir algunos derechos de los involucrados; sin embargo, esas restricciones no pueden ser tan drásticas que avalen, por ejemplo, la pura dañosidad sin propósito, la disposición total de la vida humana o de su cuerpo, la violencia física o coacción para lograr algún fin del proceso, etc.

    - *Principio de justificación*, que se refiere a la necesidad de brindar razones mínimas que justifiquen la respuesta social que se brinda a una conducta o acto. Esto es así, porque en ningún caso el ejercicio arbitrario del poder puede ser considerado

como mínimamente justo o respetuoso de derechos. De esta manera, se proscribe el ejercicio arbitrario de las funciones de regulación social y resolución de controversias, las decisiones sin motivación o basadas en el mero poder institucional, la construcción despótica (y no dialógica) de las normas de conducta y los procesos de sanción, etc.

- *Principio de reconocimiento*; que a su vez puede dividirse en *reconocimiento intersubjetivo*, conforme al cual en el marco de un proceso toda persona debe ser tratada como un semejante en cuanto a derechos y consideración, como un prójimo y no como un enemigo o alguien ser menor valía; *reconocimiento intercultural*, que se refiere al deber de los órganos resolutores de aproximarse respetuosa y empáticamente a cualquier cosmovisión, sistema axiológico o cultura ajenos, tomando en serio sus postulados; y *reconocimiento complejo*, que implica comprender y valorar debidamente, en el marco de la resolución de controversias, que las identidades de las personas son múltiples y que pueden ocurrir situaciones de tensión entre estas y entre las cosmovisiones implicadas, que algunas de las identidades involucradas pueden merecer una atención especial o protección reforzada al estar vinculadas con situaciones de vulnerabilidad o dominación (como es el caso de las comunidades nativas y campesinas, pero también el caso de las niñas y niños, las mujeres, las minorías sexuales, etc.; además de los supuestos de discriminación múltiple), y que la respuesta a tales casos complejos no puede darse solo atendiendo a una de las identidades o cosmovisiones involucradas en el caso, ni desatendiendo a la situación de vulnerabilidad o postergación histórica de las partes involucradas.

- *Principio de rehabilitación*, conforme al cual debe considerarse que, a bases culturales o axiológicas distintas, puede corresponder asimismo formas diferentes de procesar o resolver las controversias sociales, a las que no cabe menospreciar o descalificar *prima facie*. En este sentido, es menester considerar que los paradigmas compensatorios y retributivos no son los únicos (y tal vez tampoco los mejores) desde los que debe resolverse los conflictos sociales o que permiten cumplir los fines constitucionales de la pena. Vale la pena, pues, estar abierto a otras posibles otras formas de procesar las faltas u ofensas sociales, como las

que provienen de idiosincrasias culturales diferentes (como es el caso, por ejemplo, de las orientaciones restaurativas y de mediación, que pueden apreciarse en contextos de pluralismo cultural).

36. En este sentido, las entidades y los jueces competentes al abordar estas cuestiones requieren, como presupuesto indispensable, de apertura y sentido crítico para evaluar debidamente, conforme a la Constitución y los derechos, los supuestos conflictivos sobre la base del diálogo jurisdiccional intercultural. Asimismo, los actores involucrados deben tomar las medidas necesarias para asegurar la más fiel comprensión del contexto cultural, las normas y los procesos de las comunidades, lo que debe incluir cuando sea pertinente el uso de peritajes antropológicos.

3.4. Sobre el rol de las rondas campesinas en la jurisdicción indígena conforme a la Constitución

37. En el mundo andino de nuestro país, las rondas campesinas se constituyen como uno de los actores más gravitantes, dado su rol original de garantes de la seguridad comunal frente a la delincuencia, así como por su tarea de impartir justicia básica.

38. En el año 1976, en las provincias de Chota y Hualgayoc, región Cajamarca, aparecieron las primeras rondas campesinas. Nacieron como una respuesta organizada de los comuneros de aquellas zonas ante la acción delictiva de bandas de abigeos que asolaban sus comunidades y caseríos, afectando sus bienes, su salud y su vida. La difusión sobre la eficacia de las acciones ronderas para garantizar la seguridad de la población comunal, motivó que esta experiencia se replique rápidamente en otras provincias y regiones del país, toda vez que el problema socio- delictivo que los aquejaba recibía una respuesta mínima o casi nula de parte de las autoridades estatales[343].

39. Sin embargo, fue mucho tiempo después, exactamente en el año 1986, a través de la Ley 24571, que se reconoció por primera vez la existencia legal de las rondas campesinas. Este, y otros intentos

34 Cfr. Laos Fernández, Alejandro; Rodríguez Gómez, Edgardo; Paredes Diez Canseco, Pastor y César Rodríguez (2009) *Rondando por nuestra ley*. Segunda edición. Lima: Asociación Servicios Educativos Rurales y Red Interamericana para la Democracia, p. 24.

legislativos posteriores que abonaban a formalizar su existencia y precisar sus funciones, no fueron los más pertinentes en cuanto a la delimitación de su verdadera labor. Fue recién con la aprobación de la Ley 27908, Ley de rondas campesinas publicada el 7 de enero de 2003 en el diario oficial *El Peruano,* y su reglamento establecido mediante Decreto Supremo 025-2003-JUS, que fuera publicado en diciembre del mismo año, que se alcanzó una regulación más precisa en lo que a sus competencias se refiere.

40. Así, conforme al artículo 1 de la Ley 27908, las rondas campesinas tienen personalidad jurídica y son reconocidas como una forma autónoma y democrática de organización comunal; pueden establecer interlocución con el Estado; apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas; colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. La misma Ley 27908 dispone que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y a las comunidades campesinas y nativas son extensivos a las rondas campesinas en lo que les corresponda y favorezca. En tanto que el artículo 13 del Reglamento, Decreto Supremo 025-2003-JUS, precisa que las rondas campesinas, con base en las costumbres de la comunidad campesina, comunidad nativa, caserío u otro centro poblado al que pertenecen, pueden intervenir en la solución de conflictos que se susciten entre miembros de la comunidad u otros externos, dentro de su ámbito territorial, mediante actuaciones que serán registradas en el libro de ocurrencias que se lleva para tal efecto, el mismo que será legalizado por el juez de paz de la jurisdicción correspondiente. Se dejó para el final lo más importante: que los acuerdos adoptados deben respetar los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio OIT 169, la Constitución y las leyes.

41. De la interpretación de la Ley 27908, así como de su reglamento citado, se puede concluir válidamente que el legislador ha reconocido la competencia jurisdiccional a las rondas campesinas, imponiéndoles el mismo límite que condiciona la autonomía de la función jurisdiccional ejercida por las comunidades campesinas y nativas, esto es, el respeto a los derechos fundamentales, siempre en los términos que han sido desarrollados *supra* (en el fundamento 35).

42. Este Tribunal considera que lo dispuesto por la Ley 27908 y su reglamento no colisiona con el artículo 149 de la Constitución. En efecto, cuando esta disposición admite la posibilidad de que las comunidades campesinas y nativas impartan justicia apoyándose en las rondas campesinas, no cierra la posibilidad de que estas rondas actúen independientemente o complementando la labor realizada por aquellas. En este sentido, la Defensoría del Pueblo ha señalado por ejemplo que esto puede darse "en razón de ser expresión de la institucionalidad campesina en las zonas donde ésta no se tradujo en comunidades con uso comunal de la tierra", por lo que en dicho supuesto sería claro que les correspondería ejercer funciones jurisdiccionales[35].

43. Y no podría ser de otra manera porque entender lo contrario supondría tener que colocarse de espaldas a la realidad comunal, es decir, a una situación de hecho imposible de eludir como es la impartición de justicia que vienen realizando desde hace varias décadas las rondas campesinas. Como ya se ha dicho, la Constitución viviente del Estado constitucional incorpora a la realidad social a fin de darle contenido al Derecho que regula. En este sentido, cuando se hace alusión a la jurisdicción comunal, hay que entender que esta se encuentra referida a la labor jurisdiccional que, de manera independiente o complementaria, desarrollan las comunidades campesinas y nativas, así como las rondas campesinas.

3.5. Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa, a propósito del mandato constitucional establecido en el artículo 149 referido a la aprobación de una ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria

44. El constituyente de 1993 dejó establecido en su artículo 149 un claro mandato constitucional dirigido al legislador, consistente en aprobar una ley reguladora de las distintas formas de coordinación que se pueden establecer entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, con el objeto de: (i) consolidar el pluralismo

35 Defensoría del Pueblo (2004) *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas. Compendio de normas y jurisprudencia. Defensoría del Pueblo: Lima,* p. 18. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2005/rondas_campesinas.pdf> [Última consulta: 17 de enero de 2021].

jurídico, (ii) promover el desarrollo de una justicia intercultural (tal como fue señalado, la existencia de distintos órdenes jurídicos y de una jurisdicción especial como es la indígena, que goza de autonomía y difiere de la jurisdicción ordinaria, no impide un intercambio de prácticas jurisdiccionales a fin de retroalimentarse de las experiencias en aras de impartir correctamente justicia) y, qué duda cabe, (iii) para otorgar una debida tutela jurisdiccional a cualquier peruano indígena que la solicite. Sin embargo, han pasado 27 años desde que entró en vigor nuestra Constitución y el legislador aún no ha cumplido dicho mandato constitucional.

45. Las omisiones legislativas, como ya señaló este mismo Tribunal Constitucional, están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene siendo exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamental (cfr. STC 0006-2008- AI/TC, fundamento 42).

46. Si bien es cierto la ausencia de una ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria no ha impedido que en el transcurso de estos años muchas comunidades del país hayan impartido justicia apelando a sus costumbres y a las reglas de su propia cultura; así como tampoco ha evitado que hayan entablado algún tipo de relación con autoridades del Poder Judicial, del Ministerio Público e, incluso, de la Policía Nacional para la resolución de sus controversias. Ello fue lo que ocurrió en el presente caso, pues los demandantes convocaron a la Fiscalía y a la Policía para que asistan a la asamblea. Ahora bien, la existencia de toda esta realidad no releva al Congreso de la República para que en un plazo perentorio apruebe de una vez la ley de coordinación que ordena el artículo 149 de la Constitución. Su conducta omisiva configura una clara situación de inconstitucionalidad por incumplimiento de un mandato constitucional (artículo 38), lo que genera, en consecuencia, una vulneración a la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas del país y de las rondas campesinas.

47. En tal sentido, este Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República para que, en un plazo no mayor a dos años contado a partir de la expedición de la presente sentencia, publique la ley de

coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tal como ordena el artículo 149 de la Constitución peruana vigente. Al respecto, este órgano colegiado considera que el calendario electoral, así como la instalación de un nuevo Congreso a partir del mes de julio de 2021, tornan razonable el plazo señalado para cumplir con la labor legislativa orientada a la aprobación de la ley.

48. Para esta labor, el Tribunal considera que el Congreso de la República debe realizar mesas de diálogo en las que participen autoridades jurisdiccionales indígenas (el derecho a la consulta previa que estas titularizan así lo exige, con lo cual el Congreso debe hacer el esfuerzo por convocar a los representantes de todas las Comunidades del país), autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, órganos constitucionales autónomos, el foro académico y distintas organizaciones civiles cuyo campo de acción tenga relación con la temática de la jurisdicción indígena. Ello con el propósito de intercambiar ideas técnicas y nutrirse de la experiencia, así como de los resultados de las diferentes investigaciones y estudios que las instituciones estatales, la academia y organizaciones privadas, hayan podido realizar en torno a la justicia indígena de nuestro país.

4. ANÁLISIS DEL CASO

49. Los demandantes alegan que las decisiones del Ministerio Público y el proceso penal seguido en su contra significan una invasión a la autonomía jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas, así como a las rondas campesinas, toda vez que conforme a lo prescrito por el artículo 149 de la Constitución tienen plenas facultades para investigar y castigar, de acuerdo a sus costumbres y cultura, a los responsables de la muerte del comunero don Fredy Sanga Condemayta. En ese sentido, consideran que los órganos fiscales y judiciales emplazados no pueden criminalizar las conductas ejercidas en el marco de su función jurisdiccional, porque ello supone una injerencia en sus competencias.

50. Los demandantes además refieren que con fecha 7 de junio de 2015, don Wilbert Grimaldo Sanga Condemayta solicitó a don Francisco Rojas Condemayta que, en su condición de presidente de la Ronda Campesina de la Comunidad de Ccollana, realice una investigación

sobre el fallecimiento de su hermano, denunciando como supuestos autores a los comuneros don Máximo Quispe Rojas, don Diómedes Quispe Bedoya, don Teodoro Dimas Quispe Champi y don Policarpo Paulino Quispe Champi.

51. En consecuencia, con fecha 20 de junio de 2015, se llevó a cabo una asamblea, en la que se acordó interrogar a los denunciados, y convocar a un encuentro interdistrital de Rondas del distrito de Marcapata, dada la complejidad del caso. Sin embargo, el 22 de junio de 2015 los denunciados don Diómedes Quispe Bedoya y su hijo don Teodoro Dimas Quispe Champi, sintiéndose amenazados en sus derechos por haber sido citados a declarar ante la asamblea, denunciaron a los hoy demandantes ante la Fiscalía de Prevención del Delito de Quispicanchi por la comisión del delito de coacción, solicitando que se impida la realización de la asamblea.

52. No obstante lo expuesto, señalan los demandantes que, en el ejercicio de la autonomía jurisdiccional reconocida a las rondas campesinas conforme a lo prescrito por el artículo 149 de la Constitución, los días 27 y 28 de junio de 2015 se llevó a cabo la asamblea convocada, a la cual se invitó a participar a la Fiscalía y a la Policía Nacional, asistiendo solo esta y algunas autoridades políticas de la localidad. Refieren que, en ella, finalmente, los denunciados declararon ser los responsables de la muerte del comunero don Fredy Sanga Condemayta

53. Del requerimiento acusatorio de fecha 27 de marzo de 2017 (f. 51), emitido por la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi en contra de don Erasmo Apaza Quispe, don Blas Guido Antezana Tapara, don Julián Huamán Quispe, don Francisco Rojas Condemayta y don Wilbert Grimaldo Sanga Condemayta, por considerar que los actos realizados en la asamblea (procedimiento del interrogatorio) llevada a cabo en la plaza de armas de Marcapata los días 27 y 28 de junio de 2015 se configuran como actos de coacción, este Tribunal observa que, de acuerdo a lo afirmado por los denunciantes y contrastado por el Ministerio Público, estos fueron objeto de maltratos a fin de que se declarasen culpables de la muerte del comunero don Fredy Sanga Condemayta. Así también se observa de su denuncia, que catorce ronderos encapuchados los condujeron al río, donde fueron desnudados, empapados con agua, obligados

a realizar ejercicio físico e, incluso, a uno de ellos le jalaron los testículos con soga. Y, de igual forma, se aprecia que, de los reconocimientos médico legales practicados a los denunciantes, se concluyó que presentaban lesiones traumáticas corporales recientes causadas por agentes contundentes que ameritaban entre 4 a 6 días de incapacidad médico legal.

54. En tal sentido, ante afirmaciones marcadamente contradictorias entre las partes, como puede advertirse del requerimiento acusatorio, el Tribunal Constitucional considera que existe una duda razonable sobre si las autoridades ronderas demandantes en el presente amparo, al ejercer su función jurisdiccional, habrían incurrido o no en excesos que ponen en cuestionamiento la legitimidad de su accionar. De ahí que corresponda evaluar si sus conductas pueden ser consideradas o no como delito y, por tanto, pasibles de una sanción penal.

55. La Corte Suprema de Justicia de la República en su Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre de 2009, ha reconocido, con base en el referido enfoque intercultural que tiene base en la Constitución, tal como fue explicado supra, que las rondas campesinas tienen la posibilidad de ejercer justicia comunal. Dicho pronunciamiento, sin duda, tiene un enorme valor en el contexto de lo que aquí se discute.

56. Es importante anotar como el referido Acuerdo Plenario no ha negado la posibilidad de que, eventualmente, los ronderos puedan ser procesados penalmente por incurrir en la comisión de delitos al impartir justicia y, en ese sentido, ha confirmado la competencia de la jurisdicción penal ordinaria para conocer de las imputaciones por la presunta comisión de hechos punibles atribuidos a los ronderos, aplicando la ley penal cuando corresponda.

57. El referido Acuerdo Plenario, sin desconocer el marco de competencias de las rondas campesinas, precisó diversas obligaciones del juez penal al momento de resolver causas penales en dicho ámbito, señalando lo siguiente:

    - En primer lugar, debe evaluarse si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica, en la medida que podría "descarta[se] de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361 CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio

de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152 CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones–" (fundamento 13). En similar sentido, se sostuvo "que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo".

- En segundo lugar, en caso no corresponda al supuesto de atipicidad, se debe analizar si, acaso, existe una causa de justificación; esto último con base en ponderar "los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto" (fundamento 14)

- En tercer lugar, se establece que si en caso que no se descarte la tipicidad ni existe una causa de justificación, debe considerarse el conjunto de factores culturales relacionado con el sujeto procesado. A decir del Acuerdo Plenario, "el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó (la condición de autoridad del rondero incriminado), su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas" (fundamento 15).

- Finalmente, se señala que "Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural" esta sí podría tenerse en cuenta con la finalidad de "atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca" (fundamento 16).

Todas estas consideraciones, por cierto, son perfectamente compatibles con los criterios de justicia intercultural señalados *supra* (fundamento 35) y deben regir la resolución de causas penales en la que se encuentren involucrados los integrantes de las rondas campesinas.

58. En este marco, corresponde señalar entonces que el hecho de que las autoridades comunales o ronderas sean investigadas y procesadas penalmente por incurrir en la supuesta comisión de delitos cuando imparten justicia, no puede ser considerado, *prima facie,* como una injerencia de la jurisdicción ordinaria en la jurisdicción indígena. Ello, porque lo que se discute no es la facultad comunal o rondera para investigar y castigar a las personas que hayan cometido una inconducta social, es decir, para impartir justicia. Esta facultad se encuentra constitucionalmente reconocida y así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en anteriores pronunciamientos, y también ha hecho lo propio en la presente sentencia. Lo que se busca esclarecer es que el ejercicio de esa facultad jurisdiccional por las autoridades comunales o ronderas no haya sido arbitrario, es decir, que no se haya incurrido en conductas que sí merecen una investigación penal y sanción del poder punitivo.

59. Cuando conforme al artículo 149 de la Constitución se reconoce autonomía jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas, esto significa, de un lado, que el constituyente ha reconocido una situación de hecho preexistente a la instauración del Estado peruano como una república democrática, la cual es que en el seno de las comunidades campesinas y nativas se imparta justicia aplicando el derecho consuetudinario; pero, de otro lado, también significa que el poder jurisdiccional ha sido repartido entre los diferentes órganos que ejercen función jurisdiccional en el Estado, según lo establecido por la Constitución. En el orden de ideas ya señalado, las comunidades campesinas y nativas, así como eventualmente las rondas campesinas, ejercen función jurisdiccional y, en ese sentido, al igual que los jueces y juezas ordinarios, las conductas que desplieguen en el ejercicio del cargo pueden ser objeto de control estatal, sin que ello suponga una injerencia en sus competencias.

60. En tal sentido, la alegada injerencia de parte de la judicatura ordinaria en las funciones jurisdiccionales de las autoridades ronderas demandantes no es tal. La controversia penal subyacente al amparo bajo análisis, solo tiene por objeto descartar o confirmar que la conducta de los demandantes sea imputable penalmente o no. En ese sentido, la vulneración a la autonomía jurisdiccional invocada queda descartada.

61. Sin perjuicio de lo anteriormente planteado, es imprescindible tener en cuenta que tanto la actuación del Ministerio Público, como de la judicatura ordinaria penal en el ámbito del Poder Judicial, deben observar escrupulosamente los criterios de justicia intercultural establecidos por este Tribunal. En este sentido, deberá observarse los criterios establecidos en esta sentencia, así como, en lo que corresponda, la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 00367-2016- PHC/TC, fundamento 44.

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. Exhortar al Congreso de la República para que, en un plazo no mayor a dos años contado a partir de la expedición de la presente sentencia, publique la ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tal como ordena el artículo 149 de la Constitución. El control de esta exhortación estará a cargo de la Comisión de Supervisión y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto para realizar la siguiente precisión:

Coincidimos con la ponencia en el sentido que la demanda resulta infundada porque la controversia penal subyacente al amparo, solo tiene por objeto descartar o confirmar que la conducta de los demandantes sea imputable penalmente o no, y que además advierte la inconstitucionalidad por omisión legislativa referida a la ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.

Sin embargo, nos apartamos de los fundamentos 37 al 43 debido a que este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente 04417-2016-PHC/TC, en la cual tuve el honor ser magistrado ponente, este Tribunal señaló que solo tienen la atribución de ejercer la jurisdicción comunal las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, otorgándose a las rondas campesinas un rol subsidiario, de apoyo a las autoridades comunales en dicho ejercicio.

Por lo tanto, habiendo aclarado lo referido votamos a favor de que se declare **INFUNDADA** la demanda de amparo y **EXHORTAR** al Congreso de la República para que, en un plazo no mayor a dos años contado a partir de la expedición de la sentencia, publique la ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tal como ordena el artículo 149 de la Constitución. El control de esta exhortación estará a cargo de la Comisión de Supervisión y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional.

Lima, 3 de febrero de 2021

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto, porque si bien comparto lo finalmente resuelto en la ponencia, deseo exponer las siguientes consideraciones:

1. Este Tribunal se ha referido con anterioridad sobre el multiculturalismo como concepto de doble significado: primero, como la descripción u observación de determinada realidad social; y, segundo, como la perspectiva de una política de Estado que se realiza en base al reconocimiento de tal realidad, el cual pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. En ese sentido, lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes.

2. En ese sentido, el objetivo del Estado Constitucional y pluralista propone una posición tolerante y de respeto en cuanto a la identidad de las distintas personas, como también de la protección, reafirmación y promoción de las costumbres y manifestaciones culturales que forme parte de dicha diversidad y pluralismo cultural. Sin perjuicio a ello, todo lo dicho encuentra como límite el respecto a los derechos fundamentales, los principios constituciones y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad, la forma democrática de Gobierno y la economía social de mercado.

3. En lo que al caso en concreto respecta, el artículo 149 de la Constitución es bastante preciso, indicando que "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la

persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial." Por tanto, la jurisdicción comunal goza de una protección reconocible a nivel constitucional, como se ha desarrollado sostenidamente por este Tribunal.

4. Por lo dicho, si bien es menester encontrar una conciliación entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción ordinaria, la misma no puede ser determinada con reglas específicas y cerradas, encasillando la enorme complejidad que yace alrededor de las diversas costumbres y entendimientos con las que cuentan las comunidades campesinas y nativas. Ello, en tanto que debe existir un análisis de cada comunidad y la manera en como expresan su diversidad, como el grado de contacto (o no) que tienen con la población mayoritaria.

5. Sin embargo, en el presente caso, no se encuentra presente alguna injerencia por parte de la justicia ordinaria de relevancia constitucional, y por lo mismo, no encuentro vulneración al bien constitucional protegido en el artículo 149 de la Constitución.

Por todo lo expuesto, considero que la presente demanda debe ser declarada **INFUNDADA** la demanda.

S.

RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por lo siguiente:

La demanda de amparo pretende la nulidad de las disposiciones fiscales que dieron origen al proceso penal seguido en contra de los recurrentes por la presunta comisión del delito de coacción (Expediente 00105-2016-88-1014-JR-PE-01). Se alega la vulneración a la autonomía jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas, y en particular, a las rondas campesinas.

Aunque la demanda ha sido rechazada liminarmente por las instancias previas, en autos existe la información necesaria para emitir pronunciamiento sobre el fondo de la *litis*, por lo que en aplicación de los principios de economía y celeridad procesal, debe emitirse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Los demandantes consideran que, conforme a lo prescrito por el artículo 149 de la Constitución, tenían competencia para investigar y castigar a los responsables de la muerte del comunero don Fredy Sanga Condemayta. Este hecho fue denunciado por el hermano de la víctima el 7 de junio de 2015, ante la Ronda Campesina de la Comunidad de Ccollana, identificando como responsables del mismo a los comuneros Máximo Quispe Rojas, Diómedes Quispe Bedoya, Teodoro Dimas Quispe Champi y Policarpo Paulino Quispe Champi.

Conforme al requerimiento acusatorio de 27 de marzo de 2017 (f. 51), formulado por la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Quispicanchi en contra de Erasmo Apaza Quispe, Blas Guido Antezana Tapara, Julián Huamán Quispe, Francisco Rojas Condemayta y Wilbert Grimaldo Sanga Condemayta, los actos realizados en la asamblea celebrada en la plaza de armas de Marcapata los días 27 y 28 de junio de 2015, constituyen actos de coacción, pues los denunciados fueron maltratados para que se declaren culpables de la muerte del comunero Fredy Sanga Condemayta (fueron llevados al río, obligados a desnudarse, a realizar

ejercicio físico e, incluso, a uno de ellos le jalaron los testículos con una soga). Los estudios médico legales practicados a los denunciantes acreditan la existencia de lesiones corporales recientes causadas por agentes contundentes (4 a 6 días de incapacidad médico legal).

Sobre la justicia comunal, el artículo 149 de la Constitución contiene una regla para delimitar su ámbito:

> Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

Así, la Constitución determina expresamente que las rondas campesinas solo prestan apoyo y, no administran justicia comunal.

Por ello, dada la falta de competencia que tienen las rondas campesinas para administrar justicia comunal y atendiendo a las lesiones y maltratos que se causaron a diversos comuneros, corresponde que la justicia penal ordinaria investigue si los actos imputados a los dirigentes de las rondas campesinas constituyen delito.

Por estas razones, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Me adhiero al voto singular del Magistrado Sardón de Taboada por los fundamentos que en él se expresan y a los cuales me remito como parte del presente voto. En tal sentido, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

S.

BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 274/2021
EXP. N.° 04382-2019-PA/TC
LIMA
LAN PERÚ S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de febrero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, 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. Sin la participación del magistrado Blume Fortini por encontrarse de licencia el día de la audiencia pública.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por LAN Perú S.A. contra la resolución de fojas 172, de fecha 5 de septiembre de 2019, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de julio de 2013, LAN Perú S.A. interpone demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Solicita la inaplicación de la norma contenida en el numeral 66.7 del artículo 66 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, modificado por Ley 30046. Alega que la referida norma es una de carácter autoaplicativo que obliga al transporte aéreo nacional a realizar la transferencia o endoso de boletos y a la postergación de fecha de los mismos; además de que prohíbe pactar que, en los servicios de ida y vuelta o tramos sucesivos, se cancele el tramo de retorno o tramos posteriores si el pasajero no vuela el tramo inicial o tramos anteriores; todo ello a pesar de que el usuario del servicio haya sido debidamente informado sobre las condiciones particulares del

servicio que se le ofrece y de que lo hubiera aceptado de manera expresa, ya sea por considerar que le resulta beneficioso para sus intereses o porque le permite acceder a precios promocionales. Aduce la vulneración de su derecho a la libertad de contratación.

Con fecha 26 de agosto de 2016, el Indecopi contesta la demanda manifestando que la norma cuestionada no prohíbe, limita o recorta a la libertad de contratación; por el contrario, incentiva el comercio en el mercado, pues equipara una situación de asimetría de las aerolíneas frente a los consumidores, y acerca a los consumidores con sus proveedores a fin que el mercado pueda crecer y desarrollarse con las menores distorsiones posibles. Puntualiza que es por ello que la norma cuestionada fue emitida en el marco de una economía social de mercado, que ha de estar asentada sobre la a base de una relación más equitativa entre consumidores y proveedores.

El Sétimo Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 9, de fecha 22 de septiembre de 2017, declaró infundada la demanda, pues, a su juicio, por la naturaleza de la actividad desarrollada por la parte demandante, esta debe utilizar contratos por adhesión, en vista de la gran demanda que existe con respecto a la venta de pasajes aéreos; que, sin embargo, dicha situación no es óbice para que el Estado, en ejercicio del principio pro consumidor, pueda crear normas jurídicas que persigan alcanzar una situación de igualdad entre la empresa demandante y los consumidores, y así reducir la posición de ventaja que tiene la prestadora de servicios como autora de los contratos por adhesión; y que el fin constitucional que persigue la corma cuestionada resulta ser superior a la posible lesión del derecho constitucional invocado por el accionante.

Mediante resolución 14, de fecha 5 de septiembre de 2019, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. A través del presente proceso, la entidad demandante solicita la inaplicación de la norma contenida en el numeral 66.7 del artículo 66 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, modificado por Ley 30046, que establece lo siguiente:

> 66.7 Los consumidores del servicio de transporte nacional en cualquier modalidad pueden endosar o transferir la titularidad del servicio adquirido a favor de otro consumidor plenamente identificado o postergar la realización del servicio en las mismas condiciones pactadas, pudiendo ser considerado como parte de pago según lo pactado, debiendo comunicar ello de manera previa y fehaciente al proveedor del servicio con una anticipación no menor a veinticuatro (24) horas de la fecha y hora prevista para la prestación del servicio, asumiendo los gastos únicamente relacionados con la emisión del nuevo boleto, los cuales no deben ser superiores al costo efectivo de dicha emisión. En caso de que el consumidor adquiera boletos de ida y vuelta o boletos para destinos o tramos múltiples y no hiciera uso de alguno de los tramos, tiene el derecho de utilizar los destinos o tramos siguientes, quedando prohibido que los proveedores dejen sin efecto este derecho, salvo que el consumidor cuente con otra reserva o boleto para la misma ruta entre las fechas comprendidas en el boleto cuyo tramo desea preservar. (Resaltado nuestro)

Conviene precisar que a la Ley 30046 no modificó integralmente el párrafo 66.7 del artículo 66 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lo que hace es incorporarle, a su versión original, una oración final (resaltada supra), referida al usuario del servicio de transporte nacional que adquirió boletos de ida y vuelta o boletos para tramos múltiples, como en efecto se precisa en el propio título de la ley.

Se alega que la referida norma vulnera el derecho a la libertad de contratación de la empresa recurrente, lo cual será analizado por este Tribunal Constitucional.

Cuestión procesal previa

Amparo contra normas

2. Este Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha sostenido, que el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución no contiene una prohibición absoluta de cuestionamiento mediante el amparo de las leyes que puedan resultar lesivas en sí mismas de derechos

fundamentales, sino una simple limitación, que pretende impedir que, a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales, se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley, toda vez que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de inconstitucionalidad o el de acción popular, cuyo objeto es precisamente el preservar la condición de la Constitución como ley suprema del Estado (Cfr. Resoluciones 02308-2004-AA/TC y 01535-2006-AA/TC).

3. El Código Procesal Constitucional en su artículo 3 prescribe la procedencia de amparo contra normas; en dicho contexto este Tribunal ha dejado establecido que procede el amparo contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas generadoras de situaciones o efectos jurídicos inmediatos, sin la necesidad de actos concretos de aplicación.

4. Estima este Tribunal que la norma objeto de cuestionamiento corresponde a dichas características. En efecto la norma cuestionada permite a los consumidores del transporte aéreo nacional, a transferir o endosar sus boletos y a postergar la fecha de ellos; además de prohibir pactar que, en los servicios de ida y vuelta o tramos sucesivos, se cancele el tramo de retorno o tramos posteriores si el pasajero no vuela el tramo inicial o tramos anteriores.

   Desde esta perspectiva, la cuestionada norma incide de manera inmediata en la esfera de interés de la empresa demandante, toda vez que, al brindar el servicio de transporte aéreo, le resulta de aplicación inmediata con su sola vigencia. Por lo expuesto, procede realizar un análisis de la presente demanda.

Análisis del caso concreto

5. Respecto a la primera oración, de la norma cuestionada, referida a facultad de los consumidores del servicio de transporte nacional de transferir o endosar sus boletos o postergar su fecha, debe precisarse que el régimen constitucional económico es definido por el Título III de la Constitución, Régimen Económico, particularmente, por su Capítulo I, Principios Generales. El artículo 58, que inicia este capítulo y título, expresa que "[l]a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. La libertad económica es, pues, el principio fundamental del régimen constitucional

económico peruano. Ella permite que los agentes económicos dispongan como deseen de los recursos productivos de su propiedad, incluyendo la posibilidad de intercambiarlos al precio y en las condiciones que su contraparte en el mercado acepte. El carácter subsidiario de la intervención estatal puede darse a través del desarrollo de actividad empresarial, cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 61, o del establecimiento de condiciones contractuales específicas, de protección al consumidor o al usuario, a la luz de lo señalado por el artículo 65.

6. En la Sentencia 00008-2003-AI/TC, este Tribunal ha subrayado el carácter excepcional de la regulación económica y su necesidad de ser justificada. Ella señala que el Estado y "[s]u intervención, en lo que al funcionamiento de regular el mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse". No toda regulación económica -o intervención estatal en el mercado- es, pues, inconstitucional; sin embargo, para no serlo, debe estar debidamente justificada, sobre la base de los criterios indicados por el artículo 65 de la Constitución, el cual establece que "[e]l 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".

7. Se advierte de autos que la empresa recurrente no niega que se pueda transferir o endosar los boletos o postergar la fecha de los mismos; sino, que para ejercer dicha potestad, debe pagarse un precio mayor. Para LAN Perú S.A. quien no tenga esa posibilidad es porque no paga por ella, pues, para ello ofrece una serie de familias tarifarias sustentadas en beneficios diferenciados; sin embargo, para este Tribunal, dichos beneficios no pueden incluir los componentes esenciales del servicio, sino solo los accesorios como, por ejemplo, el poder llevar o no maletas, el poder recibir o no algún alimento, etcétera.

8. En este sentido, la posibilidad de poder viajar (que incluye la transferencia o endoso de boletos y su postergación), al ser un componente esencial del servicio de transporte, no puede ser incluido, por el proveedor del servicio, como un beneficio diferenciado de los diversos precios ofrecidos, pues, el contrato de transporte aéreo es

uno de adhesión, propio de la contratación masiva, en el cual una de las partes determina el contenido del contrato (proveedor del servicio) y la otra se adhiere o no a él; es decir, no puede efectuarse una negociación detallada de las diferentes cláusulas. Los modelos multitarifa pueden sustentarse en beneficios diferenciados de componentes accesorios del contrato (entre otros, la posibilidad y el número de maletas a despacharse en la bodega del avión o la posibilidad de postular a un up-grade de cabina para los pasajeros frecuentes), pero no de sus componentes esenciales. La norma impugnada tiene, pues, asidero en lo dispuesto por el artículo 65 de la Constitución. Esta norma está ubicada dentro del Capítulo I, Principios Generales, del Título III, Régimen Económico, de la Constitución. Por tanto, no vulnera el régimen constitucional económico y si bien limita, efectivamente, el derecho a la libertad de contratación; sin embargo, esta limitación tiene sustento en lo dispuesto por el mismo artículo 65.

9. Resulta importante precisar que en el fundamento 14 de la Sentencia 00028-2010-PI/TC, se expresó que "el artículo 2° [del Decreto de Urgencia 061-2010] interpreta que, de acuerdo al referido Código (numeral 66.7 del artículo 66°), los consumidores de servicios de transporte nacional podrán endosar, transferir o postergar tales servicios siempre que esta posibilidad haya sido previamente pactada entre consumidor y proveedor [libertad de contratación]. Es decir, en ningún caso el Decreto de Urgencia N.° 061-2010 ha alterado el texto del Código de Protección y Defensa del Consumidor como para entender que ha realizado una modificación de éste, sino que sólo ha realizado una interpretación, ciertamente restrictiva, del numeral (…) 66.7 del artículo 66° de dicho Código" (resaltado nuestro). Posteriormente, en el fundamento 16 de la misma sentencia se expuso que "el Decreto de Urgencia N.° 061- 2010 no es una norma que al modificar los artículos 54.1 y 66.7 del referido Código, haya sustituido el texto de aquellos por unos nuevos – los contenidos en el D. U. inconstitucional-, sino constituyen sólo una interpretación (inconstitucional) de éstos" (resaltado nuestro). En consonancia con la mencionada sentencia, interpretar que el endoso, transferencia o postergación del servicio de transporte vulnera el derecho a la libertad de contratación constituye una interpretación inconstitucional restrictiva de los derechos de los consumidores.

Por lo expuesto supra, corresponde declarar infundado el extremo referido a la inaplicación de la facultad de endosar, transferir o postergar el servicio de transporte.

10. Respecto a la segunda oración de la norma cuestionada, referida a la prohibición de pactar que, en los servicios de ida y vuelta o tramos sucesivos, se cancele el tramo de retorno o tramos posteriores si el pasajero no vuela el tramo inicial o tramos anteriores; debe precisarse que dicha oración fue incorporada por el artículo único de la Ley 30046, el cual fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, resuelta mediante la Sentencia 00013-2019- PI/TC, que declaró infundada la demanda, lo cual implica que la constitucionalidad de la referida normativa ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad. En éste se discutió la misma cuestión planteada en el presente proceso de amparo: la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratación, sobre lo cual se expresó que"[l]a norma impugnada limita, efectivamente, el derecho a la libertad de contratación (…). Sin embargo, esta limitación tiene asidero en lo dispuesto por el artículo 65 de la Constitución. Por tanto, en una perspectiva integral de la Constitución, ella resulta constitucional".

11. El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que "[l]os Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad […]". Asimismo, el artículo 82 del mismo Código dispone que "[l]as sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen la autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos […]". Debido a que se solicita la inaplicación de una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, corresponde declarar la improcedencia de este último extremo de la demanda.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que cuestiona la primera oración del numeral 66.7 del Código de Protección y

Defensa del Consumidor, modificado por el artículo único de la Ley 30046, referido al endoso o transferencia de titularidad o postergación de los boletos correspondientes al servicio de transporte nacional.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se cuestiona la oración final del numeral 66.7 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, modificado por el artículo único de la Ley 30046, referido a la prohibición de pactar que, en los servicios de ida y vuelta o tramos sucesivos, se cancele el tramo de retorno o tramos posteriores si el pasajero no vuela el tramo inicial o tramos anteriores.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

Pleno. Sentencia 500/2021
EXP. N.° 00538-2019-PA/TC
LAMBAYEQUE
JUAN RAFAEL VILELA HUAMÁN

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 2 de marzo de 2021, los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que resuelve declarar **FUNDADA en parte** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 00538-2019-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera formularon fundamentos de voto.

Los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares declarando infundada la demanda de amparo.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto y que será entregado en fecha posterior.

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 2 días del mes de marzo de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia, y con el abocamiento de los magistrados Sardón de Taboada 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, 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 don Juan Rafael Vilela Huamán contra la resolución de fojas 174, de fecha 10 de diciembre de 2018, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 15 de marzo de 2018, don Juan Rafael Vilela Huamán interpone demanda de amparo contra la Institución Educativa Privada Manuel Pardo. El demandante refiere que celebró un contrato de prestación de servicios educativos para el año 2017 para que su menor hija pueda recibir dichos servicios en la referida institución. En el contrato se comprometió a pagar mensualmente la suma de S/. 460.00 (cuatrocientos sesenta soles) por concepto de pensión de enseñanza.

Sin embargo, refiere que por problemas económicos no pudo cumplir regularmente con el pago de las referidas pensiones dentro de las fechas programadas por el colegio. No obstante, señala que el 29 de enero de 2018 realizó el pago de los últimos 4 meses adeudados a fin de poder matricular a su hija en el primer grado de educación primaria.

Señala que en la misma fecha solicitó a la Institución Educativa Privada Manuel Pardo matricular a su hija pero que le negaron la misma. Refiere que, buscando continuar con el proceso de matricular de su hija, acudió en reiteradas oportunidades al centro educativo desde inicios del mes de enero y en ningún momento se le brindó las facilidades del caso para completar la matrícula. El demandante refiere que su hija es alumna regular desde el año 2015 y que es su derecho continuar estudiando.

Don Juan Rafael Vilela Huamán señala que el 30 de enero de 2018 acudió a las oficinas de la UGEL – Chiclayo a fin de que esta realice una intervención ante la negativa del colegio demandado de matricular a su menor hija. Refiere que el 9 de febrero de 2018 se realizó la visita al colegio a cargo de doña Hilda Delicia Cabrejos Rodas, quien se entrevistó con Paul León Salazar (Jefe de Personal). El demandante refiere que el Jefe de Personal señaló que en ningún momento se había negado la matrícula de la niña; que el padre de familia incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado con la institución, generando así su pérdida de vacante. Se le recordó al jefe de personal el numeral 7 de la RM 657-2017. Sin embargo, el jefe de personal persistió en que las vacantes ya habían sido asignadas (fojas 27). Con fecha 6 de marzo de 2018 se realizó una nueva visita con igual resultado (fojas 28).

El demandante también sostiene que el 5 de marzo de 2018 acudió a la Defensoría del Pueblo y se entrevistó con Marilia Flores Idrogo (comisionada de la oficina defensorial de Lambayeque). Ella le informó que como el colegio era privado, no tenían jurisdicción en esos temas. (fojas 28). Por otro lado, señala el recurrente que también acudió a la fiscalía de familia con fecha 8 de marzo de 2018 a fin de denunciar los hechos (fojas 28).

Contestación de la demanda

La Institución Educativa Privada Manuel Pardo, debidamente representada por el padre director Ricardo Cruz Huamán, contesta la demanda rechazándola y solicitando que la misma sea declarada infundada.

La parte demandada señala que se resolvió el contrato con el recurrente debido al no pago oportuno de 7 meses de pensión

correspondientes al año escolar 2017. Refiere que no es posible que el incumplimiento de las obligaciones de los padres de familia para con los hijos sea premiado con una reposición vía amparo o renovación de una matrícula cuando se afecta el principio a la igualdad de condiciones y acceso educativo por cualquier otro aspirante o alumno a la casa de estudios (fojas 89).

La parte emplazada señala demás que los hechos expuestos en este caso fueron materia de dos intervenciones previas. La primera, por parte de la UGEL – Chiclayo producto de la cual se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto contra el Oficio 001693-2018-GRLAMGRED-UGELCHC, de fecha 8 de marzo de 2018, en que dispuso proceder a ratificar la matrícula para el primer grado de primaria de la menor de iniciales M.V.H. La segunda, ante la Fiscalía de Familia (Carpeta Fiscal 76-2018-2da Fiscalía de Familia a cargo de la Fiscal Nadi Núñez Masías) que, mediante Resolución 02/76-MPFN-FPF-CH, de fecha 20 de marzo de 2018, dispuso el archivo definitivo de la denuncia interpuesta por el actor

Finalmente, señala que es totalmente falso lo señalado por el actor con respecto a que solicitó al colegio matricular a su hija con documento de fecha 29 de enero de 2018. Señala que no existe carta, escrito o pedido registrado en el colegio en dicha fecha (fojas 92).

Resolución de primera instancia o grado

Con fecha 31 de julio de 2018, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque declaró infundada la demanda de amparo. Al respecto, se señala que el demandante no cumplió con pagar en el momento oportuno las pensiones, por lo que no se habría vulnerado el derecho a la educación de su menor hija.

Resolución de segunda instancia o grado

Con fecha 10 de diciembre de 2018, la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme se aprecia de autos, el recurrente solicita que la parte emplazada se abstenga de realizar todo tipo de acciones u omisiones que imposibiliten a su menor hija, de iniciales M.V.V.H. ingresar, participar y recibir clases de educación básica regular en la Institución Educativa Privada Manuel Pardo por ser la educación un derecho fundamental.

2. En consecuencia, el demandante solicita que se disponga la reposición al estado de las cosas a la situación anterior de la violación constitucional del derecho fundamental a la educación de su menor hija, declarando el normal ingreso, asistencia y participación de las actividades escolares de la educación básica regular que se llevan a cabo en la institución demandada.

El derecho fundamental a la educación y la obligación de los padres en el proceso educativo

3. El artículo 13 de la Constitución, establece que "[1]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana", mientras que el artículo 14, 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".

4. El derecho a la educación es un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades [Expediente 00091-2005-PA/TC, fundamento 6]. Atendiendo a ello, tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata además de un servicio público.

5. En cuanto a los bienes constitucionales directamente vinculados con el derecho a la educación, la Constitución ha previsto los siguientes: acceso a una educación adecuada (artículo 16), libertad de enseñanza (artículo 13), libre elección del centro docente (artículo

13), respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18).

6. 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/TC, fundamento 6].

7. Por otro lado, es conveniente resaltar que, en lo que respeta al derecho a la educación en instituciones privadas de educación básica regular y su relación con la responsabilidad que tienen los padres y madres de familia de sufragar los costos que el servicio educativo demanda, este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente 03898-2016-PA/TC lo siguiente:

> "30. El establecimiento educativo privado creado como empresa de dimensión social, se constituye entonces, como un medio eficaz para contribuir al interés general, sin ánimo lucrativo, pero con valoración de la iniciativa privada, pues adquiere el compromiso de garantizar la unidad conceptual del servicio educativo y la formación integral de los educandos, en términos de equidad y calidad.
>
> 31. De otro lado, el Tribunal ha sostenido en ocasiones anteriores que la educación no es solo un derecho, sino un auténtico servicio público que explica una de las funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente o a través de terceros (entidades privadas), aunque siempre bajo fiscalización estatal. En la lógica de la finalidad del Estado Constitucional anteriormente mencionada,

es conveniente subrayar la importancia que la educación representa para la persona, así como anotar cuáles son las condiciones que debe promover ese mismo Estado para cumplir con dicha.

32. Conforme a lo anteriormente expuesto, cuando el Estado abre la posibilidad de que determinadas actividades, en principio a él encomendadas, sean llevadas a cabo por particulares (colegios particulares), genera con ello un deber especial de vigilancia y fiscalización del servicio brindado, ya que su cumplimiento no es solo una cuestión concerniente a la entidad privada, sino que guarda especial relación con los fines del propio Estado.

33. Este Tribunal debe recalcar que es obligación de los padres de familia cumplir con el pago puntual de las pensiones acordadas con la institución educativa particular; de no ser así, esta última tampoco puede cumplir efectivamente con las obligaciones contraídas con el personal a su cargo."

El derecho a la educación y el interés superior del niño, niña y adolescente

8. El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Constitución, en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)". Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 25278 publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 de noviembre de 1990 y mediante Ley 25302, del 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión del aludido instrumento internacional [Cfr. Expedientes 04058- 2012-PA/TC y 02132-2008-PA/TC].

9. La mencionada Convención sobre los Derechos del Niño establece, entre otras disposiciones, lo siguiente:

> "Articulo 3 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
>
> Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

10. De esa manera, la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño, niña y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del artículo 4 de la Constitución y a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes [Cfr. Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 11].

11. Sobre el particular, se debe recordar además que "el deber especial de protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo a las entidades públicas, sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por su interés superior, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés" [Expediente 01587-2018-PHC/TC, fundamento 18].

12. En consecuencia, es evidente que el interés superior del niño, niña y adolescente debe ser observado también por las instituciones privadas que prestan servicios educativos. Si bien es cierto que la naturaleza misma de las instituciones educativas privadas hace que los padres o tutores adquieran un rol importante y un compromiso económico para garantizar el acceso y la continuidad del servicio educativo de sus hijos, no es menos cierto que por la magnitud del derecho que se ve involucrado - el de la educación- las instituciones prestadoras de este derecho-servicio deben priorizar el respeto del interés superior del niño, niña y adolescente, adoptando para ello, por ejemplo, procedimientos y medidas que, dentro del marco de lo razonablemente posible, eviten truncar el proceso educativo.

Análisis del caso concreto

13. En el presente caso, este Tribunal advierte que los hechos presentados tanto por la parte demandante como demandada son los siguientes:

a) El demandante, don Juan Rafael Vilela Huamán, celebró un contrato de prestación de servicios educativos para el año 2017 con la Institución Educativa Privada Manuel Pardo a fin de matricular a su menor hija de iniciales M.V.V.H. (inicial de 5 años). En dicho contrato se estipulada que, como contraprestación por el servicio prestado, el padre sufragaría el pago de S/. 460.00 por concepto de matrícula y S/. 460.00 por concepto de pensión de enseñanza que debía abonarse mensualmente (fojas 40). La cláusula 7.3 del referido contrato refiere que no habrá renovación del contrato si es que el padre de familia, tutor legal o apoderado ha observado morosidad en el pago de pensiones durante el año escolar y/o culmine el año escolar 2016 con deuda. En dicho contrato también se estableció el siguiente cronograma de pensiones escolares del año 2017:

MES	DÍA QUE VENCE	DÍA DE PAGO
MARZO	31	1° DE ABRIL
ABRIL	30	1° DE MAYO
MAYO	31	1° DE JUNIO
JUNIO	30	1° DE JULIO
JULIO	31	1° DE AGOSTO
AGOSTO	31	1° DE SETIEMBRE
SETIEMBRE	30	1° DE OCTUBRE
OCTUBRE	31	1° DE NOVIEMBRE
NOVIEMBRE	30	1° DE DICIEMBRE
DICIEMBRE	20	20 DE DICIEMBRE

b) El demandante señala que, debido a problemas económicos, se vio imposibilitado de poder cumplir regularmente con el pago de las pensiones de enseñanza (fojas 27). A fojas 49 del expediente obra la "Consulta de pagos – Año 2017" en el que se puede apreciar que la pensión del mes de junio del año 2017

fue cancelada el 5 de enero de 2018; las de julio y agosto del 2017 fueron canceladas el 10 de enero de 2018, mientras que las pensiones de los meses de setiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2017 fueron candeladas por el demandante el 29 de enero de 2018.

c) A fojas 55, 56, 57 y 59 del expediente obran distintas comunicaciones cursadas por el colegio en las que se recuerda al actor la deuda que mantenía por concepto de pensiones de enseñanza atrasadas en el pago. Con fecha 20 de diciembre de 2017 (fecha del vencimiento de la última pensión de enseñanza del año 2017), la parte emplazada envía una carta notarial al padre de la menor en la que le comunica la resolución del contrato debido a la falta de pagos y se señala además que dispondrán de la vacante (fojas 50).

d) El demandante refiere que mediante escrito de fecha 29 de enero de 2018 solicitó al colegio demandado la matrícula de su menor hija en el primer grado de educación primaria (fojas 27). Por su lado, la parte emplazada asevera que no es cierto que el padre de la menor haya solicitado la matricula con fecha 29 de enero de 2018 tal como refiere, pues no existe carta o escrito registrado en los registros del colegio (fojas 92). El demandante señala que acudió en reiteradas oportunidades al colegio desde el inicio del mes de enero y que en ningún momento le brindaron las facilidades del caso para completar el proceso de matrícula (fojas 27).

e) El demandante refiere que con escrito de fecha 30 de enero de 2018 recurrió a las oficinas de la UGEL – Chiclayo a fin de que se realice una intervención ante la negativa del colegio de matricular a su menor hija (fojas 27). Con fecha 9 de febrero de 2018 se llevó a cabo dicha intervención en el colegio, teniendo como responsable de la visita a Hilda Delicia Cabrejos Rodas, quien se entrevistó con el jefe de personal, Paul León Salazar. El encargado del colegio le manifestó a la responsable de la vista que en ningún momento se había negado la matrícula de la niña; que más bien el padre de familia había incumplido el contrato de prestación de servicios celebrado con la institución y que ello había generado la pérdida de la vacante.

f) Mediante Oficio 001693-2018-GR LAMB/GRED-UGEL. CHIC (2757414-0), de fecha 9 de marzo de 2018, dirigido al colegio demandando, se ordenó que "proceda a ratificar la matrícula para el primer grado de la menor M.V.H. El cual deberá cumplirse en el plazo de 24 horas de notificada la presente." Con fecha 10 de abril de 2018, la Gerencia Regional de Educación del Gobierno Regional de Lambayeque emite la Resolución Gerencial Regional 000486- 2018-GR.LAMB/GRED [2772708 -6] a través de la cual declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por el representante del colegio, ahora demandado, contra el oficio de fecha 9 de marzo de 2018 sobre lo dispuesto de proceder a ratificar la matrícula para el primer grado de primaria de la menor de iniciales M.V.H.

g) Con fecha 20 de marzo de 2018, la Segunda Fiscalía Provincial de Familia de Chiclayo emite Resolución de Archivo Definitivo 02/76-2018-MP-FN-FPF-CH a través de la cual declaró "No ha lugar interponer demanda por la presunta comisión de Actos de Contravención a los Derechos del niño y adolescente contra EL PADRE DIRECTOR RICARDO CRUZ HUAMAN, Director del Colegio Manuel Pardo y ARMANDO PAUL LEON SALAZAR, Jefe de Personal del Colegio Manuel Pardo, en agravio de la menor de iniciales M.V.V.H., en consecuencia ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE la presente investigación" (fojas 69).

14. Tal y como se puede apreciar, la entidad educativa emplazada decidió no renovar la matrícula de la hija del recurrente para el primer grado de educación primaria en el 2018 debido a la demora en los pagos de las pensiones de enseñanza del año 2017. Tal y como se señala en el acápite a) supra, el demandante pudo sufragar el total de la deuda recién el 29 de enero de 2018 cuando, según el cronograma de pago, la última pensión de enseñanza tenía como fecha límite de pago el 20 de diciembre de 2017

15. Por otro lado, no escapa a las apreciaciones de este Tribunal el hecho de que el colegio demandado le haya comunicado al demandante sobre la resolución del contrato por falta de pago y el retiro de vacante el 20 de diciembre de 2017, es decir, el mismo día que se había establecido como límite de pago de la última pensión de

enseñanza, según consta en el contrato de prestación de servicios educativos para el año 2017.

16. Este accionar, a juicio del Tribunal, supone por lo menos un acto carente de razonabilidad, puesto que no es posible que el mismo día que se ha establecido como límite para el pago de la última pensión de enseñanza del año 2017, se le notifique al padre de la menor que su hija ha perdido la vacante por falta de pago, negándosele así la matrícula para el primer grado de primaria en el año 2018.

17. Al respecto, el hecho de que estemos ante una relación contractual de carácter privada, no significa que las partes se encuentren exentas de respetar criterios mínimos que eviten que la relación contractual misma se convierta en lesiva de derechos fundamentales; más aún cuando, como en el presente caso, se encuentra de por medio el derecho a la educación de una menor de edad. Por lo tanto, este Tribunal considera que en el caso de autos si hubo una vulneración del derecho a la educación de la menor de iniciales M.V.V.H., puesto que el accionar fuera de toda razonabilidad por parte de la institución demandada para no renovar la matrícula de la menor, como se ha descrito supra, constituye un acto que se aparta totalmente de la plena observancia de su interés superior.

18. Ahora bien, en el caso de autos el demandante no ha señalado que su hija no haya podido continuar sus estudios en otra institución educativa. Por otro lado, de la consulta en el sistema del Poder Judicial este Tribunal ha podido advertir que mediante Resolución 4, de fecha 9 de abril de 2018 (Exp. 00584-2018-86-1706-JRCI-01), el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque declaró fundada la oposición formulada por la institución educativa demandada contra la medida cautelar otorgada mediante Resolución 1, de fecha 21 de marzo de 2018 y, en consecuencia, dejó sin efecto la misma. Mediante Resolución 3, de fecha 27 de junio de 2018 (Exp. 00584-2018- 19-1706-JR-CI-01), la Primera Sala Especializada Civil de Chiclayo confirmó la Resolución 4 de fecha 9 de abril de 2018.

19. En consecuencia, dado que por los hechos expuestos no es posible retrotraer las cosas al estado anterior a la violación del derecho a la educación de la hija del demandante, este Tribunal considera que lo que corresponde es exhortar a la entidad educativa demandada para

que en el futuro tome en cuenta el interés superior del niño, niña y adolescente a fin de evitar cometer actos como los descritos en la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la educación y del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con los fundamentos 18 y 19 de la presente sentencia.

2. **EXHORTAR** a las autoridades de la Institución Educativa Privada Manuel Pardo a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con los fundamentos 16 y 17 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

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

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la liberad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas[36] . En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción "derechos sociales" tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales[37] .

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

36 MAZZIOTTI, Manlio. "Diritti sociali". En: Enciclopedia del Diritto. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.

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

presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[38] .

- 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, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el parágrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[39] .

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

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

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

obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[40] .

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. Ahora bien, los derechos sociales y sus titularidades tienen ciertas particularidades que en algunos casos hacen que su urgencia sea extrema. Estas situaciones de especial vulnerabilidad se encuentran en los grupos históricamente discriminados, también conocidos como las categorías sospechosas[41]. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental[42], entre otros.

10. 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 las diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional[43] con las diferentes técnicas de

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

41 SABA, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" En: GARGARELLA, Roberto (coordinador). Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 695-742.

42 SMITH CASTRO, Pamela, BURGOS JAEGER, Mariana. "Los debates pendientes en materia de discapacidad, libertad y capacidad jurídica". En: Gaceta Constitucional, Tomo 144, Diciembre 2019, pp. 164-176. Precisamente sobre la discapacidad mental, la jurisprudencia constitucional tiene un largo camino por recorrer, como ya ha sido analizado en: RODRÍGUEZ GAMERO, Marco Alonso. "Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad en las personas con discapacidad mental: una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: Estudios Constitucionales, Vol. 18, Núm. 1, 2020, pp. 145-211.

43 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.

interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

11. Aunada a la idea anterior, encontramos que los derechos sociales al momento de ser judicializados, deben encontrar medidas más sencillas para que puedan ser protegidos, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial[44] o el test de proporcionalidad[45].

EL DERECHO A LA IGUALDAD

12. 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).

13. 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.

14. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación,

---

44 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.

45 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

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).

15. 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.

16. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[46]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

17. 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.

46 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.

18. 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.

19. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[47]:

    i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/ constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

    ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancias entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

    iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

20. 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

47 Ídem, pp. 147-148. 13 Ídem, p. 153.

adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[48].

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN

21. 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).

22. 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".

23. Por su parte, el artículo 26. 2 de la Declaración Universal de Derecho 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.

48 Ídem, p. 153.

24. 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).

25. 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".

26. 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. 14° de la Constitución) que es un valor troncal de nuestro sistema constitucional" (expediente 00017-2008-AI, fundamento jurídico 6).

27. 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**: Concierne 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".

28. 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).

29. 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. 30. 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 por parte de las instituciones educativas particulares, a matricular a los alumnos que no están al día en sus pagos. 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 imparciales[49].

S.

MIRANDA CANALES

49 NINO, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido en el voto de la mayoría, en tanto que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**, en mérito a las razones que se presentan en la ponencia. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, me permito realizar las siguientes consideraciones:

1. En función de los hechos del presente caso, considero necesario referirme al derecho-principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. A estos efectos, quiero empezar recordando al trato que este Tribunal Constitucional les brinda, tanto al referirse a ellos, como a la protección que se les debe.

2. Así, lo primero es precisar que la protección especial que merecen niños, niñas y adolescentes no significa que les pueda considerar como meros objetos de protección; sino, por el contrario, que deben ser entendidos como auténticos sujetos de derechos. En este sentido, la tutela que se les brinda no debe partir tan solo de su situación de debilidad o vulnerabilidad, y, menos aún, tenérseles por incapaces o "menores en situación irregular" (como lo sugiere la doctrina de la "minoridad" o de la "situación irregular"). Por el contrario, su debida protección exige reconocerlas como las personas que son, y se encuentra encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (conforme a la doctrina de la "protección integral").

3. De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes debe considerarse como encaminada a fortalecer y permitir que ellos desplieguen sus capacidades, así como a promover su bienestar; y nunca a su anulación o subordinación. A esto, por cierto, no ayuda el uso del término "menor"–que desafortunadamente este mismo Tribunal ha utilizado de manera frecuente– para hacer referencia a niñas, niños y adolescentes. Considero entonces, en este sentido, que la expresión "menor" debe ser en el futuro erradicada de las decisiones de este órgano colegiado.

4. En cuanto al principio de interés superior del niño[50], conviene anotar que este se encuentra reconocido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En este último artículo se señala que "toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de entidades como el Congreso, el Gobierno, la judicatura ordinaria o Poder Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Es más, la ratificación del valor de la protección y la deferencia interpretativa a favor de niños, niñas y adolescentes ha sido una constante en numerosos pronunciamientos de este mismo Tribunal Constitucional sobre el particular (por ejemplo, en STC Exp. n.° 1817-2009-HC, STC Exp. n.° 4058- 2012- PA, STC Exp. n.° 01821-2013-HC y STC Exp. n.° 4430-2012-HC).

5. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, acertadamente, que el interés superior del niño puede concebirse como un derecho, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento[51]. Efectivamente, ha señalado que es un concepto triple, pudiendo ser:

   "a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

---

50 Solo por simplificación del lenguaje, cuando nos refiramos en adelante al "interés superior del niño" estaremos aludiendo en realidad al interés superior de la niña, el niño y los adolescentes.

51 Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14, párr. 6.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

6. De este modo, de la noción de interés superior del niño se desprende una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes. Ello incluso se impone o debe imponer sobre los derechos de los adultos u otros bienes constitucionales valiosos[52].

7. En este sentido, como ha tenido ocasión de señalar recientemente este Tribunal, este principio "predispone al juzgador, prima facie, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso" (STC Exp. N° 01665-2014-HC, f. j. 21).

52 V. STC Exp. N° 02132-2008-AA, f. j. 10; STC Exp. N° 2079-2009-HC, f. j. 13; STC Exp. N° 02132- 2008-AA, f. j. 10.

8. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Campo Algodonero vs. México (sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009), señaló que:

> "[L]os niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable" (Cfr. fundamento 408)

9. En ese sentido, es evidente que resulta pertinente y perfectamente justificado para los niños y niñas que se propenda a la defensa y protección de sus derechos fundamentales. En el caso sub examine, aquello se encuentra relacionado con el accionar fuera de toda razonabilidad que realizó la institución demandada para no renovar la matrícula de la menor. Y es que aquí la demandada no tomó en cuenta los derechos de la menor para limitar la matrícula, máxime si en el mismo día establecido como fecha límite para el pago de la pensión del mes de diciembre de 2017, se notificó al padre la pérdida de la vacante de la menor por falta de pago.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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 **INFUNDADA**.

El recurrente solicita que la Institución Educativa Privada Manuel Pardo se abstenga de realizar todo tipo de acciones que imposibiliten a su menor hija, de iniciales M.V.V.H. ingresar, participar y recibir clases de educación básica regular por ser la educación un derecho fundamental. Refiere que por problemas económicos no pudo cumplir regularmente con el pago de las pensiones dentro de las fechas programadas por el colegio. No obstante, señala que realizó el pago de los últimos cuatro meses adeudados a fin de poder matricular a su hija en el primer grado de educación primaria, pero que aun así le fue denegado.

Sin embargo, en mi opinión, considero que la demanda debe desestimarse. Conforme al contrato de prestación de servicios suscrito por la institución educativa emplazada y el padre demandante (foja 4), la vigencia del contrato era anual y correspondía al año 2017, siendo renovable por acuerdo entre las partes. Y se señala, además, claramente, que no habría renovación del contrato cuando concurra morosidad del padre de familia en el pago de las pensiones.

Asimismo, según se advierte de los autos, el recurrente nunca pagó a tiempo las pensiones del año 2017 y todas las pensiones, excepto el mes febrero, las pagó con meses de retraso, incluso, todas las pensiones desde el mes de junio de 2017 las pagó recién en enero del "año 2018", con lo cual su situación era manifiesta y no ameritaba la renovación del contrato a efectos de la matrícula de su menor hija.

En ese sentido, no considero que se haya vulnerado los derechos invocados por el recurrente al denegarle la matrícula escolar; en vista que, siendo él un mal pagador, no guarda equilibrio que la justicia constitucional le obligue a la institución educativa asumir el riesgo de futuros incumplimientos, en vista que ello afectaría el financiamiento de la calidad del servicio que se brinda a los demás estudiantes que también integran la emplazada.

Por ello, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S. LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados emito el presente voto singular pues considero que la demanda es infundada, por las siguientes razones.

1. Sobre el caso *sub judice*

La ponencia, en su fundamento 14, reconoce que «la entidad educativa emplazada decidió no renovar la matrícula de la hija del recurrente para el primer grado de educación primaria en el 2018 debido a la demora en los pagos de las pensiones de enseñanza del año 2017. […] [E] l demandante pudo sufragar el total de la deuda recién el 29 de enero de 2018 cuando, según el cronograma de pago, la última pensión de enseñanza tenía como fecha límite de pago el 20 de diciembre de 2017».

La decisión de la demandada de no renovar la matricula se dio al amparo de la cláusula 7.3 del contrato de servicios educativos del año 2017, suscrito con el demandante, conforme al cual «no habrá renovación del contrato si es que el padre de familia, tutor legal o apoderado ha observado morosidad en el pago de pensiones durante el año escolar y/o culmine el año escolar 2016 [sic] [53] con deuda», según indica la propia ponencia en su fundamento 13.a.

La ponencia también precisa los incumplimientos del demandante en el pago de las pensiones: «se puede apreciar que la pensión del mes de junio del año 2017 fue cancelada el 5 de enero de 2018; las de julio y agosto del 2017 fueron canceladas el 10 de enero de 2018, mientras que las pensiones de los meses de setiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2017 fueron candeladas por el demandante el 29 de enero de 2018» (fundamento 13.b).

53 Hay un error material en la ponencia respecto al año, pues, a fojas 7, se puede apreciar que la citada cláusula dice: «[…] y/o culmine el año escolar 2017 con deuda […]».

Al respecto, el intérprete supremo de la Constitución ha tenido oportunidad de decir: «este Tribunal debe recalcar que es obligación de los padres de familia cumplir con el pago puntual de las pensiones acordadas con la institución educativa particular; de no ser así, esta última tampoco puede cumplir efectivamente con las obligaciones contraídas con el personal a su cargo» (sentencia en el expediente 03898-2016-PA/TC, fundamento 33).

Sin embargo, la ponencia declara fundada la demanda pues, según ella, el colegio demandando notificó al demandante la no renovación del contrato por falta de pago y el retiro de la vacante «el 20 de diciembre de 2017, es decir, el mismo día que se había establecido como límite de pago de la última pensión de enseñanza [de 2017]» (fundamento 15). Esto es calificado por la ponencia como «un acto carente de razonabilidad» (fundamento 16). Discrepamos por los siguientes motivos.

Al 20 de diciembre de 2017, el demandante había incumplido con el pago de pensiones desde junio de ese año –según indica la propia ponencia en su fundamento 13.b–, por lo que ya había incurrido en la causal de no renovación del contrato por haber «observado morosidad en el pago de pensiones durante el año escolar», conforme a la cláusula 7.3 del contrato de servicios educativos que suscribió con el colegio demandado, y que la ponencia cita en su fundamento 13.a. Consecuentemente, la actuación del demandado no resultó arbitraria ni irrazonable.

En cualquier caso, si bien la carta notarial que el demandado remite al demandante – donde le comunica la no renovación del contrato y pérdida de la vacante– tiene fecha 20 de diciembre de 2017, ésta fue notificada el 22 DE DICIEMBRE DE 2017, no el 20 de ese mes como indica la ponencia en sus fundamentos 16 y 17.

En efecto, a fojas 50, donde se encuentra dicha carta, puede leerse, manuscrito, lo siguiente:

> Dejo constancia que el documento lo dejo [sic] bajo puerta por ser la 3ra visita y no habiendo encontrado a nadie.
> […]
> **22/12/17**
> [Fdo.] […] Laines
> 41735706
> [énfasis añadido]

Por tanto, si la ponencia considera «un acto carente de razonabilidad» que el demandando notificara al demandante la referida carta notarial el 20 de diciembre de 2017, lo cierto es que eso no ocurrió ese día, sino dos días después.

2. Sobre el servicio educativo

Dichas las razones por las que considero que la demanda es infundada, quisiera ocuparme de algunas expresiones, a mi juicio erradas, contenidas en la ponencia, respecto a la naturaleza constitucional del servicio educativo.

La ponencia (fundamento 7), citando la sentencia recaída en el expediente 03898-2016- PA/TC (que suscribí, pero que aquí reconsidero), dice que la educación es un servicio público que da el Estado directamente «o a través de terceros (entidades privadas)», y que la educación dada a través de colegios particulares es sólo una «posibilidad» que abre el Estado para llevar a cabo actividades educativas «en principio a él encomendadas».

A partir de estas aseveraciones, parecería que la ponencia entiende la educación como un servicio a cargo del Estado, y que éste sólo da a los particulares la «posibilidad» de brindar también este servicio. Este criterio no se condice con nuestro marco constitucional.

Como recordé en mi fundamento de voto en el expediente 00966-2016-PA/TC, el artículo 15 de la Constitución consagra 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».

Entonces, las personas tienen el derecho constitucional de crear instituciones educativas, por lo que no es cierto que el Estado «concede» («abre la posibilidad», dice la ponencia en su fundamento 7) o «delega»[54] en los particulares los servicios educativos.

54 Así se ha dicho (en mi opinión, erróneamente), por el ejemplo, en el fundamento 10 de la sentencia recaída en el expediente 00966-2016-PA/TC: «[…] la educación es también un servicio público. Sin embargo, debido a las dificultades de distinta índole que tiene el Estado para prestarlo, en muchas oportunidades esta responsabilidad ha sido delegada [sic] a entidades privadas».

Y a tal punto para la Constitución la educación privada no es una mera concesión o «posibilidad» que «da» el Estado a los particulares, que, en su artículo 17, le reconoce a ésta el derecho de recibir ayudas económicas estatales, «con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa».

Bajo nuestra Constitución, la «educación es un derecho humano fundamental que garantiza el desarrollo de la persona y la sociedad» (artículo 16 de la Constitución) y, al mismo tiempo, es un servicio.

Dicho servicio es impartido por entidades privadas, pero también por el Estado dado que la educación es una de las áreas donde la Constitución le autoriza a actuar principalmente (cfr. artículo 58).

La diferencia aquí entre públicos y privados radica en que, conforme al artículo 17 de la Constitución, el servicio educativo que imparte el Estado debe ser gratuito y éste debe promover «la creación de centros de educación donde la población los requiera», a fin de que todos puedan recibir servicios educativos al menos en la educación obligatoria (inicial, primaria y secundaria).

Con este marco constitucional, es posible respetar el derecho de los padres «de escoger los centros de educación» para sus hijos (artículo 13 de la Constitución) y que el Perú cumpla las obligaciones contraídas en los incisos 3 y 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se estipula lo siguiente:

> 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
>
> 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza […].

A la vista de todo lo anterior y en mi opinión, no es cierto que el Estado «delega» o «concede» a los particulares prestar servicios

educativos. Toda persona (natural o jurídica) es directamente titular del derecho constitucional de crear instituciones educativas, como diáfanamente reconoce el artículo 15 de la Constitución.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular por lo siguiente:

El 2018, la entidad educativa emplazada decidió no renovar la matrícula de la hija del recurrente para el primer grado de educación primaria debido a la demora en los pagos de las pensiones de enseñanza de 2017. El demandante canceló el total de la deuda recién el 29 de enero de 2018. Sin embargo, según el cronograma de pago pactado, la última pensión de enseñanza tenía como fecha límite de pago el 20 de diciembre de 2017.

El artículo 62 de la Constitución señala:

> 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.

Conforme a la cláusula 7.1 del contrato de prestación de servicios educativos de 2017, suscrito entre las partes, la duración del contrato es anual. La renovación no es automática. La decisión de la demandada de no renovar la matricula se dio al amparo de la cláusula 7.3 conforme a la cual:

> no habrá renovación del contrato si es que el padre de familia, tutor legal o apoderado ha observado morosidad en el pago de pensiones durante el año escolar y/o culmine el año escolar 2017 con deuda.

Es obligación de los padres de familia cumplir con el pago puntual de las pensiones acordadas con la institución educativa particular; pues se trata de un contrato de prestaciones recíprocas. Al 20 de diciembre de 2017, el actor había incumplido con el pago de pensiones desde junio de ese año –según reconoce la propia sentencia de mayoría en su fundamento 13.b–, por lo que incurrió en la causal de no renovación

del contrato por haber "observado morosidad en el pago de pensiones durante el año escolar", conforme a la cláusula 7.3 aludida. Consecuentemente, la actuación del demandado no resultó arbitraria ni irrazonable.

En cualquier caso, si bien la carta notarial remitida al actor –donde le comunica la no renovación del contrato y pérdida de la vacante– es de 20 de diciembre de 2017, ésta fue notificada el 22 de diciembre de 2017 (folios 50), no el 20 de ese mes como indica la sentencia de mayoría. Por tanto, si la sentencia considera "un acto carente de razonabilidad" que el demandado notificara la referida carta notarial el 20 de diciembre de 2017, lo cierto es que eso no ocurrió ese día, sino dos días después.

De otro lado, ante la afirmación en el fundamento 7 de la sentencia de mayoría respecto a que la educación es un servicio público, debo señalar que no existe fundamento constitucional para calificar a la educación de esa manera. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 00014-2014-PI/TC y otros acumulados, el artículo 58 de la Constitución dice:

> el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Desde que la Constitución enumera a la educación junto con los servicios públicos, queda claro que se trata de conceptos distintos. No puede subsumirse uno dentro del otro. La educación no es una industria de redes donde, por razones estructurales, su provisión tenga que estar limitada a pocos ofertantes. En la perspectiva constitucional, múltiples actores pueden y deben participar en la provisión del servicio educativo.

Por consiguiente, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada en parte la demanda, me aparto del fundamento 4 de la sentencia, en cuanto afirma que la educación es un "servicio público".

En tal aserto hay una confusión conceptual, por cuanto dicha visión de la educación no es compatible con el tercer párrafo del artículo 15 de la Constitución Política del Perú, que a la letra señala: "Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley". Es decir, que este es un derecho inherente de toda persona y no un servicio público delegable en el particular, como se sostiene erróneamente en el precitado fundamento.

Es más, el artículo 58 de la Carta Fundamental, distingue claramente a la educación de los servicios públicos cuando preceptúa que: *"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura."*. Es decir, separa ambos conceptos. No los mezcla ni inserta uno dentro del otro.

Además, ello es armónico con el régimen económico consagrado en la Constitución, que asienta el orden económico y el desarrollo nacional en la iniciativa y en la inversión privada, en el marco del pluralismo económico y la libre competencia; orden en el cual el Estado solo tiene un rol promotor e incentivador de la actividad privada, reservándose para sí muy limitadas áreas.

S.

BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 668/2021

Exp. N° 01272-2015-PA/TC
Callao

Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú), representado por Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de mayo de 2021, los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto); y los magistrados Ferrero Costa y Ramos Núñez, quienes votaron en fecha posterior, han emitido la sentencia que resuelve:

> Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, debiendo la demandada proceder con arreglo a lo dispuesto en los fundamentos 41 y 42 supra.

Los magistrados Miranda Canales y Sardón de Taboada emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda de amparo

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini emitió un voto singular declarando improcedente la demanda y que se entregará en fecha posterior.

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 25 días del mes de mayo de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con los abocamientos de los magistrados Ramos Núñez y Ferrero Costa aprobados en las sesiones del Pleno de fechas 22 de agosto de 2017 y 3 de junio de 2021, respectivamente, y con la abstención denegada del magistrado Blume Fortini. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que los magistrados Ferrero Costa y Ramos Núñez votarán en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú) contra la resolución de fojas 110, de fecha 19 de agosto de 2014, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de octubre de 2013 (f. 31), don Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, en representación del IDLADS Perú, presenta demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial del Callao y plantea el siguiente petitorio:

(i) Que se incluya dentro de los requisitos para la aprobación de licencias de instalación de estaciones y antenas de telefonía, en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la demandada, la emisión de un certificado ambiental de la autoridad competente, un estudio predictivo de radiaciones no ionizantes que no superen los límites máximos permisibles, estudio de impacto ambiental, así como el derecho a la participación ciudadana de los habitantes de la zona afectada;

(ii) Que se inaplique el procedimiento 15 de la Subgerencia de Obras Privadas establecida en la Ordenanza Municipal 012-2012-Municipalidad del Callao, al haber incorporado únicamente como requisito –para evitar daño medioambiental y a la salud– una carta de compromiso de prevención, así también, al disponer el silencio administrativo positivo para el otorgamiento de licencias en la instalación de estaciones y antenas de telefonía; y,

(iii) Que se ordene a la demandada que no autorice ninguna licencia de funcionamiento para la instalación de estaciones y antenas de telefonía, en tanto no se hayan incorporado los requisitos antes citados a su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA).

Alega que se están vulnerando los derechos a la salud, a la integridad moral y psíquica, al libre desarrollo de la personalidad, a la paz y tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, a la participación ciudadana, así como a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado de quienes residen en dicha provincia.

El Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao (f. 55), mediante Resolución 1, de fecha 6 de noviembre de 2013, declaró improcedente la demanda en aplicación del artículo 5, numeral 2, del Código Procesal Constitucional, pues, a su juicio, el proceso de amparo no es la vía idónea para resolver la controversia planteada, ya que existe una vía jurisdiccional ordinaria en la que puede hacer valer su derecho como es el proceso contencioso-administrativo.

La Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante resolución 6, de fecha 19 de agosto de 2014 (f. 110), confirmó la resolución apelada tras considerar que lo que pretende el demandante es un control abstracto de la disposición normativa cuestionada, con lo cual, lo que corresponde es una demanda de inconstitucionalidad.

Admitido en sede judicial el recurso de agravio constitucional y, posteriormente, analizado por el Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 7 de enero de 2021 dispuso correr traslado de la demanda de amparo y del escrito de agravio constitucional a la emplazada, a fin de garantizar su derecho de defensa. Así, la Municipalidad Provincial del Callao, a través del escrito de fecha 24 de marzo de 2021, se apersonó a esta instancia constitucional –en las instancias precedentes solicitó se le tenga por apersonada al proceso (f.85) y su pedido fue atendido (f.

100)– y contestó la demanda alegando, básicamente, que esta resulta improcedente dado que la norma cuestionada no es una de naturaleza autoaplicativa tal como exige el artículo 3 del Código Procesal Constitucional para la procedencia del amparo contra leyes.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. De manera previa este Tribunal considera a bien pronunciarse sobre el rechazo liminar del cual fue objeto la presente demanda de amparo bajo el argumento de que existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección de los derechos constitucionales invocados (proceso contencioso-administrativo), por lo que resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional. Argumento al que se añadió el de la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, quien confirmó la resolución apelada considerando que la pretensión del demandante constituye un control abstracto de la disposición normativa cuestionada, por lo que su realización debe llevarse a cabo en un proceso de inconstitucionalidad.

2. Si bien es cierto, dicha causal de improcedencia referida a la residualidad del amparo (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional) encuentra plena justificación en nuestro modelo procesal constitucional, el Tribunal Constitucional considera que en el presente caso ha sido aplicada de manera incorrecta. Así, al observar los alcances y contenido de los derechos involucrados reclamados y, tomando en cuenta que constituye una obligación para el juez constitucional prestar una atención preferente a la dilucidación de controversias de este tipo (cfr. STCs Nº 4223-2006-AA, 2268-2007-AA, entre otras), es de la opinión que existe mérito para emitir un pronunciamiento de fondo.

3. En tal sentido, lo que correspondería es declarar el quebrantamiento de forma ya que la demanda ha sido erróneamente rechazada en forma liminar. Sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en virtud de los principios de economía y celeridad procesal, el Tribunal opina que resulta innecesario hacer transitar nuevamente a los demandantes por la vía judicial, más aún, si de los actuados se

evidencian suficientes elementos de juicio que permitan dilucidar la controversia constitucional, por ello, ha decidido emitir un pronunciamiento de fondo en el presente caso.

Petitorio y delimitación del asunto controvertido

4. Del escrito y análisis de la demanda, para este Tribunal queda establecido que el IDLADS Perú promueve el amparo con el objeto de buscar básicamente tutela para los derechos a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas, así como para la protección de la salud de los vecinos de la provincia constitucional del Callao, por lo que su petitorio está dirigido a:

   (i) Que se incluya dentro de los requisitos para la aprobación de licencias de instalación de estaciones y antenas de telefonía, en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la demandada, la emisión de un certificado ambiental de la autoridad competente, un estudio predictivo de radiaciones no ionizantes que no superen los límites máximos permisibles, estudio de impacto ambiental, así como el derecho a la participación ciudadana de los habitantes de la zona afectada;

   (ii) Que se inaplique el procedimiento 15 de la Subgerencia de Obras Privadas establecida en la Ordenanza Municipal 012-2012-Municipalidad del Callao, al haber incorporado únicamente como requisito –para evitar daño medioambiental y a la salud– una carta de compromiso de prevención, así también, al disponer el silencio administrativo positivo para el otorgamiento de licencias en la instalación de estaciones y antenas de telefonía; y,

   (iii) Que se ordene a la demandada que no autorice ninguna licencia de funcionamiento para la instalación de estaciones y antenas de telefonía, en tanto no se hayan incorporado los requisitos antes citados a su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA).

5. A juicio del Tribunal Constitucional, lo que la asociación demandante persigue, entonces, es que la Municipalidad Provincial del Callao implemente una serie de medidas que, según ella, son necesarias para la tutela del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas (artículo 2, inciso

22 de la Constitución) y para la protección de la salud (artículo 7) de los vecinos de dicha provincia constitucional –tal como lo han hecho otros municipios distritales como San Isidro, Magdalena del Mar y Chorrillos, ubicados en la misma ciudad de Lima y en la Municipalidad Provincial de Chiclayo– y cuya no implementación podría generar daños irreparables en los referidos derechos.

6. En tal sentido, el Tribunal Constitucional verificará en el presente caso si el procedimiento 15 de la Subgerencia de Obras Privadas establecido en el TUPA regulado mediante Ordenanza Municipal 012-2012-Municipalidad del Callao cumple o no la exigencia constitucional de que las leyes y sus actos de aplicación –de acuerdo a lo establecido en los artículos 38 y 44 de la Constitución y en virtud al efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico– se realicen conforme a los derechos fundamentales e impongan sobre todos los organismos públicos el "deber especial de protección" de dichos derechos.

Sobre la dimensión objetiva del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado en un Estado constitucional

7. Los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, en el sentido de poseer tanto una dimensión subjetiva o referida a los sujetos titulares de estos, así como una dimensión objetiva o referida a los bienes o institutos jurídicos constitucionales que constituyen su contenido con independencia de sujetos titulares. En ese sentido, "lo subjetivo hace referencia al "sujeto" titular, mientras que "lo objetivo" hace referencia al "objeto" de protección. Por tanto, los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, garantías subjetivas y garantías institucionales (cfr. STCs Nº 0976- 2001-AA, 3330-2004-AA, 1470-2016-PHC, entre otras).

8. Como garantías subjetivas, los derechos fundamentales protegen posiciones jurídicas de derecho subjetivo, es decir, protegen al titular de determinadas situaciones jurídicas reconocidas por la Constitución; así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad conciencia, el derecho a la igualdad, etc. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o

defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales.

9. En tanto que, como garantías institucionales, los derechos fundamentales protegen determinados contenidos objetivos reconocidos en la Constitución, los que constituyen elementos básicos del modelo de Estado constitucional de Derecho, excluyéndolos del ámbito de disposición del legislador y de otros poderes públicos; así, por ejemplo, la libertad de cátedra, la libertad como instituto, etc. El carácter objetivo de los derechos fundamentales radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.

10. En tal sentido, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro lado, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un "deber especial de protección" de dichos derechos. Esta vinculación de los derechos fundamentales en los organismos públicos no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos y que las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) se encuentren ajenas a su respeto. En nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan al Estado y también a los particulares (eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales).

11. Ahora bien, en un Estado constitucional no solo se garantiza la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano y su dignidad le son reconocidos (artículo 1 de la Constitución), sino también se le otorga protección frente a los ataques al medio ambiente y a su salud ocurridos en el contexto en que su existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano, [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo".

12. El derecho al ambiente equilibrado y adecuado, como ya ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, comporta un deber negativo y positivo frente al Estado. Su dimensión negativa se traduce en la obligación estatal de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana. En su dimensión positiva, le impone al Estado deberes y obligaciones destinados a conservar el ambiente equilibrado, los cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Claro está que ello no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención (cfr. STC Nº 4223-2006-AA).

13. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, 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.

14. De ahí que, el contenido del derecho fundamental a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de la persona, tal como ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 2, inciso 22), está determinado por dos elementos a saber: (i) el derecho a gozar de ese medio ambiente y (ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

15. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, este derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario, su

goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido (cfr. STCs Nº 2268-2007-PA, 5503-2014-PA, entre otras). Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares y, con mayor razón, a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente (cfr. STC Nº 0048-2004-AI).

16. Y, en cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, recuerda el Tribunal que este se materializa en función a los siguientes principios (STC Nº 0048-2004-AI):

    a. Desarrollo sostenible o sustentable;

    b. De conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales;

    c. De prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia;

    d. De restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados;

    e. De mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano;

    f. Precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y,

    g. De compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

17. En el presente caso, se analizarán, pues, las cuestiones más relevantes respecto a los derechos fundamentales de la colectividad en juego, estos son, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y a la salud, los mismos cuya protección directa está a cargo de la municipalidad emplazada.

Análisis concreto del caso

18. El IDLADS Perú, conforme a lo establecido por el artículo 40 in fine del Código Procesal Constitucional, promueve demanda de amparo a favor de los ciudadanos habitantes de la provincia constitucional del Callao en contra de la Municipalidad Provincial del Callao, por considerar que su actuación normativa materializada en el ya referido procedimiento 15 de la Subgerencia de Obras Privadas establecido en el TUPA regulado mediante Ordenanza Municipal 012-2012, constituye una amenaza para sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas y a la salud.

19. En tal sentido, alega que los requisitos exigidos para el otorgamiento de licencia municipal para la instalación de estaciones y antenas de telefonía celular, estaciones radioeléctricas y otros similares, tal como están regulados en el citado procedimiento 15, no contemplan lo dispuesto en leyes especiales de la materia como son la Ley Nº 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental y el Decreto Supremo 038-2003-MTC, que establece los límites máximos permisibles de radiaciones no inonizantes en telecomunicaciones.

20. Por ello, el IDLADS Perú pretende que la Municipalidad Provincial del Callao implemente una serie de requisitos más específicos (vgr. la presentación de un certificado ambiental de la autoridad competente, de un estudio predictivo de radiaciones no ionizantes que no superen los límites máximos permisibles, de un estudio de impacto ambiental, la participación de los ciudadanos de la zona afectada, entre otros), por ser necesarios para la tutela eficaz del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas y para la protección de la salud de los vecinos de dicha provincia –tal como lo han hecho otros municipios distritales como San Isidro, Magdalena del Mar y Chorrillos, ubicados en la misma ciudad de Lima y en la Municipalidad Provincial de Chiclayo– ya que su no implementación podría generar daños irreparables en los referidos derechos.

21. Por su parte, la municipalidad provincial emplazada al contestar la demanda ha señalado, básicamente, que esta resulta improcedente porque la norma cuestionada no es una de naturaleza autoaplicativa,

tal como exige el artículo 3 del Código Procesal Constitucional para la procedencia del amparo contra leyes.

22. En la jurisprudencia constitucional se tiene establecido que la improcedencia del amparo contra normas está circunscrita a los supuestos en los que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquellas normas que carecen de eficacia directa frente a las personas o las entidades que se encuentran sometidas a su regulación, pues requieren contar necesariamente con reglamentación y/o actos de implementación o aplicación (cfr. STC Nº 1547-2014- PA).

23. Dada la naturaleza de las normas heteroaplicativas no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, ni tampoco la existencia actual de un acto lesivo de tales derechos. Por ello, la demanda de amparo resulta improcedente.

24. Sin embargo, sucede lo contrario cuando el amparo se promueve contra normas autoaplicativas. La aplicabilidad de este tipo de normas, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En la práctica funcionan como actos, es decir, son normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación, que afectan directamente derechos subjetivos constitucionales (cfr. STCs Nº 1473-2009-PA, 1535-2006-PA y 1547- 2014-PA, entre otras).

25. El Tribunal Constitucional, a propósito de la naturaleza de las normas autoaplicativas, ha distinguido dos supuestos en los que procede el amparo contra normas (cfr. STCs Nº 4677-2004-AA y 1547-2014-PA):

    (i) Cuando la norma constituye en sí misma un acto (normativo) lesivo de derechos fundamentales.

    (ii) También cuando el contenido inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable representa una amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales.

26. A este respecto, cabe precisar que en el segundo supuesto mencionado no se pone en duda el carácter autoaplicativo o autoejecutivo

de la norma, sino la forma en la que se produce o producirá la afectación. En efecto, en este supuesto no se evidencia una afectación concreta, sino una afectación en ciernes; que el paso del tiempo o actos futuros concretarían.

27. Contrario a lo alegado por la municipalidad emplazada, el Tribunal Constitucional considera que el procedimiento 15 de la Subgerencia de Obras Privadas establecido en el TUPA regulado mediante Ordenanza Municipal 012-2012-Municipalidad del Callao es una norma autoaplicativa. Los requisitos o condiciones que establece dicha disposición legal son para el otorgamiento de un tipo de licencia municipal (licencia para la instalación de estaciones y antenas de telefonía celular, estaciones radioeléctricas y otros similares) y no para su eficacia como norma. En consecuencia, no cabe discutir la procedencia del amparo en el presente caso; por lo que corresponde ahora verificar si el contenido de la norma resulta inconstitucional y representa, por tanto, una amenaza para los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y para la salud de las personas que habitan en la provincia constitucional del Callao.

28. En tal sentido, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar si el referido procedimiento 15 de la Subgerencia de Obras Privadas establecido en el TUPA cumple o no la exigencia constitucional de que las leyes y sus actos de aplicación –de acuerdo a lo establecido en los artículos 38 y 44 de la Constitución y en virtud al efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico– se realicen conforme a los derechos fundamentales y de que impongan sobre todos los organismos públicos el "deber especial de protección" de dichos derechos.

29. El artículo 67 de la Constitución establece la obligación ineludible del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Tal política nacional –entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente– debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente

adecuado para el bienestar de su existencia (artículo 2, inciso 2) y el derecho a la protección de su salud (artículo 7).

30. Por ello, cuando la Constitución reconoce competencia en sus artículos 192, inciso 7 y 195, inciso 8 a los gobiernos regionales y a los gobiernos locales, respectivamente, para promover, desarrollar y regular actividades en materia de salud y medio ambiente; dicha competencia constitucional no puede ser ejercida (i) al margen de las políticas nacionales establecidas con el propósito de garantizar el derecho que tienen todas las personas a 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 ocasione una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente; y, (ii) tampoco pueden desarrollarse sin mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, lo que implica, sin duda, adoptar medidas preventivas.

31. Conforme a lo establecido en la Ordenanza 012-2012-Municipalidad del Callao, el procedimiento 15 "Autorización de instalación de estaciones y/o antenas de base celular, radares o tros similares en propiedad privada" de la Subgerencia de Obras Privadas recogido en el TUPA fija los siguientes requisitos para la concesión de la correspondiente licencia:

    1. Solicitud dirigida al Sr. Alcalde señalando dirección exacta de la ubicación de la(s) estacione(s), antena(s) de base celular, radare(s) u otros similares, debiendo consignar domicilio procesal dentro de la jurisdicción del Cercado del Callao o de la Región Callao.

    2. Pago por derecho de trámite.

    3. Copia de la Resolución emitida por el Ministerio mediante el cual se otorga concesión al Operador para prestar el servicio público de telecomunicaciones expedida por el Ministerio o en el caso de las empresas de valor añadido de la resolución a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Telecomunicaciones.

    4. Memoria descriptiva y planos de ubicación detallando características físicas y técnicas de las instalaciones materia de trámite, suscritos por un Ingeniero Civil y/o Electrónico o de

Telecomunicaciones, según corresponda, ambos Colegiados y hábiles en el ejercicio.

5. El predio donde se instalarán las estructuras deberá contar con la licencia de construcción, conformidad de obra y/o declaratoria de edificación. Debiendo adjuntar la documentación sustentatoria.

6. En caso de estaciones radioeléctricas o para radares o similares, se presentará adicionalmente:

   a) Declaración Jurada del Ingeniero Civil colegiado responsable de la ejecución de la obra, que indique expresamente que las estructuras, esto es, la edificación existente y torre sobre la cual se instalará la antena o antenas, reúna las condiciones que aseguren su adecuado comportamiento en condiciones extremas de riesgo tales como sismos, vientos, entre otros, teniendo en cuenta, de ser el caso, el sobrepeso de las instalaciones de la Estación Radioeléctrica sobre las edificaciones existentes. Se anexarán planos y cálculos de las instalaciones desde el punto de vista estructural y de anclaje a las edificaciones nuevas o existentes.

7. Carta de compromiso por la cual se obliga a tomar las medidas necesarias para la prevención del ruido, vibraciones u otro impacto ambiental comprometido que pudieran causar incomodidad a los vecinos por las instalaciones o funcionamiento de la estación radioeléctrica o radar así como a adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar que las radiaciones que emite la estación radioeléctrica durante la operación, no excederá de los valores establecidos como límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes aprobado por DS N˚ 038-2003-MTC y su modificatoria.

8. Carta de compromiso por la cual se obliga a retirar las estructuras si, como consecuencia de una queja vecinal, se comprobara el no cumplimiento de lo señalado en el Art. 23 de la Ordenanza Municipal N˚ 00014.

9. Copia legalizada notarialmente del contrato suscrito entre el propietario del inmueble y el Operador.

10. Si se trata de un predio comprendido en el Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de propiedad común, los Operadores deberán presentar copia legalizada del

acta de la Junta de propietarios autorizando la ejecución de la obra e instalación de las maquinarias, estructuras o elementos.

11. Si el operador es el propietario del inmueble presentará documentos probatorios.

32. El principio precautorio, como se ha señalado supra, coadyuva a la preservación del medio ambiente, por ello, se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación de este principio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables.

33. Pero no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.

34. En la actualidad no existe consenso científico en torno a si la radiación eletromagnética de la telefonía celular ocasiona daños en la salud de las personas y alteran el desarrollo equilibrado del medio ambiente en el que viven. No obstante ello, el Estado –a través de sus distintas autoridades entre las que están los gobiernos regionales y locales– no puede dejar de adoptar una conducta preventiva y precautoria al respecto y disponer medidas que regulen la prestación del servicio de telecomunicaciones tomando en consideración el posible daño que pueda generar la presencia de estaciones o antenas de telefonía celular y otros similares en espacios habitados por personas, a fin de garantizar eficazmente la preservación del medio ambiente y de la salud de dichos ciudadanos.

35. Más aún, si como ha quedado establecido en la jurisprudencia constitucional, tratándose de controversias cuya naturaleza es similar a la aquí planteada, las autoridades competentes, así como las municipalidades y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tienen el deber de cumplir de manera responsable su labor de fiscalización

sobre la exposición a la radiación no ionizante que generan las estructuras de telefonía celular (cfr. STC Nº 4893-2015-PA).

36. En el presente caso, el Tribunal Constitucional advierte que los requisitos para conceder la autorización de instalación de estaciones y/o antenas de base celular, radares u otros similares en propiedad privada establecidos en el cuestionado procedimiento 15 regulado por la Municipalidad Provincial del Callao, no resultan acordes al principio precautorio y tampoco al de prevención.

37. El requisito N° 7 consiste en presentar una **"carta de compromiso** por la cual se obliga a tomar las medidas necesarias para la prevención del ruido, vibraciones u otro impacto ambiental comprometido que pudieran causar incomodidad a los vecinos por las instalaciones o funcionamiento de la estación radioeléctrica o radar así como a adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar que las radiaciones que emite la estación radioeléctrica durante la operación, no excederá de los valores establecidos como límites máximos permisibles**"**. En tanto que el requisito N° 8 exige presentar una **"carta de compromiso** por la cual se obliga a retirar las estructuras si, como consecuencia de una queja vecinal, se comprobara el no cumplimiento de lo señalado en el Art. 23 de la Ordenanza Municipal N° 00014".

38. Como puede observarse, dichas disposiciones expresan requisitos generales que no constituyen controles rigurosos ni preventivos por parte de la Municipalidad emplazada. Se tratan de meros compromisos, acuerdos entre las partes, promesas de que no se producirán situaciones que puedan colocar en riesgo a los derechos fundamentales de los habitantes; y, de otro lado, tampoco expresan cómo es que se generaría certeza en la Municipalidad de que dicho riesgo no se produciría.

39. Las exigencias contenidas en los requisitos 7 y 8, tal como han sido establecidas, representan, por tanto, una amenaza a los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas (artículo 2, inciso 22 de la Constitución) y para la protección de la salud (artículo 7) de los vecinos de la provincia constitucional del Callao.

40. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que la competencia reguladora ejercida por la Municipalidad Provincial del Callao a través de la citada Ordenanza 012-2012, incumple la

exigencia constitucional de que las leyes y sus actos de aplicación –de acuerdo a lo establecido en los artículos 38 y 44 de la Constitución y en virtud al efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico– se realicen conforme a los derechos fundamentales e impongan sobre todos los organismos públicos el "deber especial de protección" de dichos derechos.

Efectos de la sentencia en el presente caso

41. La Municipalidad Provincial del Callao deberá revisar el procedimiento 15 de la Subgerencia de Obras Privadas establecido en su TUPA (o el símil aplicable actualmente si aquel ya no se encuentra vigente) regulado mediante Ordenanza Municipal 012-2012; y, atendiendo a los principios de prevención y precautorio, así como al deber especial de protección de los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas, y a la protección de la salud, deberá modificar los requisitos 7 y 8 para el otorgamiento de licencias que autorizan la instalación de estaciones y/o antenas de base celular, radares o tros similares en propiedad privada, imponiendo requisitos técnicos más rigurosos y específicos.

42. Mientras dure el proceso de revisión, modificación e implementación normativa ordenado, el mismo que no deberá superar los seis (6) meses desde que es notificada la presente sentencia, el procedimiento para el otorgamiento de licencias para la instalación de estaciones y/o antenas de base celular, radares o tros similares en propiedad privada, **deberá quedar suspendido**.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, debiendo la demandada proceder con arreglo a lo dispuesto en los fundamentos 41 y 42 supra.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincidiendo con el contenido del proyecto, en la medida que allí se declara fundada la demanda de amparo, debo hacer algunas precisiones, que paso a explicar seguidamente:

1. En primer lugar, respecto a la procedencia de la demanda, considero que, si bien la demanda es procedente conforme al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, pues el proceso de amparo constituye la vía idónea para resolver la presente controversia, se ha realizado al respecto un análisis ajeno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

2. Al respecto, como se sabe, analizar este artículo requiere tomar en cuenta lo establecido en el precedente establecido en el caso "Elgo Ríos", el cual precisamente ha sido establecido para evitar análisis meramente subjetivos o arbitrarios. Sin embargo, encuentro que en el presente caso se ha resuelto únicamente con base en la siguiente justificación: "tomando en cuenta que constituye una obligación para el juez constitucional prestar una atención preferente a la dilucidación de controversias de este tipo (...) es de la opinión que existe mérito para emitir un pronunciamiento de fondo".

3. Al respecto, conforme al precedente citado, lo que correspondería es esclarecer porqué la vía de amparo, y no otra, es la pertinente. Entonces, tomando en cuenta las reglas establecidas por el Tribunal, encontramos que, desde una perspectiva objetiva, si bien hay una vía regulada para proteger lo que se pretende, ella no es idónea (cfr. Resolución 01399-2011-AA y Auto Nº 04940-2012-AA-Reposición), por lo que debe admitirse a trámite la demanda. Asimismo, y a mayor abundamiento, desde una perspectiva subjetiva, encontramos que transitarla puede tornar irreparable la afectación alegada y, además, que resulta necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado y la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

4. Por otra parte, y aun en relación con la procedencia de la demanda, considero que para conocer si la norma es autoaplicativa debió haberse tenido en cuenta el análisis contenido en la Sentencia 00175-2017-PA, fundamento 19. Sin embargo, lo que se señala tan solo es que: "[E]l procedimiento 15 (…) es una norma autoaplicativa. Los requisitos o condiciones que establece dicha disposición legal son para el otorgamiento de un tipo de licencia municipal (licencia para la instalación de estaciones y antenas de telefonía celular, estaciones radioeléctricas y otros similares) y no para su eficacia como norma. En consecuencia, no cabe discutir la procedencia del amparo en el presente caso; por lo que corresponde ahora verificar si el contenido de la norma resulta inconstitucional y representa, por tanto, una amenaza para los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y para la salud de las personas".

5. Al respecto, respetuosamente, me aparto de dicha argumentación errada. En primer lugar, porque los mencionados requisitos para el otorgamiento de una licencia podrían indicar que, más bien, sería dicho otorgamiento, y no la ordenanza cuestionada, la que trasgrede los derechos invocados, y por tanto no sí estaríamos ante una norma autoaplicativa. En segundo lugar, porque la autoejecutividad no es un asunto relacionado con la "eficacia como norma" de las disposiciones impugnadas, en la medida que una norma heteroaplicativa también es eficaz. En su lugar, el análisis sobre la autoejecutividad o autoaplicación de las normas tiene que ver con la vigencia, la eficacia inmediata, la autosuficiencia y el carácter incondicional de la norma, características que en este caso cumple la regulación contenida en la ordenanza en relación con el derecho al ambiente.

6. En lo referido al objeto y el contenido de las pretensiones invocadas (el denominado "fondo" de la controversia), coincido con el análisis realizado en la ponencia. Solo quisiera agregar dos cuestiones adicionales. Primero, que nos encontramos ante un supuesto diferente al resuelto en la Sentencia 05503-2014- AA, pues allí la demanda fue dirigida contra una empresa, que había cumplido con presentar el estudio respectivo ante el Ministerio de Transportes y comunicaciones y, sin embargo, la Dirección pertinente del mencionado Ministerio "concluyó que, habiendo verificado el perfil técnico de la mencionada estación, entre otros, no se encontraba

afecta a la presentación de estudios teóricos de radiaciones no ionizantes". Es decir, fue el Ministerio quien le dijo a la empresa demandada que no le correspondía obtener el referido informe, pese a que esta lo intentó tramitar.

7. En segundo lugar, considero que es necesario esclarecer que el artículo 4 de la Ley 29022, no excluye que las municipalidades exijan que se presente las mediciones de "límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes", desde luego, conforme a los estándares legales y autorizados por el ente rector. Además, considero que es necesario poner de relieve que el artículo 5, modificado por la Ley 30228, que limita las competencias de los gobiernos locales y que obliga a estos a autorizar automáticamente las licencias de funcionamiento, es contrario al derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida, contenido en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución, en la medida que no lo protege de manera suficiente (esto, conforme al contenido protegido de este derecho, explicitado en copiosa jurisprudencia de este órgano colegiado, que ciertamente comprende el denominado "principio precautorio"). Al respecto, a pesar de que los "límites máximos permisibles" han sido establecidos por el propio gobierno, en aras de proteger el derecho a la salud y al ambiente, estos derechos han sido sacrificados, explícitamente, en aras de promover la inversión en este sector (modificación introducida por la Ley 30228 al artículo 1 de la Ley 29022). Desde luego, considero que es necesario promover la infraestructura en comunicaciones, así como en otros diversos sectores, pero no de cualquier forma o a cualquier costo.

8. En este mismo sentido, noto que en diversas resoluciones la Comisión de Barreras Burocráticas de Indecopi ha declarado a algunas ordenanzas como barreras burocráticas, precisamente debido a que exigen presentar mediciones de límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes. Entiendo que ello ha ocurrido debido a que no han interpretado, conforme con la Constitución, lo dispuesto en la Ley 29022.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Emito el presente voto a fin de expresar que concuerdo con la ponencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo y ordena a la demandada proceder con arreglo a lo dispuesto en los fundamentos 41 y 42 de la sentencia.

Lima, 18 de junio de 2021.

S.
FERRERO COSTA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto con fecha posterior a fin de expresar que me encuentro de acuerdo con la ponencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo y ordena a la parte demandada proceder con arreglo a lo dispuesto en los fundamentos 41 y 42 de la sentencia.

Lima, 27 de mayo de 2021.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con mucho respeto a mis colegas magistrados, discrepo de la posición adoptada en la ponencia, ello en base a lo expuesto en el voto singular que suscribí respecto de la decisión contenida en el auto de fecha 7 de enero de 2021 –expedido en el presente expediente–, al que me remito.

Por tanto, mi voto es porque la demanda sea declarada **IMPROCEDENTE** en aplicación del artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional, que señala que no proceden los procesos constitucionales cuando *"los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"*.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas, discrepo del fallo y de la fundamentación de la sentencia emitida en este caso. La asociación recurrente solicita la inaplicación del procedimiento de autorización de instalación de estaciones y/o antenas de base celular, radares u otros similares en propiedad privada, contenido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad Provincial del Callao, aprobado mediante Ordenanza Municipal 12-2012. Manifiesta que dicho procedimiento es menos exigente que el establecido por otros gobiernos locales para la instalación de antenas, por lo que solicita que se incluya como requisitos adicionales una certificación ambiental expedida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, un estudio predictivo de radiaciones no ionizantes y un estudio de impacto ambiental. Además, cuestiona la aplicación del silencio administrativo positivo invocando el artículo 34.1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Señala que, por esa razón, se vulneran, entre otros, los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado de los vecinos del Callao.

La sentencia en mayoría estima la demanda con el argumento de que los requisitos para conceder la aludida autorización son generales y no constituyen controles rigurosos ni preventivos, por lo que no resultan acordes al principio precautorio y tampoco al de prevención, que se aplican frente a amenazas de daños a la salud o al ambiente. Sin embargo, calificar la rigurosidad de los requisitos para la instalación de antenas es un ejercicio que no puede sostenerse en apreciaciones subjetivas. Se trata de un análisis de naturaleza técnica que requiere objetividad. Para tal fin, resulta útil acudir a los principios antes mencionados; empero, se hace necesaria una precisión: 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 losinciertos. La sentencia asume que ambos deberes se estarían incumpliendo –y hasta los utiliza como términos equivalentes–, pero no acredita que nos encontramos frente a riesgos comprobados. Afirma que:

> en la actualidad no existe consenso científico en torno a si la radiación electromagnética de la telefonía celular ocasiona daños en la salud de las personas y alteran el desarrollo equilibrado del medio ambiente en el que viven.

De ello se desprende, entonces, que la presente controversia estaría vinculada con el deber de precaución, mas no con el de prevención. Debemos recordar que el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la aplicación del principio precautorio 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). Por ello, 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 y sanitarios no satisfacen el umbral exigido por el principio precautorio.

La situación no ha cambiado en este caso. No obra en autos documentación alguna que respalde indicios mínimos de riesgos sanitarios o ambientales generados por la instalación de antenas. Pese a ello, la sentencia ordena la modificación del procedimiento mediante la imposición de "requisitos técnicos más rigurosos y específicos", y lo suspende en tanto ello no se cumpla. Semejante mandato no tiene ninguna justificación. Una controversia como la que aquí se plantea debe ser resuelta en un proceso que cuente con etapa probatoria. Así, a partir de la documentación técnica que las partes exhiban, podrá determinarse con rigurosidad si los requisitos exigidos para la instalación de una antena son adecuados o no para la reducción de los riesgos antes referidos.

Por tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Discrepo, respetuosamente, de la resolución de mayoría que ha decidido declarar fundada la demanda, por cuanto considero que esta debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, en virtud de los argumentos que a continuación paso a exponer:

1. La parte demandante pretende que la Municipalidad Provincial del Callao implemente una serie de exigencias en su TUPA con el propósito de preservar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas y para la protección de la salud de los vecinos de dicha provincia, como requerir: a) un certificado ambiental de la autoridad competente, b) un estudio predictivo de radiaciones no ionizantes que no superen los límites máximos permisibles, c) un estudio de impacto ambiental y d) la participación ciudadana de los habitantes de la zona afectada. Aduce que la entidad demandada ha incorporado en su TUPA, aprobado por la Ordenanza 012-2012, únicamente como requisito una carta de compromiso de prevención para el otorgamiento de licencias en la instalación de estaciones y antenas de telefonía.

2. Acorde a lo expuesto, lo que la demandante pretende es que la Municipalidad Provincial del Callao implemente una serie de medidas que serían necesarias para la tutela del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de las personas, y para la protección de la salud de los vecinos de dicha provincia, cuya no implementación constituiría una amenaza cierta e inminente de violación de sus derechos constitucionales invocados, situación que a su vez implicaría la inobservancia del principio precautorio previsto en la Ley General del Medio Ambiente.

3. Sin embargo, en el presente caso para resolver la controversia debe acudirse a un proceso que cuente con una etapa probatoria, pues el amparo no es una vía idónea para determinar, de manera objetiva, si los requisitos establecidos en la Ordenanza 012-2012 constituyen una amenaza cierta e inminente a los derechos a gozar de un

ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y a la salud de las personas. Siendo ello así, corresponde desestimar la demanda en atención de lo dispuesto por el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

4. Sin perjuicio de ello, cabe considerar que, conforme al artículo 6 del Reglamento de la Ley 29022, aprobado por el Decreto Supremo 003-2015-MTC, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene el deber de aplicar el principio precautorio y, por lo tanto, tiene la obligación de fiscalizar el efectivo cumplimiento de los límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones, siguiendo los parámetros del Decreto Supremo 038-2003-MTC. Dicho de otro modo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene la responsabilidad de cumplir con su labor de fiscalización permanente a fin de garantizar que la exposición a la radiación no ionizante que genera la infraestructura de telecomunicaciones no supere los límites máximos permitidos por la normativa vigente, y que con ello, a su vez, se garanticen los derechos fundamentales al medio ambiente, a la salud y a la vida de las personas que viven cerca de las estaciones de telefonía celular y estaciones radioeléctricas [cfr. Expediente 05503-2014-PA/TC, fundamento 15].

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Lima, 14 de julio de 2021

S.

BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 694/2021
EXP. N.° 00298-2020-PA/TC
LIMA
J.E.P.V.

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de mayo de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), han emitido, por mayoría, la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de amparo.

2. **ORDENA** que se entregue oportunamente las medicinas del TARGA al demandante.

3. **ORDENA** que informe a este Tribunal Constitucional sobre las medidas aplicadas a fin de evitar las omisiones en la entrega de tales medicamentos. Asimismo, ORDENA que se remita información sobre las medidas planteadas para la entrega de medicinas del TARGA en el contexto de la emergencia sanitaria.

4. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto el traslado del demandante a otro centro de salud bajo la cobertura de EsSalud.

El magistrado Ramos Núñez, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia

Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares disintiendo del tercer punto resolutivo de la sentencia.

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 27 días del mes de mayo de 2021, 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 Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por J.E.P.V. contra la Resolución 14, de fecha 3 de octubre de 2019, folios 790, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 8 de febrero de 2017, el recurrente J.E.P.V. interpone demanda de amparo contra EsSalud y el Hospital Nacional Edgardo Rebagliatti Martins, solicitando que se le transfiera a un centro o instituto especializado para su evaluación y tratamiento integral en el que se le brinde el tratamiento adecuado que requiere para las múltiples enfermedades que padece, con la finalidad de ser atendido por un equipo multidisciplinario que incluya evaluaciones por médico infectólogo, exámenes auxiliares y los que se requieran oportunamente, así como los tratamientos y rehabilitación especializada; y se le otorgue medicación oportuna y de calidad bajo la cobertura íntegra de EsSalud, conforme a lo dispuesto por la Ley 26626, modificada por la Ley 28243.

Alega que recibe atención médica en el Hospital Rebagliati Martins desde el año 2006 por una serie de dolencias, sin que se haya solicitado exámenes para el diagnóstico de infecciones de transmisión sexual, y

que solo a partir del año 2014 se le diagnosticó que padecía de la enfermedad del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), en un estado avanzado, al diagnosticársele Sarcoma de Kaposi, enfermedad oportunista indicadora de estadio 3 (Sida). Por ello, sostiene que desde el año 2008 no se le brindó atención oportuna.

Asimismo, alega que no obstante su condición de salud, no se le brinda el tratamiento médico adecuado, lo que pone en grave riesgo su salud, ya que se ha suspendido reiteradamente la Terapia Antirretroviral de Gran Actividad (TARGA) que venía recibiendo. Expresa que mediante receta médica de fecha 1 de julio de 2016, se le extendieron los medicamentes del TARGA por un mes, pero que al solicitar la cita se le dio turno para el 12 de agosto de 2016. Es decir, se quedó sin los medicamentos por un plazo de 13 días. Igualmente, el 21 de octubre de 2016 se le expidió medicina para 30 días, pero se le dio cita para el 22 de noviembre.

Refiere que el 22 de noviembre de 2016 acudió a la cita programada para la expedición de sus medicamentos, pero no fue atendido, y que desde esa fecha no cuenta con los medicamentos para la continuación del TARGA, lo que pone en grave riesgo su salud. Indica que la presentado sus quejas, pero estas han sido declaradas infundadas mediante Informe 02170-2016/IPROT. Alega que no se le brinda la atención médica oportuna y adecuada que le permita afrontar y vivir dignamente con las enfermedades que padece, por ello, frente al trato discriminatorio indiferente y doloso, ha solicitado que se le transfiera a otro centro de salud.

Rechazo liminar y nulidad de todo lo actuado

Mediante Resolución 1, de fecha 10 de marzo de 2017 se declaró improcedente liminarmente la demanda, bajo el argumento de que el recurrente tiene la vía contenciosoadministrativa, como vía igualmente satisfactoria. Se indica que se trata de una controversia compleja que requiere de una fase probatoria amplia, con lo que se excede los límites procesales del amparo. Por otro lado, mediante Resolución 7, de fecha 24 de noviembre 2017, se declaró nula la improcedencia liminar y se ordenó admitir a trámite la demanda de amparo.

Contestación de la demanda

Con fecha 18 de mayo de 2018, el Seguro Social de Salud –EsSalud– contesta la demanda. Deduce las excepciones de falta de legitimidad

para obrar pasiva y de incompetencia. Expresa que EsSalud, ha cumplido con brindar el tratamiento médico correspondiente. Y que la omisión alegada no ha implicado un perjuicio, por cuanto existe literatura médica que indica que la suspensión del TARGA por primera vez en un plazo no mayor de 15 días no modifica la carga viral ni el CD4. Precisa que al demandante se le viene brindando atención y suministrando medicamentos.

Con fecha 12 de junio de 2018, la Red Asistencial Rebagliati del Seguro Social de SaludEsSalud, contesta la demanda. Indica que es falso que el demandante no se le haya practicado los exámenes correspondientes, o que reciba un trato hostil y discriminatorio por parte del personal del hospital, o que no reciba el tratamiento conforme a los lineamientos existentes. Agrega que si bien en alguna oportunidad se suspendió el tratamiento TARGA por pequeños períodos, ello obedeció a que los medicamentos, que son proveídos por distribuidores, quienes dependen de productores cuya producción determina el stock, no fueron entregados oportunamente, a pesar de que se tomaron las medidas de previsión.

Resolución de primera instancia o grado

Mediante Resolución 6, de fecha 17 de setiembre 2018, el juzgado declara fundada la demanda de amparo, y ordenó a EsSalud y al Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins que transfieran al demandante al centro de salud que él elija, previo informe técnico de viabilidad de las áreas respectivas de las demandadas respecto las condiciones de cobertura que se realizará en ejecución de sentencia. El expone que la suspensión del TARGA por pequeños períodos, debido a problemas estructurales que afectan los derechos de salud han generado el retraso en la entrega de los medicamentos, lo que refleja un desprecio por brindar un servicio de calidad por parte del establecimiento de salud, pues prácticamente pasa por alto las necesidades médicas del paciente, aun cuando ello haya ocurrido una o dos veces. Y que no es justificable tal inoperancia. Por ello, observa que se ha afectado el derecho a la salud del demandante, por lo que, en virtud de las normas y reglamentos pertinentes, el usuario puede solicitar su traslado a otra institución prestadora de servicios de salud, de acuerdo con las condiciones de su cobertura, siempre que exprese su voluntad por escrito. Se apoya además en el concepto de libertad de escogencia del sistema de salud, desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C115-2008 (sic).

Resolución de segunda instancia o grado

Con Resolución 14 de fecha 3 de octubre de 2019, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la apelada y declara improcedente la demanda. Arguye que si bien de acuerdo con el artículo 15. 1 de la Ley 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, toda persona tiene derecho a escoger el médico o el establecimiento de salud, ello se realizará según la disponibilidad y su estructura. De igual forma el artículo 7 del Reglamento de dicha ley establece que toda persona puede elegir la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) según los lineamientos de las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS). Por ello, si bien los asegurados pueden atenderse en las IPRESS que brindan un seguro de salud, para ello existen seguros del Estado y privados, cada uno con coberturas distintas. Añade que el demandante es un paciente asegurado del Seguro de Social de Salud, por lo que le corresponde recibir atención en los establecimientos circunscritos a EsSalud, lo que no significa denegación arbitraria del acceso a la prestación del derecho constitucional a la salud.

FUNDAMENTOS

§ Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. El objeto de la presente demanda es que se traslade al recurrente a un centro de salud especializado a fin de que se le brinde el tratamiento adecuado que requiere para las múltiples enfermedades que padece, a fin de que sea atendido por un equipo multidisciplinario que incluya la evaluación por médico infectólogo, exámenes auxiliares, así como los tratamientos y rehabilitaciones especializadas y se le otorgue medicación oportuna, todo bajo la cobertura íntegra de EsSalud, conforme a lo dispuesto en la Ley 26626, que *Encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el virus de inmunodeficiencia humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual.*

2. Previamente es importante enfatizar que en el proceso de amparo tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales frente a medidas concretas. En tal sentido, al resolver este tipo de proceso constitucionales, los jueces deben identificar el supuesto acto lesivo y el o los derechos fundamentales supuestamente afectados. Se trae

esto a colación por cuanto no se se aprecia de autos que el demandante haya solicitado ante el Seguro Social de Salud, EsSalud o el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins (HNRM), que se le traslade a otro centro de salud, por lo tanto, no existe una denegación de tal solicitud. En tal sentido, al no existir una denegatoria de su pedido, en principio, su demanda no procedería. No obstante, debido a la situación del actor, que adolece de VIH y sarcoma de Kaposi y viene recibiendo el TARGA, este Tribunal entiende que es de aplicación, mutatis mutandis, lo establecido en el artículo 46, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. Igualmente queda justificado que se hace necesaria una tutela urgente derivada de la relevancia y la gravedad de las circunstancias. Más aun si es que el Tribunal Constitucional ha precisado que la persona con VIH/SIDA es sujeto de especial protección constitucional (sentencia del Expediente 04749-2009-PA/TC, fundamento 29). Aunado a ello, no puede dejar de apreciarse la presente controversia en el contexto de la pandemia y la declaración de emergencia sanitaria. En tal sentido, este Tribunal procederá a analizar la presente demanda tomando especial atención a las circunstancias concretas del recurrente.

3. Por ello, es importante también destacar los antecedentes que han llevado al demandante a plantear esta demanda de amparo. Ha indicado que: (i) se le diagnosticó tardíamente la enfermedad VIH; (ii) y que en dos ocasiones se le dieron los medicamentos para la Terapia Antirretroviral de Gran Actividad (TARGA) para treinta días, pero agendándole la siguiente cita pasados los 30 días. De forma tal que no podría continuar con la TARGA por unos días.

4. Respecto del primer punto no se ha adjuntado medios probatorios que sustenten lo alegado, pero respecto del segundo sí se han adjuntado. En efecto, el demandante ha acompañado a su demanda la receta médica de fecha 1 de julio de 2016, con medicamentos para el TARGA por 30 días, y la cita médica de atención para el día 12 de agosto de 2016. Y se acredita que no recibió los medicamentos por 13 días (f. 3). Asimismo, se anexa la receta médica del 13 de octubre del 2016, que prescribe medicamentos por 30 días, y la cita médica programada para el 22 de noviembre de 2016, de modo que no recibió su medicamento por 12 días (f. 4).

5. Frente a la primera de estas situaciones el demandante interpuso una queja, la que fue declarada infundada por la Superintendencia

Nacional de Salud mediante el Informe 02170-2016-IPROT, de fecha 9 de noviembre de 2016. En sus considerandos, el informe indicó que:

> Es pertinente precisar que las citas adicionales pueden resolver casos específicos de necesidad de reevaluación de algunos asegurados, hecho que no constituye una eficaz solución a la carencia de ofertas de citas, debido a la sobrepoblación de asegurados adscritos al HNRM o referidos al mismo, y porque su oferta ha sido rebasada por la demanda de asegurados existente; creando un conjunto de dificultades que no se circunscriben a la gestión y administración de tales citas, sino que afecta los derechos de salud de los pacientes (f. 14).

6. En suma, se aprecia que en los documentos adjuntados a la demanda no figura ninguna solicitud de cambio de centro médico, sino constantes quejas sobre la atención que el demandante recibe en el HNRM, y en particular sobre la situación que creó discontinuidad en su TARGA. Se puede deducir de ello que tales hechos sirven de sustento al demandante para alegar que requiere ser atendido en otra Institución Prestadora de Servicio de Salud, bajo la cobertura íntegra de EsSalud, lo que implica que puede ser un centro de salud público o privado, debiendo ser ello cubierto por su sistema de aseguramiento.

§ Derecho a la salud y el acceso a la prestación de salud

7. Este Tribunal ha indicado, con respecto al derecho a los servicios de salud, 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" (sentencia emitida en el Expediente 00033-2010-PI/TC, fundamento 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 con las características a las cuales se acaba de hacer referencia.

8. Asimismo, como ha declarado 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) (sentencias emitidas en los Expedientes 03228-2012- PA/TC, fundamento 30, y 02566-2014-PA/TC, fundamento 12).

9. Por su parte, la Ley 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, contempla algunos de los componentes del derecho de acceso a los servicios de salud, debiendo resaltarse que en su artículo 15, b), indica que toda persona tiene derecho: "A elegir libremente al médico o el establecimiento de salud, según disponibilidad y estructura de éste, con excepción de los servicios de emergencia." También precisa que toda persona tiene derecho a: "e) A obtener servicios, medicamentos y productos sanitarios adecuados y necesarios para prevenir, promover, conservar o restablecer su salud, según lo requiera la salud del usuario, garantizando su acceso en forma oportuna y equitativa." Estos dos componentes materializan el contenido del derecho a la salud.

10. Acudiendo al derecho comparado, el a quo ha hecho referencia a la llamada "libertad de escogencia del sistema de salud", componente que en realidad esta materializado en el artículo 15, b), mencionado. Ello no implica que tal libertad no esté sujeta a límites. En este caso, los límites se configuran, por ejemplo, de acuerdo con la disponibilidad y estructura del centro de salud. Por su parte el artículo 7 del Reglamento de la Ley 29414, aprobado por Decreto Supremo 027-2015-SA, indica que: "Asimismo, la persona tiene derecho a no ser inducido u obligado a acudir por una determinada atención a otra IPRESS, con excepción de las limitaciones propias establecidas en la cobertura contratada, de ser el caso."

11. En tal sentido, la libertad de los pacientes de elegir a su médico o a qué IPRESS acudir, es parte del derecho a la libertad a la salud, y existe también normativa que concretiza tal dimensión del derecho

a la salud. Así, un paciente puede decidir acudir a un centro privado o público de salud, asumiendo el costo de la atención. De otro lado, en caso se trate de un asegurado de EsSalud, en principio el paciente puede elegir el centro de la red de salud conformada por dicho sistema, siempre que el IPRESS cuente con capacidad de atender satisfacer las necesidades del paciente, así como con capacidad de oferta o resolutiva, entre otros aspectos. A propósito de ello, mediante el Decreto Legislativo 1302, que Optimiza el intercambio prestacional en salud en el sector público y su reglamento (Decreto Supremo 012-201-SA), se ha elaborado lineamiento y reglas al respecto, debiendo concretarse convenios de intercambio prestacional de salud.

12. Lo que no se aprecia es que los asegurados de EsSalud puedan elegir atenderse en otras instituciones prestadoras de servicios de salud bajo la cobertura de tal seguro, salvo el caso en el que exista convenio de intercambio prestacional de salud que así lo permita. Por ello, en caso existan tales convenios, el demandante podrá solicitar ello. Pero lo que la libertad de elegir el centro de salud no ampara es que pueda trasladarse a instituciones prestadoras de servicios de salud del sector privado y que ello sea asumido por EsSalud. Por consiguiente, al no ser ello contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, la demanda debe ser desestimada en este punto.

§ Derecho a la salud en condiciones adecuadas de oportunidad

13. Como ya se ha indicado, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud implica que este se brinde en condiciones adecuadas de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad física y económica. En este caso, se ha acreditado que si bien el actor estuvo recibiendo los medicamentos del TARGA, en dos ocasiones no recibió dichos medicamentos oportunamente, de modo que se presentaron lapsos de 13 y 12 días sin tener tales medicamentos.

14. Para el presente caso debe indicarse que la Ley 26626, que Encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el virus de inmunodeficiencia humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual, establece en su artículo 7, modificado por la Ley 28243, que:

[…]

7.2 Toda persona que se encuentra viviendo con VIH y SIDA, tiene derecho a recibir atención integral de salud continua y permanente por parte del Estado, a través de todos los establecimientos de salud donde tenga administración, gestión o participación directa o indirecta y a la prestación previsional que el caso requiera.

La atención integral de salud comprende las siguientes intervenciones en salud:

a. Acciones de prevención, diagnóstico, tratamiento, monitoreo, consejería pre y post diagnóstico, rehabilitación y reinserción social;

b. Atención ambulatoria, hospitalaria, domiciliaria y/o comunitaria;

c. El suministro de medicamentos requeridos para el tratamiento adecuado e integral de la infección por el VIH y SIDA, que en el momento se consideren eficaces para prolongar y mejorar la calidad de vida de las PVVS, estableciendo la gratuidad progresiva en el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema;

[…]

7.3 El Reglamento establecerá las sanciones para los profesionales, trabajadores e instituciones vinculados a la salud que impidan el ejercicio de los derechos a que se refiere el presente artículo.

7.4 Dentro del régimen privado, los derechos de atención integral de salud y de seguros se harán efectivos cuando se trate de obligaciones contraídas en una relación contractual."

15. El HNRM alega que los lapsos en los que el paciente no tuvo acceso a los medicamente del TARGA no afectaban el tratamiento. En el Informe 02170-2016- IROT, de fecha 3 de noviembre de 2016, se hace referencia a la Carta 01616-GCGRAR-Essalud, de fecha 24 de agosto de 2016, en la que, de acuerdo con el servicio de

medicina interna-infectología, "una interrupción de la medicación por única vez, no causaría un efecto contraproducente en su tratamiento" (f. 14). Como se ha visto en este caso, se han detectado dos interrupciones, lo que implica la existencia de un incumplimiento de las obligaciones existentes para con un paciente de VIH que sí afecta su salud. Ello configura una vulneración del derecho de salud del demandante, la misma que por las circunstancias del caso no puede considerarse extinta o irreparable.

16. En la mencionada Carta 01616-GC-GRAR-Essalud, se indicó que se estaban tomando medidas necesarias para evitar la interrupción del tratamiento. Debe tomarse en cuenta que la presente demanda se interpuso en febrero de 2017, por lo que no se tiene información concreta sobre si se han implementado tales medidas o cuáles son estas. Tampoco resulta claro si es que el demandante ha seguido recibiendo los remedios del TARGA, inclusive durante el estado de emergencia sanitaria. Cuestión que tiene que ser incluida en el análisis de la problemática traída a este Tribunal Constitucional.

17. En efecto, como ya se ha observado previamente, el demandante ha adjuntado documentación en la que solicita que se apliquen cabalmente las normas relativas a fin de hacer efectivo su derecho a la salud, y recibir atención médica adecuada y oportuna. Por su lado, si bien existe una serie de carencias estructurales que terminan por afectar el derecho al servicio de salud, requiriéndose por ello de soluciones también estructurales, estas no siempre pueden realizarse inmediatamente debido a la complejidad de la cuestión. Por ello se requiere "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" (Sentencia 299/2020, fundamento 14).

18. Como ha establecido este Tribunal, no corresponde a la judicatura constitucional fijar el contenido y el desarrollo específico de las políticas públicas, respecto la atención y entrega oportuna de los medicamentos del TARGA. Pero sí es factible en virtud de un test deferente, como el desarrollado en la STC 299/2020, y plantear alternativas a fin de que la implementación de tales políticas se vaya

materializando. Ello no implica que este Tribunal no pueda supervisar en este caso en particular dicha implementación, a fin de resguardar la correcta ejecución de la presente sentencia.

19. En tal sentido, este Tribunal concluye que al haberse observado las omisiones de brindar los medicamentos del TARGA en dos ocasiones al demandante, se debe EXP. N.° 0298-2020-PA/TC LIMA J.E.P.V. declarar fundada la demanda por la vulneración del derecho a la salud del demandante, y ordenar al HNRM que informe las medidas que está tomando a fin de que ello no vuelva a ocurrir. Asimismo, y frente al contexto tan particular que la pandemia por el Covid-19 ha impuesto, se deberá informar también sobre las medidas tomadas o a tomar para continuar con la entrega de medicamentos del TARGA al demandante.

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.

2. **ORDENA** que se entregue oportunamente las medicinas del TARGA al demandante.

3. **ORDENA** que informe a este Tribunal Constitucional sobre las medidas aplicadas a fin de evitar las omisiones en la entrega de tales medicamentos. Asimismo, **ORDENA** que se remita información sobre las medidas planteadas para la entrega de medicinas del TARGA en el contexto de la emergencia sanitaria.

4. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto el traslado del demandante a otro centro de salud bajo la cobertura de EsSalud.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien coincido con declarar fundada en parte la demanda, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. Este Tribunal al emitir la sentencia recaída en el Expediente 03228-2012-PA/TC, 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 un 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 que es un paciente con el VIH, las emplazadas no estarían otorgándole oportunamente los medicamentos para el tratamiento de dicha enfermedad, vulnerando su derecho a la salud; por lo que, ante 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 habilitado para remediar dicha situación, a fin de que las entidades que resulten competentes subsanen las deficientes actuaciones u omisiones en las que hubieran incurrido en agravio del demandante.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el proyecto de sentencia en la medida que resuelve declarar fundada en parte la demanda de amparo. Sin embargo, considero pertinente señalar lo siguiente a modo de mayor abundamiento:

Coincido en que en este caso corresponde usar el "test deferente" para el control constitucional de políticas públicas (Sentencia 02566-2014-PA), pues a través suyo es posible resolver de manera efectiva este tipo de controversia (en el que existen ámbitos prestacionales insatisfechos), sin superponernos en el ejercicio de competencias ajenas. Sin embargo, considero que, a efectos de utilizar de mejor modo el referido examen, la información que se está ordenando entregar en el punto resolutivo 3 del proyecto, en realidad, debió pedirse antes de sentenciar, con la finalidad de poder mejor enfrentar de mejor modo la cuestión planteada.

Por otra parte, y también tomando en cuenta el test deferente, es necesario especificar ante qué tipo de insuficiencia nos encontramos. En efecto, el test consta de algunos criterios, que permiten ver en qué falló la política pública estatal orientada a tutelar el derecho, si acaso existe alguna (sobre estos criterios, cfr. Sentencias 0033-2010-PI y 03228-2012-PA). En este orden de ideas, considero que, en el presente caso, los déficits que se detectan son los de consideración y de respeto suficiente.

Asimismo, en relación con el pedido del recurrente de ser trasladado a otro centro de salud, considero que lo que le corresponde al Estado es, desde luego, asegurar una consideración suficiente de los contenidos del derecho (lo que implica satisfacer las condiciones de oportunidad y accesibilidad), pero de ninguna forma le compete al Tribunal Constitucional decidir que el traslado solicitado sea la mejor manera de tutelar el derecho (en esto precisamente consiste la "deferencia"). En consonancia con lo anterior, también estimo que lo ordenado en la sentencia debería estar propiamente orientado a exigir y asegurar una debida consideración y respeto suficientes en relación con el derecho involucrado.

Por otra parte, respecto de la situación del recurrente, considero importante advertir que tener el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) predispone al surgimiento de muchas otras enfermedades, incluyente al Sarcoma de Kaposi que lamentablemente fue detectado en este caso. Siendo así, debe relevarse que la Terapia Antirretroviral de Gran Actividad (TARGA), que por momentos fue suspendida por la entidad demandada, no es algo de menor importancia, sino por el contrario, su ausencia que pone en grave riesgo a las personas con VIH. A mayor abundamiento, debe tomarse en cuenta que, conforme, a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional las personas con VIH/Sida son personas vulnerables, que requieren una especial atención por parte del Estado (en este sentido, han sido reconocidas como "sujetos de una especial protección constitucional" en la Sentencia 04749-2009-PA).

Por último, debo destacar que el derecho a la salud eventualmente puede ser satisfecho por los agentes privados, incluso como parte de las prestaciones brindadas por EsSalud a sus asegurados, aunque siempre que exista un convenio que así lo permita, conforme a ley. Esto también implica, desde luego, que, en la medida que dicha colaboración no está prevista para todos los casos, el sistema de seguridad social y de sanidad pública debe estar en condiciones de enfrentar, con características de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad, los muy diversos problemas de salud que pueda aquejar a cualesquiera de los contribuyentes o usuarios del sistema público.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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 los fundamentos y el sentido de la ponencia presentada que declara **FUNDADA en parte** la demanda, e **INFUNDADA** respecto del traslado del demandante a otro centro de salud bajo la cobertura de EsSalud, y a los cuales me remito.

Lima, 2 de junio de 2021

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestro colega magistrado emitimos el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. Coincidimos con la ponencia en tanto se ha acreditado la vulneración del derecho a la salud, pues se han detectado dos interrupciones al tratamiento del favorecido, lo que implica la existencia de un incumplimiento de las obligaciones existentes para con un paciente con virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).

2. Sin embargo, dadas las particularidades del caso de autos no corresponde ordenar a la entidad demandada que informe al Tribunal Constitucional sobre las medidas aplicadas a fin de evitar omisiones en la entrega de las medicinas de la Terapia Antirretroviral de Gran Actividad (TARGA), así como las medidas planteadas en el contexto de emergencia sanitaria, pues ello debe ser merituado por el juez de ejecución de primera instancia (Cfr. artículo 22 del Código Procesal Constitucional). Ello sin perjuicio de que, en otras ocasiones, bajo una debida motivación se disponga un seguimiento a las medidas dispuestas en esta sede (cfr. 01146-2021-PA/TC).

Por lo tanto, nuestro voto es por 1. declarar **FUNDADA** en parte, la demanda de amparo; 2. **ORDENAR** que se entregue oportunamente las medicinas del TARGA al demandante; 3. declarar I**NFUNDADA** la demanda respecto el traslado del demandante a otro centro de salud bajo la cobertura de EsSalud.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia y con su fundamentación, me aparto del punto resolutivo 3, que ordena a la entidad demandada que informe al Tribunal Constitucional sobre las medidas aplicadas a fin de evitar omisiones en la entrega de las medicinas del TARGA, así como las medidas planteadas en el contexto de emergencia sanitaria. El proceso de amparo tiene una finalidad restitutoria, dejando sin efecto los actos que vulneran o amenazan derechos fundamentales en un caso concreto; sin embargo, dicha finalidad se desnaturaliza al disponer un mandato como el referido.

De otro lado, como ya he manifestado en los votos singulares que he emitido en los Expedientes 889-2017-PA/TC y 853-2015-PA/TC, las competencias del Tribunal Constitucional están establecidas en el artículo 202 de la Constitución. En esencia, se trata de un órgano de control del poder, y el primer poder que debe limitar es el suyo propio, ateniéndose a realizar solo aquello para lo que está autorizado. Para ejecutar los mandatos contenidos en el punto resolutivo 3 se requiere una labor de seguimiento por parte de este Tribunal, que lo distrae del ejercicio oportuno de la función jurisdiccional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 676/2021
EXP. N° 01594-2020-PA/TC
LIMA
D. P. F. E.

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de mayo de 2021, los magistrados Ledesma Narváez y Blume Fortini; y los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, quienes votaron en fecha posterior, han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la excepción de prescripción formulada por la demandada.

2. Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inaplicables al caso los artículos 42 inciso c) y 49 inciso f) del Decreto Supremo Nº 001-2010- DE/SG; por lo tanto, dejar sin efecto la Resolución Directoral Nº 085-2014 MGP/DGP de fecha 05 de febrero del 2014.

3. Disponer que el Instituto Superior Tecnológico Naval (CITEN) y la Marina de Guerra del Perú repongan a D.P.F.E. en su condición de alumna.

4. Ordenar a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad

5. Exhortar a los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas a que apliquen el Decreto Supremo 009-2019-DE, conforme a los lineamientos establecidos por este Tribunal en la presente sentencia.

Los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda de amparo.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto y que se entregará en fecha posterior.

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 25 días del mes de mayo de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera aprobado en la sesión del Pleno de fecha 10 de junio de 2021. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera votarán en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña D.P.F.E. contra la resolución de fojas 201, de fecha 10 de octubre del 2019, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de julio de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Director General de Personal de la Marina de Guerra del Perú y el Comandante General de la Marina, a fin se declare la nulidad de la Resolución Administrativa Nº 085-2014 MGP/DGP, de fecha 05 de febrero del 2014, que dispuso darle de baja y separarla del Instituto Superior Tecnológico Naval (CITEN) por "inaptitud psicofísica de origen psicosomático" por encontrarse en estado de gravidez. Alega la vulneración a los derechos a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, al embarazo y a no discriminación por razones de sexo.

El procurador público de la Marina de Guerra del Perú, don David Eduardo Hidalgo Valdivia, con fecha 31 de enero del 2017, se apersona al proceso de amparo y deduce la excepción de prescripción, argumentando que la resolución administrativa cuestionada tiene como fecha el 5 de febrero del 2014 y la interposición de la demanda fue el 21 de julio de

2016, lo cual excede el plazo de sesenta días para presentar la demanda de amparo, conforme al artículo 44 del Código Procesal Constitucional. Asimismo, sostiene que no existe vulneración alguna a ningún derecho fundamental, toda vez que la Resolución Administrativa Nº 085-2014 MGP/DGP dispuso la baja conforme a la normativa vigente de dicha institución, acorde a lo establecido en el literal f) del artículo 49 del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, según el cual es causal de baja "la inaptitud psicofísica de origen psicosomático", y como se establece en el literal a) del artículo 133 de dicho reglamento, que es competencia del Consejo Psicofísico "Investigar y determinar las causas que originan la condición de la inaptitud psicosomática en un determinado cadete o alumno y recomendar las acciones que hubiere lugar". Por otro lado, afirma que la aplicación del literal antes citado se debe a la exclusiva protección del bien jurídico vida, conforme el literal a) del artículo 135 del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, dado que las exigentes actividades físicas militares pudieran devenir en la desprotección de un compromiso que voluntariamente aceptó la recurrente, el mismo que tenía por objeto no salir en estado de gestación por 3 años al ser incompatible con las exigencias de la formación. Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, señala que la condición que le dio de baja, y que no permite a la recurrente continuar su formación, es por actos propios de la demandante, y que su reincorporación pondría en riesgo su integridad y la vida del concebido, que es sujeto de derecho.

El Noveno Juzgado Constitucional, a través de la Resolución (fojas 114), con fecha 31 de julio del 2017, declaró infundada la excepción de prescripción extintiva, por considerar que no se ha acreditado que a la fecha de interposición de la demanda los actos de afectación hayan cesado; y en consecuencia, declaró saneado el proceso. El mismo órgano jurisdiccional de primer grado, con fecha 24 de agosto del 2018, declaró fundada la demanda (fojas 125) por considerar que dicha resolución administrativa incurriría en un trato discriminatorio indirecto, a causa del estado de gravidez de la recurrente.

Por su parte, la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 10 de octubre del 2019, revocó la resolución de primer grado y declaró fundada la excepción por prescripción extintiva presentada por la demandada. Asimismo, resolvió declarar la improcedencia de la demanda (fj. 201), por estimar que no existe una

vulneración permanente en el tiempo; en consecuencia, a juicio de la Sala revisora, se habría incurrido en un vicio de improcedencia al haber transcurrido en exceso el plazo de 60 días contemplado en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional para interponer la demanda y por considerar que la parte recurrente no habría desvirtuado en los actuados dicha excepción por prescripción.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y determinación del asunto controvertido

1. El objeto de la demanda, de acuerdo con lo que alega la parte actora, es que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 085-2014 MGP/DGP, de fecha 5 de febrero de 2014, a fin de que se incorpore a la demandante al Instituto Superior Tecnológico Naval CITEN, toda vez que sus derechos a la igualdad, a no ser discriminada y a la educación, han resultado vulnerados.

2. En efecto, el Tribunal verifica que la separación y dada de baja del Instituto Superior Tecnológico Naval CITEN, por la Resolución Directoral 085-2014 MGP/ DGP, se basó en una inaptitud psicofísica de origen psicosomático, por encontrarse la EXP. N.° 01594-2020-PA/TC LIMA D. P. F. E. demandante en estado de gestación.

§. Sobre la medida cautelar dictada por el juez que conoció el amparo en primera instancia o grado

3. Tal como se observa del expediente administrativo del cuaderno de este Tribunal Constitucional, con fecha 17 de abril de 2017 el Noveno Juzgado Constitucional de Lima concedió una medida cautelar innovativa a la recurrente. Así, mediante resolución 1 dispuso que se le reincorpore provisionalmente como alumna del segundo año del Programa de Formación Profesional Técnica del Instituto de Educación Superior Tecnológico Naval CITEN. Por tanto, la recurrente viene cursando sus estudios tal como consta en autos (f. 105 del cuaderno del Tribunal).

Consideraciones previas y procedencia de la demanda

4. En relación con la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, debe señalarse que a través de la cuestionada

Resolución Directoral 085-2014 MGP/DGP se impuso a la actora la sanción que le impidió continuar con su preparación académico profesional, situación que se mantuvo hasta la intervención del Poder Judicial, que a través de una medida cautelar dictada en estos autos removió temporalmente tal impedimento.

5. Por otro lado, resulta importante precisar que la imposición de una sanción de separación de una estudiante de las fuerzas policiales debido a su estado de gestación, acto similar al que la demandante alega como lesivo a sus derechos constitucionales, fue materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 05527-2008-PHC, en la que dejó claramente establecido que la separación de una estudiante por razón de embarazo constituye una medida discriminatoria, lo que resultaba de observancia, no solo por las fuerzas policiales sino también por las fuerzas armadas; más aún, el Poder Judicial, en otros procesos instaurados contra la ahora demandada (fs. 15 a 19), aplicó tal lineamiento dejando sin efecto las sanciones impuestas.

6. Así pues, al haber impuesto a la recurrente la sanción materia del presente amparo, la demandada podría estar incurriendo en una conducta reiterada. Siendo ello así, amparar la excepción formulada podría implicar la convalidación de dicha conducta, lo que no guardaría concordancia con los fines de los procesos constitucionales, por lo que, en este caso concreto, en aras de brindar efectiva protección a los derechos invocados, debe desestimarse el medio de defensa formal deducido por la demandada.

ANÁLISIS DEL CASO

§ Consideraciones del Tribunal Constitucional

Género y Constitución

7. No hay discusión de que en el Estado constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el mismo que 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 y hacer posible que todas las personas disfruten de sus derechos en la misma medida.

8. 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 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).

9. 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 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 igualdad y de no discriminación

10. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución, reconoce el principio-derecho de igualdad en los siguientes términos:

    Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

11. En su jurisprudencia, este Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 0045-2004-Al/TC, fundamento 20). Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que,

en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.

12. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

13. Este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" (Opinión Consultiva N° 4/84). La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se vulnera a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).

El derecho a la no discriminación de las mujeres embarazadas

14. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia

recaída en el Expediente 05652- 2007- PA/TC, incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminación directa, a través de la cual toda norma que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

15. 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 inferioridad de la mujer en la vida social, cultural, económica y política. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en los diferentes entornos sociales, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.

16. 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 con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al vulnerar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo, proscrita por el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Constitución.

17. En tal sentido, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período 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: educativas, laborales, entre otras.

18. Por ello, la prohibición de acceso a la educación o la expulsión de una estudiante por razón de su embarazo constituye una discriminación

directa basada en el sexo, como también lo puede ser por ejemplo la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior a la de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

El derecho a la educación

19. La Constitución en su artículo 13 prescribe 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".

20. Por su parte, los diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos reconocen la relevancia de la educación para el libre desarrollo de la personalidad, así como para el ejercicio efectivo de los derechos y para una participación informada en una sociedad. Así, el artículo 26, inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que "la 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". Y, el artículo 13 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, precisa que "la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre".

21. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), suscrita el 23 de junio de 1981 y ratificada el 13 de setiembre de 1982 por el Perú, en lo que respecta al derecho a la educación de las mujeres, ha establecido en su artículo 10 las medidas que los Estados deben adoptar a fin de asegurar la igualdad de derechos en la esfera educativa:

    a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica

y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.

22. En suma, 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 emitida en el Expediente 00091-2005-PA/TC, fundamento 6).

23. De ahí que este Tribunal, a propósito de un caso similar al de autos, haya enfatizado en su sentencia recaída en el Expediente 05527-2008-PHC/TC, que el embarazo de una cadete o alumna no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Y, en tal sentido, que ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada, puede, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta, al embarazo. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o particular puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de embarazo. Y precisó finalmente que la separación de una cadete o alumna por causal de embarazo

vulnera sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, debido a que es una medida que tiende a impedir el ejercicio de la maternidad y a restringir injustificadamente el medio idóneo para alcanzar su desarrollo integral.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad

24. Tal como quedó establecido en la sentencia recaída en el Expediente 02868-2004- 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.

25. 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 14).

26. 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 aquél ente artificial 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 de la 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 EXP. N.° 01594-2020-PA/TC LIMA D. P. F. E. Expediente 00032-2010-PI, fundamento 23).

Control difuso de constitucionalidad de los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG

27. Este Tribunal ha dejado sentado (Cfr. sentencias emitidas en los Expedientes 03741- 2004-PA/TC, 02132-2008-PA/TC, entre otras) que el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (artículo 138). El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. De ahí que conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable.

28. Ahora bien, en lo que al caso respecta se ha precisado que el acto alegado como inconstitucional proviene del Instituto Superior Tecnológico Naval CITEN, que en aplicación de disposiciones legales contenidas en el Decreto Supremo N° 001-2010- DE/SG (artículos 42 y 49), dispuso dar de baja a la alumna D.P.F.E. por causal de estado de gestación. En tal sentido, para pronunciarse sobre la validez constitucional de dicho acto, es necesario hacer un control de constitucionalidad de las disposiciones contenidas en el referido decreto supremo.

29. En tal sentido, cabe recordar que los criterios a seguirse para proceder al control judicial difuso de constitucionalidad, según lo ya establecido por este Tribunal en la sentencia emitida en el Expediente 02132-2008-PA/TC, son los siguientes:

    29.1 Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional: Debe verificarse si en el caso se aplica o amenaza aplicar

(artículo 3 del Código Procesal Constitucional) una norma legal autoaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 04677-2004-AA, fundamento 3 y ss.) o de ser el caso verificarse si en el acto cuestionado se ha aplicado una norma legal que se acusa de inconstitucional.

Las disposiciones legales en cuestión son las siguientes:

> **Artículo 42.- Del estado civil, paternidad y maternidad**
>
> Para obtener y mantener la condición de Cadete o Alumno en los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, se requiere cumplir con lo siguiente:
>
> a) Ser soltero
>
> b) No haber tenido o tener hijo
>
> c) No encontrarse en estado de gestación" (subrayado nuestro)
>
> **"Artículo 49.- De las causales de baja**
>
> La baja del cadete o alumno de Los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, puede darse en los siguientes casos:
>
> a) Incumplimiento con los requisitos de la condición de Cadete o Alumno.
>
> b) Medida Disciplinaria.
>
> c) Deficiencia Académica.
>
> d) Inaptitud Psicofísica de origen físico.
>
> e) A su solicitud.
>
> f) Inaptitud Psicofísica de origen psicosomático.
>
> g) Fallecimiento". (Subrayado nuestro).

El Tribunal observa que los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010- DE/SG constituyen un caso de normas

autoaplicativas. Y también considera el Tribunal que dichas disposiciones son inconstitucionales y lesionan derechos fundamentales desde su entrada en vigencia. Ello por cuanto establece 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).

Tal trato diferenciado injustificado impide el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, corno 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). En el caso, la demandante no solo ve frustrada la posibilidad de concretar una carrera militar que eligió, sino también tiene que soportar que su condición de mujer y, en particular, su estado de gestación, le impide acceder de manera libre a una de las opciones educativas que el sistema ofrece para alcanzar el desarrollo personal y que el Estado, del cual forma parte, en lugar de eliminar las diferencias culturalmente creadas, las legitima y formaliza expidiendo normas como las sometidas a control. Y, como consecuencia de ello, su proyecto de vida trazado de manera autónoma y libre se ve truncado por una decisión externa irrazonable y contraria al orden constitucional.

Dichas disposiciones legales contribuyen, pues, a fortalecer la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social y pública que el Perú como sociedad todavía no ha erradicado. Y, de otro lado, también impiden que como Estado el Perú cumpla con sus obligaciones internacionales, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Ello porque, como declara la CEDAW, en su artículo 1, la expresión "discriminación contra la mujer" denota:

> "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".

Y de tal definición, la CEDAW precisa una serie de obligaciones que los Estados partes tienen el deber de cumplir con el propósito de erradicar la discriminación contra las mujeres. Así, en el artículo 5, inciso a, la CEDAW es enfática en señalar que los Estados tomarán las medidas apropiadas para:

> "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

Por ello, el Comité CEDAW en su Recomendación General N° 25 adoptada en el año 2004, durante el 30avo período de sesiones, ha advertido que son tres las obligaciones fundamentales para los Estados a fin de eliminar la discriminación contra la mujer:

> "En primer lugar, los Estados partes tienen la obligación de garantizar que no exista discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación.

La segunda obligación de los Estados partes radica en mejorar la situación de facto de la mujer, adoptando políticas y programas concretos y eficaces.

En tercer lugar, los Estados partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales".

29.2 Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso: El control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental. El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico de control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

No cabe duda que los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010-DE/SG guardaban una relación directa con las circunstancias fácticas en las que se encontró la demandante, pero sobre todo con las razones que motivaron la decisión de darle de baja. En efecto, la Resolución Directoral 085-2014 MGP/DGP, de fecha 05 de febrero de 2014, dispuso la separación y dio de baja a la recurrente exclusivamente debido a su estado de gestación. Si bien es cierto se trata de una resolución general donde no se consigna expresamente las normas en las que encuentra sustento la baja de D.P.F.E., es claro que tal decisión está amparada en lo establecido por los ya citados artículos 42 y 49 del Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG, dado su contenido dispositivo y la condición de cadete o alumna que ya tenía.

29.3 Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley: En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que se encuentre acreditado que la aplicación de la ley haya causado o pueda causar un agravio directo, pues de otro modo el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso

Como consecuencia de la expedición de la resolución directoral en análisis, a demandante fue dada de baja prohibiéndosele continuar su carrera militar. Con ello, su derecho a no ser discriminada por razón del sexo ha sido vulnerado, pero también su derecho a la educación resultó lesionado, dado que se le prohíbe inconstitucionalmente formarse profesionalmente para la vida, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad resultó violado en tanto su proyecto de vida se vio truncado.

En relación con lo expuesto, no se puede dejar de indicar que con fecha 17 de abril de 2017, el Noveno Juzgado Constitucional de Lima concedió una medida cautelar innovativa a la recurrente. Así, mediante Resolución 1 dispuso que se le reincorpore provisionalmente como alumna del segundo año del Programa de Formación Profesional Técnica del Instituto de Educación Superior Tecnológico Naval CITEN. Por tanto, la recurrente viene cursando sus estudios tal como consta en autos (f. 105 del cuaderno del Tribunal). No obstante, alcanzó tal situación después de casi cuatro años de que fue expulsada del CITEN, es decir, perdió varios años de estudios. Es necesario, por tanto, que este Tribunal absuelva la controversia planteada a fin de que la medida provisional adoptada por las instancias precedentes quede definida y, en particular, la situación académica de la demandante.

29.4 Conexidad en un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control: Asimismo, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de disposiciones legales cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su "cuidado" es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia "especializada". De ahí que el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevenga que "Los

jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular", y también que la Primera Disposición Final de la Ley 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, establezca que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad".

Las disposiciones legales que vienen siendo objeto de control, en términos técnicos, son normas infralegales, de ahí que el Tribunal se encuentre impedido de realizar un control abstracto de constitucionalidad sobre ellas. El Tribunal Constitucional ya ha emitido un pronunciamiento previo y ha realizado ya un control difuso sobre los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001- 2010-DE/SG en sentencia emitida en el Expediente 01423-2013-PA/TC. Sin embargo, es pertinente subrayar que el problema jurídico anotado en dichos artículos se mantiene en los artículos 86, inciso d), 93, inciso i) y 202, inciso a) del Decreto Supremo 009-2019-DE, el cual es el Reglamento vigente de los centros de formación de las Fuerzas Armadas. Por ello es que los artículos anotados guardan conexidad con el problema jurídico evidenciado en los artículos 42, 49 y 135 del Decreto Supremo 001-2010-DE/SG.

29.5 Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad: Dadas las consecuencias que el ejercicio del control difuso puede tener sobre las leyes, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un juez debe apelar (sentencias emitidas en los Expedientes 00141-2002-AA/TC, fundamento 4 "c"; 00020-2003-AI/TC, fundamento 5), habida cuenta que "los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional", conforme dispone la Segunda Disposición General de la Ley 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Así, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera impone que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

El Tribunal observa que los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010- DE/SG son normas de tipo "regla", es decir, normas de estructura cerrada cuya determinación semántica es clara en la medida en que constituyen mandatos concretos y, por tanto, no resisten interpretación. En tal sentido, considera este Tribunal que dado que las disposiciones legales cuestionadas son requisitos a cumplir (mandatos concretos), no habría margen para atribuirles un sentido interpretativo diferente a fin de salvar su constitucionalidad.

29.6 Verificación de que la norma a implicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de esta al caso concreto: Luego de haber agotado los pasos antes referidos, debe verificarse si la norma legal objeto de control difuso de constitucionalidad es manifiestamente incompatible con la Constitución, y si es así, disponerse su inaplicación al caso concreto. En tal verificación resultará de particular importancia identificar aquel contenido constitucionalmente protegido, así como la manifiesta incompatibilidad de la norma legal respecto del mencionado contenido constitucional; procedimiento en el que resultará importante superar el control de proporcionalidad, entre otros que se estime pertinente, de modo que se argumente correctamente la decisión judicial.

Por las razones que ya han sido expuestas precedentemente, ha quedado demostrado que las normas en cuestión son abiertamente incompatibles con la Constitución, en particular, con los derechos

a la igualdad y de no discriminación, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. Este Tribunal en la sentencia emitida en el Expediente 01423-2013-PA/TC ha llevado a cabo un control de proporcionalidad sobre tales normas, y a la cual en el presente caso se hace remisión por los argumentos allí expuestos. Sin embargo, es oportuno hacer notar que el problema jurídico sobre discriminación directa contra las personas gestantes se mantiene en el Decreto Supremo 009-2019-DE, el cual es el Reglamento vigente de los centros de formación de las Fuerzas Armadas

Conexidad entre los artículos 42, 49 y 135 del Decreto Supremo N° 001-2010- DE/SG y el Decreto Supremo 009-2019-DE

30. Es propicio realizar un cuadro comparativo entre las disposiciones que aparentemente se encontrarían conexas:

Decreto Supremo 001-2010-DE/SG	Decreto Supremo 009-2019-DE
Artículo 42. Del Estado Civil, paternidad y maternidad Para obtener y mantener la condición de Cadete o Alumno en los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, se requiere cumplir con lo siguiente: […] c) no encontrarse en estado de gestación.	**Artículo 86.- De los requisitos para mantener la condición de cadete y alumno.** La condición de militar en formación del cadete o alumno de las escuelas e institutos de formación profesional de las Fuerzas Armadas, está necesariamente condicionada a mantener los requisitos siguientes: […] d) cumplir con las exigencias psicofísicas y psicosomáticas propias de una escuela e instituto de formación profesional. Las juntas de sanidad respectivas, no podrán recomendar la permanencia o la reincorporación de los cadetes o alumnos con limitaciones de índole psicosomático.
Artículo 49. De las causales de baja. La baja del cadete o alumno de Los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, puede darse en los siguientes casos: f) Inaptitud Psicofísica de origen psicosomático.	**Artículo 93. De las causales de baja del cadete y alumno.** […] c) Inaptitud psicofísica de origen psicosomático (con excepción del estado de gestación) […] i) Incumplimiento con los requisitos para el reingreso por reserva de vacante por gestación y maternidad
Artículo 135. Causales de origen Psicosomático Son causales de origen Psicosomático las siguientes: a) Encontrarse en estado de gestación.	**Artículo 202. De las causales de origen psicosomático** Son causales de origen psicosomático las siguientes: a) Encontrarse en estado de gestación

31. El problema jurídico subsiste debido a los requisitos para el ingreso de reserva que formula el anexo E del reglamento en comentario, específicamente:

> 8. Los requisitos para el reingreso de las cadetes o alumnas con reserva de vacante por gestación y maternidad serán los siguientes:
>
> > […] b) Presentar una declaración jurada legalizada mediante la cual acepte/declare voluntariamente lo siguiente:
> >
> > […] (2) Ser consciente que su condición de madre no le otorgará privilegios o distinciones respecto a los derechos y obligaciones que tienen todos los cadetes o alumnos.
> >
> > […] Presentar una copia certificada del acta de conciliación extrajudicial o la resolución judicial del Juzgado de Familia, que establezca que la custodia/tenencia de su menor hijo lo asumirá otra persona o familiar, durante el periodo que reste su proceso formativo.

32. Los requisitos así esgrimidos contradicen el derecho de libre desarrollo de la personalidad y mantienen la discriminación directa a las mujeres que posteriormente buscan reinsertarse en su vida laboral. Debe quedar claro que dichos requisitos para el ingreso de reserva no deben suponer barreras u obstáculos irrazonables para la reinserción de madres gestantes.

§. Efectos de la presente sentencia

33. Así pues, encontrándose probado que la demandante fue separada del Programa de Formación del Instituto de Educación Superior Tecnológico Naval - CITEN y dada de Baja de la Marina de Guerra del Perú por encontrarse en estado de gestación, para este Tribunal dicha decisión constituye un acto discriminatorio que busca estigmatizar a las aspirantes y cadetes o alumnas de los Centros de Formación de las FF.AA. por su estado de embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción inconstitucional.

34. En tal sentido, corresponde inaplicar al caso los artículos 42 inciso c) y 49 inciso f) del Decreto Supremo Nº 001-2010-DE/SG por ser contrarios a la Constitución.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la excepción de prescripción formulada por la demandada.

2. Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inaplicables al caso los artículos 42 inciso c) y 49 inciso f) del Decreto Supremo Nº 001-2010-DE/SG; por lo tanto, dejar sin efecto la Resolución Directoral Nº 085-2014 MGP/DGP de fecha 05 de febrero del 2014.

3. Disponer que el Instituto Superior Tecnológico Naval (CITEN) y la Marina de Guerra del Perú repongan a D.P.F.E. en su condición de alumna.

4. Ordenar a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad

5. Exhortar a los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas a que apliquen el Decreto Supremo 009-2019-DE, conforme a los lineamientos establecidos por este Tribunal en la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto, con fecha posterior, a fin de expresar que me encuentro de acuerdo con el sentido de la ponencia que declara **IMPROCEDENTE** la excepción de prescripción formulada por la demandada y **FUNDADA** la demanda.

Lima, 27 de mayo de 2021.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por la ponencia, en virtud de los argumentos allí expuestos.

Lima, 1 de julio de 2021.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestra colega magistrada, emitimos el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. La demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 085- 2014-MGP/DGP, de fecha 5 de febrero de 2014 (folio 3), que resolvió separarla del Programa de Formación del Instituto de Educación Superior Tecnológico Naval (Citen), y darle de baja por la causal de "inaptitud psicofísica de origen psicosomático" por encontrarse en estado de gestación.

2. El artículo 44 del Código Procesal Constitucional dispone que el plazo para interponer la 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.

3. Advertimos que, conforme se verifica del cargo de recepción de notificación de folios 55, la resolución cuestionada fue notificada a la demandante en la misma fecha de su emisión, es decir, el 5 de febrero de 2014, motivo por el cual, al haberse interpuesto la presente demanda con fecha 21 de julio de 2016 (folio 20), ha vencido el plazo para interponerla.

Por las razones expuestas, nuestro voto es a favor de declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, en aplicación del inciso 10 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 21 de julio de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Director General de Personal de la Marina de Guerra del Perú y el Comandante General de la Marina, a fin se declare la nulidad de la Resolución Administrativa 085-2014 MGP/DGP, de fecha 05 de febrero del 2014, que dispuso darle de baja y separarla del Instituto Superior Tecnológico Naval (Citen) por "inaptitud psicofísica de origen psicosomático" por encontrarse en estado de gravidez. Alega la vulneración a los derechos a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, al embarazo y a no discriminación por razones de sexo.

2. Ahora bien, es necesario analizar en el presente caso si la demanda cumple con los requisitos procesales exigibles en sede constitucional. Y es que la resolución de segunda instancia o grado ha declarado fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción (f. 201), ya que ha considerado que la demanda ha sido interpuesta de forma extemporánea. En ese sentido, considero que es necesario dilucidar si es que la aplicación de esta causal de improcedencia ha sido correcta.

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 […]". En esa línea el artículo 5, inciso 10 del anotado Código, señala que "[n]o proceden los procesos constitucionales cuando […] [h]a vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus".

4. Se observa de autos que acto lesivo fue generado por la Resolución Directoral 085- 2014 MGP/DGP, de fecha 05 de febrero del 2014, notificada a la recurrente el mismo día, según es de verse del cargo de notificación adjunto al escrito presentado ante este Tribunal el 14 de abril último, contabilizándose el plazo de prescripción de interposición de la demanda de amparo desde la fecha de notificación de la citada resolución, más aún si no se advierte que contra ella la recurrente haya interpuesto recurso de apelación. Al respecto, la demanda de amparo fue interpuesta el 21 de julio de 2016 (f. 20), sin que medien razones objetivas que constaten un impedimento para interponerla, y menos es posible señalar que el acto de vulneración ha sido continuado, pues se materializó inmediatamente con la expulsión del Centro de Formación.

A partir de lo expuesto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos en aplicación del artículo 5, inciso 10 del Código Procesal Constitucional.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

El objeto de la demanda, de acuerdo con lo que alega la parte actora, es que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 085-2014 MGP/DGP, de 5 de febrero de 2014, a fin de que se incorpore a la demandante al Instituto Superior Tecnológico Naval CITEN. 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 acto denunciado como lesivo fue la Resolución Directoral 085-2014 MGP/DGP, fue notificada ese mismo día, como se aprecia del cargo de recepción de notificación de baja de alumnos (folios 41). A partir de esa fecha, se contabiliza el plazo de prescripción de interposición de la demanda de amparo, más aún si no se observa que contra dicha resolución la recurrente haya interpuesto recurso de apelación. Al respecto, la demanda de amparo fue interpuesta el 21 de julio de 2016 (folios 20), sin que medien razones objetivas que constaten un impedimento para interponerla.

Tampoco se puede señalar que el acto de vulneración ha sido continuado, pues se materializó inmediatamente con la expulsión del Centro de Formación.

Por ende, se constata que ha vencido el plazo para interponer la demanda, con lo cual la demanda, en aplicación del artículo 5, inciso 10, del Código Procesal Constitucional, debe ser desestimada.

Por consiguiente, considero que se debe declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Sin perjuicio de ello, me aparto de los fundamentos 7, 8 y 9 de la sentencia agrupados bajo el subtítulo "Género y Constitución" porque en ella se hacen alusiones a políticas públicas y antecedentes históricos que no resultan relevantes para la resolución del caso.

Además, con relación al análisis que realiza la ponencia del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo 001- 2010-DE-SG, cabe señalar que el derecho a la igualdad no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. No todo tratamiento diferenciado es discriminatorio.

El derecho a la igualdad exige un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general, pero dicha regla puede admitir excepciones en función a la naturaleza de las cosas. El embarazo es una condición natural, no cultural, única y especial y que acarrea una serie de cambios en la gestante. La formación militar propia de los centros de formación de las Fuerzas Armadas exige la realización de una intensa actividad física, cuya ejecución, evidentemente, puede poner en riesgo la vida y la salud de la madre gestante y del concebido, quien es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2, inciso 1 de la Constitución). Aseverar lo contrario significaría que, por permitir que una alumna embarazada cumpla su deseo de permanecer en un centro de formación militar, la concreción de este legítimo deseo se imponga a toda costa, aun poniendo en riesgo su propia integridad física y la del concebido.

En cualquier caso, el reglamento cuestionado solo tenía (pues ha sido reemplazado por un nuevo reglamento que ya no contempla al embarazo como causal de baja), como no podía ser de otra manera, un ámbito temporal de aplicación, esto es, mientras la persona tenga la condición de alumna de un centro de formación de uno de los institutos armados. Concluida su formación, puede quedar embarazada y ser madre, si así lo desea.

En síntesis, así la demanda hubiese sido interpuesta dentro del plazo legal, esta sería infundada en atención a los fundamentos plasmados en este voto.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con estimar la demanda en los términos expresados en la parte resolutiva, discrepo y me aparto de los fundamentos 7 a 9 de la sentencia, que desarrollan los temas de "Género y Constitución", por cuanto resultan aspectos irrelevantes para resolver la presente controversia.

Asimismo, considero necesario enfatizar que aun cuando la Constitución y la ley establecen la prohibición de discriminación por razón del sexo, y que en la actualidad se han regulado mejores garantías para la mujer trabajadora y gestante, ello aun no se ve reflejado en la normativa vinculada con la educación, pues, conforme se aprecia de autos, es la misma regulación infralegal la que termina incorporando supuestos de discriminación en perjuicio de la mujer embarazada estudiante, sin actualizar las medidas que, al respecto, pueden adoptarse alternativamente, a efecto de no perjudicar su desarrollo académico en sectores castrenses.

En tal sentido, urge que entidades como la emplazada inicien una revisión de su normatividad a fin de depurar supuestos como los contenidos en el inciso c) del artículo 42 del Decreto Supremo 001-2020-DE/SG, que por razones más que evidentes, resultan contrarios a la prohibición de discriminación por razón del sexo contenida en el inciso 2, del artículo 2, de la Constitución.

S.

BLUME FORTINI

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 14 de diciembre de 2021

VISTO

El escrito de fecha 2 de agosto de 2021, presentado por D.P.F.E; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante escrito de fecha 02 de agosto de 2021, la recurrente solicita que se integre la sentencia dictada en autos, pues, refiere, se omitió pronunciamiento respecto a los costos del proceso, conforme lo dispone el artículo 28 del Código Procesal Constitucional.

2. Al respecto, cabe señalar que el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional (antes 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. Si el amparo fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos constitucionales, el Estado solo puede ser condenado al pago de costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en el presente código, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil

3. En atención al citado artículo, corresponde ordenar el pago de los costos procesales al haberse declarado fundada la demanda.

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

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** el pedido formulado e integrando la sentencia de fecha 25 de mayo de 2021, se condena a la emplazada al pago de los costos procesales a favor de la recurrente, los mismos que serán liquidados en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

Pleno. Sentencia 738/2021
EXP. N.° 01146-2021-AA/TC
LIMA
PABLO JOSÉ ZAPATA LÓPEZ
representado por ANDRÉS AMÍLCAR
ZAPATA SILVA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales (con fundamento de voto), Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, han emitido, por mayoría, la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda.

2. **DISPONER** que, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, emita un informe sobre la situación económica de don Pablo José Zapata López, así como de los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente sentencia, con el objeto de determinar si le corresponde o no la adquisición y entrega del material biomédico de ayuda auditiva solicitado (audífonos).

3. **DISPONER** que la entidad emplazada informe a este Tribunal sobre lo ordenado precedentemente, inmediatamente luego de concluido el plazo ahí dispuesto.

4. **DISPONER** el pago de los costos procesales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

El magistrado Sardón de Taboada emitió voto singular declarando infundada 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, al primer día del mes de julio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Miranda Canales y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Andrés Amílcar Zapata Silva contra la resolución de fojas 304, de fecha 8 de setiembre de 2020, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 2 de marzo de 2016, don Andrés Amílcar Zapata Silva interpone demanda de amparo a favor de don Pablo José Zapata López, contra la Gerencia General de SALUDPOL, con el objeto de que se declare la inaplicación del numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú; y, por ende, la nulidad del Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016, que denegó su solicitud de adquisición de dos audífonos para el paciente don Pablo José Zapata López. En consecuencia, solicita que la parte demandada adquiera y le entregue material biomédico de ayuda auditiva (audífonos para ambos oídos).

Manifiesta que su hijo, a favor de quien interpone la demanda, ha sido diagnosticado por junta médica de hipoacusia neurosensorial bilateral severa. Agrega que aquel se encuentra inscrito en el Registro

Nacional de las Personas con Discapacidad del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y que es dependiente de su persona, pese a que tiene veintiún años de edad; que en esas condiciones, ha concluido satisfactoriamente la primaria y secundaria y que actualmente ha tenido que suspender sus clases en la universidad Alas Peruanas debido a que carece de audífonos para continuar con sus estudios. Alega también que su hijo ha usado audífonos desde los dos años de edad y que como padre, pensionista del Ministerio del Interior, solicitó la adquisición de audífonos a fin de mejorar su condición de vida siguiendo la recomendación de la junta médica del hospital Luis N. Sáenz, de fecha 8 de julio de 2015.

Sostiene además que, a nivel administrativo, la entidad demandada, se encontraba gestionando la adquisición de biomédicos de ayuda auditiva (ambos audífonos) para su hijo; no obstante, posteriormente, fue notificado de la negativa de su pedido debido a que se le informó que conforme al numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, los gastos de audífonos para sordera no son cubiertos por la entidad emplazada. Finalmente manifiesta que dicha normativa está dirigida para personas con pérdida total de la audición o, lo que es lo mismo, con sordera y que su hijo padece de hipoacusia neurosensorial bilateral severa, más no de sordera absoluta, con lo que no le sería aplicable la citada normativa. Aduce que todo ello viola los derechos a la igualdad ante la ley, a la seguridad social, a la salud, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad de su hijo, al habérsele denegado su acceso a material biomédico de ayuda auditiva (dos audífonos).

Contestación de la demanda

Con fecha 9 de setiembre de 2016, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio del Interior se apersona al proceso, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que los actos administrativos realizados por su representada no han determinado que los audífonos deban ser adquiridos por SALUDPOL, sino que únicamente han recomendado que es el adecuado para el uso del paciente; además, el material biomédico de ayuda auditiva no está considerado en su presupuesto. Manifiesta también que el numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, aprobado por Decreto Legislativo

1174, no cubre dicho material y que, en todo caso, se requiere de actuación probatoria, con lo cual, la vía que corresponde resolver el presente caso es la contenciosa administrativa.

Sentencia de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 7, de fecha 10 de marzo de 2017, declaró infundada la excepción de falta de legitimidad del demandante y mediante sentencia de fecha 4 de julio de 2019, declaró fundada la demanda, pues, a su juicio, no es posible que el Estado supedite el derecho a la salud y el libre desarrollo de don Pablo José Zapata López a criterios utilitaristas, basado en la lógica del costo-beneficio y/o costo-efectivo, ya que de ser así, el Estado estaría renunciando a su deber de otorgar todas las prestaciones necesarias para solucionar los problemas de salud, además porque proteger el derecho a la salud no solo implica prestar atención médica, sino también otorgar los soportes e instrumentos suficientes para que las personas puedan adaptarse a la sociedad y en particular, superar cualquier barrera que pudiera impedirle mejorar su condición de vida.

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 16, de fecha 8 de setiembre de 2020, revocó la resolución apelada y declaró infundada la demanda, tras considerar que el hijo del recurrente es un beneficiario descrito en el punto 3 del numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, y como tal le corresponde el plan complementario de salud, a través del cual debe realizar copagos según los resultados de los estudios matemáticos efectuados para tal fin; y además porque el reglamento no cubre la adquisición de audífonos para sordera conforme a lo establecido en el numeral 8, del literal b, de su artículo 29, normativa que no contraviene la Constitución ni las leyes.

FUNDAMENTOS

§. Delimitación del asunto litigioso

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare la inaplicación del numeral 8, literal b del artículo 29 del Decreto

Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú; y, por ende, la nulidad del Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016, que denegó su solicitud de adquisición de dos audífonos para su hijo, el paciente don Pablo José Zapata López. En consecuencia, solicita que la parte demandada adquiera y le entregue el material biomédico de ayuda auditiva (dos audífonos) solicitado.

2. De otro lado, la parte demandada manifiesta, básicamente, que dicho material biomédico no está considerado en su presupuesto, y que el numeral 8 del literal b del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, aprobado por Decreto Legislativo 1174, no cubre dicho material.

3. En la demanda se ha alegado la violación de los derechos a la igualdad ante la ley, a la seguridad social, a la salud, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad, como consecuencia de la denegatoria de la adquisición y entrega de los audífonos solicitados. Este Tribunal estima pertinente examinar la controversia de autos a la luz del derecho fundamental a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de don Pablo José Zapata López.

§. El carácter de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales y su efectiva realización en el marco del Estado social y democrático de derecho

4. La Constitución Política de 1993 recoge en el capítulo III del Título I (De la Persona y de la Sociedad) la regulación respecto de los derechos sociales y económicos. Al respecto, este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha reconocido y garantizado la condición de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales. En este sentido, ha sostenido que los derechos fundamentales sociales no constituyen meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se había 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. 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 su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 10).

5. En esta línea, este Tribunal recuerda que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos de las personas y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 17).

6. Lo señalado cobra sentido si se concibe que los derechos sociales se encuentran, en primera instancia, dentro de la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios que hagan posible el efectivo ejercicio del principio-derecho a la dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y la satisfacción de sus necesidades humanas básicas encaminadas a su pleno bienestar (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), esto a través de acciones concretas y permanentes del Estado y atendiendo a la sujeción de plazos razonables. En efecto, el concepto de progresividad del gasto público no está exento de observar el establecimiento de plazos razonables y adecuados a los fines que se pretende, ni de acciones concretas y constantes del Estado para el diseño y la implementación de políticas públicas (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02016-2004-AA/TC, fundamento 35).

7. Si bien es cierto que las dimensiones prestacionales de los derechos, que son un raso común a todos los derechos, incluyendo los sociales, ello no puede ser una excusa para incumplir o postergar indefinidamente su plena satisfacción. Al respecto, por ejemplo, no es posible alegar cuestiones de orden presupuestal o de falta de políticas públicas cuando resulta manifiesta la vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales sociales, pues resulta claro también que, sin involucrar mayores gastos que los ya presupuestados, la autoridad pública puede destinar parte de dichos recursos, priorizando la atención de situaciones graves y urgentes, considerando las circunstancias concretas de cada caso.

8. Con relación a la estructuración de las políticas públicas necesarias y suficientes para la realización de los derechos fundamentales sociales, no queda duda que resulta ajena a las competencias que, en

un primer orden, corresponde a la judicatura constitucional y donde la actuación de jueces y juezas sobre la configuración de dichas políticas es excepcional.

9. No obstante, dejar la suerte de los derechos fundamentales sociales y, en particular, el derecho a la salud, como en el presente caso, solo en la voluntad de quienes formulan y ejecutan políticas públicas en salud, también resulta inadecuado desde un punto de vista constitucional. Ello sucede cuando en la práctica, los órganos correspondientes dejan de cumplir sus obligaciones constitucionales en la materialización de las medidas efectivas para alcanzar la realización plena del derecho a la salud. Por ello, se habilita las labores de interpretación constitucional y control constitucional que corresponde a la judicatura constitucional. Así también, las especiales circunstancias que se experimentan también refuerzan las responsabilidades que tienen los jueces constitucionales de alcanzar los fines o cumplir los principios normativamente dispuestos por el derecho a la salud. Todo ello atendiendo también a si se está dando cumplimiento a la dinámica de progresividad que corresponde a los derechos sociales (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 03228-2012-PA/TC, fundamentos 36, 37 y 38).

10. En este orden de ideas, este Tribunal Constitucional ha dejado expresado (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 01470-2016-HC/TC) que existen dos umbrales de protección para los derechos fundamentales y, en especial, para los derechos sociales. Un "primer umbral" está referido a aquellas exigencias inmediatas e incondicionadas que debe satisfacer el Estado cuando se encuentra frente a vulneraciones que ponen en riesgo la supervivencia de las personas, por ejemplo, en relación con la falta de satisfacción de necesidades humanas básicas (las llamadas "obligaciones mínimas esenciales"). Asimismo, existe un "segundo umbral", relacionado con obligaciones estatales cuya finalidad es complementar y desarrollar las "obligaciones mínimas esenciales", lo que implica el deber de "realizar, de manera progresiva, políticas programáticas orientadas a incrementar el nivel de bienestar social de los individuos, así como también a justificar las medidas que ha ido realizando en este sentido". Respecto a este último umbral, este Tribunal ha venido consolidando con el tiempo el "examen para el control constitucional de las políticas públicas", a través del cual, mostrando deferencia

hacia las competencias de los poderes públicos, se ha exigido a las autoridades que cumplan con contar con políticas públicas idóneas referidas a los derechos sociales y con llevarlas a cabo (Cfr. sentencias recaídas en los Expedientes 02566-2014-PA/TC y 01470-2016-HC/TC).

§. El derecho fundamental social a la salud y el régimen de especial protección de las personas con discapacidad

11. A nivel internacional, el derecho fundamental social a la salud, se encuentra recogido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual expresa que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, (...) y en especial, la asistencia sanitaria (...)". Del mismo modo, ha sido prescrito por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual precisa que "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) d. la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

12. Asimismo, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ha recogido el derecho a la salud del siguiente modo: "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 (...)".

13. En el plano nacional, 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, y también le corresponde su diseño y la conducción, a fin de facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

14. La garantía de la protección del derecho a la salud no solo abarca la salud física, sino también la salud mental. Así también, el derecho a la salud supone que los servicios de salud brindados por el Estado para el efectivo ejercicio de dicho derecho tengan como características la disponibilidad, accesibilidad (lo que a su vez incluye la no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica o asequibilidad y acceso a la información), aceptabilidad y calidad. Todo ello implica que los servicios de salud deben ser dispensados de manera integral, es decir, con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 03228-2012-PA/TC, fundamentos 27 y 28).

15. En el mismo sentido, el artículo 7 de la Constitución 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".

16. Conforme se desprende de dicho contenido normativo, el modelo de la Constitución de 1993, en sus orígenes, así como en la de 1979 (artículo 19), partió 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 otros[55]

55 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.

17. Dicho esquema iba de la mano con la perspectiva reflejada en el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), 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".

18. 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 emisión 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" (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, fundamento 11).

19. Dicha 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, así como la interpretación de las cláusulas constitucionales en temas de discapacidad, se adecuaran al nuevo enfoque del modelo social. En esa perspectiva, 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 (Cfr. 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).

20. 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".

21. El enfoque social de las personas con discapacidad entiende básicamente que las limitaciones al ejercicio de sus derechos no radican 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[56]. Ciertamente, el análisis parte desde el ámbito externo, y, en ese sentido, se entiende que una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad la discapacita a través de las barreras[57].

22. Las barreras discapacitantes pueden ser desde arquitectónicas y físicas hasta actitudinales. En el caso de las personas con discapacidad auditiva, las barreras físicas o barreras en la comunicación, imposibilitan la comunicación e información en cualquiera de los medios en que se produzca, esto es, existe impedimento para la emisión o recepción de mensajes y las barreras actitudinales pueden partir desde la desvalorización (no considerar sus opiniones) y miedo, hasta la desatención y rechazo de las personas con discapacidad. La consecuencia de dichas barreras es la imposibilidad o debilitamiento del proceso de integración social, educativa, profesional y laboral de las personas con discapacidad.

23. La obligación del Estado y de la Sociedad es eliminar las barreras que impidan el pleno ejercicio de los derechos y libertades de las personas con alguna discapacidad, y más bien, les corresponde generar las condiciones necesarias para el pleno goce de sus derechos. Dichas barreras también pueden configurarse en el ámbito de la salud de las personas con discapacidad. En efecto, es posible que las

56 Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1384.

57 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.

barreras físicas de las personas con discapacidad se originen debido a alguna circunstancia de salud que haga inviable una actuación plena de los derechos y libertades que, en igualdad de condiciones, les corresponde a las personas con discapacidad; por ejemplo, cuando no le es posible acceder a algunas de sus capacidades sensoriales debido a la ausencia de algún medio o material biomédico que corrija tal situación, como los adminículos de apoyo auditivo o audífonos para mejorar la audición o de algún tratamiento médico que revierta la situación.

24. De ahí que en materia de salud y discapacidad, la Ley General de la Persona con Discapacidad ha establecido, en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que "la persona con discapacidad tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación. El Estado le garantiza el acceso a prestaciones de salud integrales de calidad e implementados con infraestructura, equipamiento y recursos humanos capacitados, incluidas la rehabilitación y la salud sexual y reproductiva" (artículo 26). Ello en el marco de uno de los principios rectores de la política y programas del Estado como es el principio de accesibilidad (apartado f, del numeral 4.1 del artículo 4 de la Ley). Es más, el artículo 33 (sobre medicamentos, tecnologías de apoyo, dispositivos y ayuda compensatoria), modificado por la Ley 30669, ha establecido lo siguiente:

> "33.1 El Ministerio de Salud y los gobiernos regionales garantizan la disponibilidad y el acceso de la persona con discapacidad a medicamentos de calidad, tecnologías de apoyo, dispositivos y la ayuda compensatoria necesaria para su atención, habilitación y rehabilitación, tomando en cuenta su condición socioeconómica, geográfica y cultural.
>
> 33.2 Los servicios de medicina, habilitación y rehabilitación del Seguro Social de Salud (Essalud) y los hospitales de los ministerios de Defensa y del Interior los proporcionan directamente.
>
> 33.3 El Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), las Oficinas Regionales de Atención a las Personas con Discapacidad (OREDIS), y las Oficinas Municipales de Atención a las Personas con

> Discapacidad (OMAPED) en el marco de las funciones que les asignan en el literal a) del artículo 64 y el literal a) del inciso 2 del artículo 69 de la presente ley, elaboran estrategias, planes, acciones o cualquier otra herramienta de gestión multianual pertinente para lograr el acceso de tecnologías de apoyo, dispositivos y ayudas compensatorias para personas con discapacidad.
>
> 33.4 Las herramientas de gestión a las que hace referencia el párrafo 33.3, son elaboradas sobre la base de la evidencia, multisectorialmente y están orientadas a lograr la accesibilidad, dando atención preferente a la investigación, la docencia y el ejercicio profesional en las etapas de diseño, manufactura, suministro, entrega de servicios, mantenimiento y refacción".

25. En el mismo sentido, el artículo 21 de la citada ley y en particular, con relación a la accesibilidad en la comunicación, ha establecido que el Estado garantiza a la persona con discapacidad el acceso y la libertad de elección respecto a los distintos formatos y medios utilizables para su comunicación. Estos incluyen la lengua de señas, el sistema braille, la comunicación táctil, los macrotipos, la visualización de textos, los dispositivos multimedia, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos y medios aumentativos o alternativos de la comunicación.

26. De lo que se trata es de asegurar no solo el efectivo ejercicio del derecho a la salud de las personas con discapacidad, sino además que ellas logren alcanzar el goce pleno de su derecho al libre desarrollo y bienestar (artículo 2.1 de la Constitución). Por ello, si existe alguna situación que pueda mejorar la condición de vida, salud y lograr remover los obstáculos que impidan el pleno goce de sus derechos, sin afectarse en ningún caso su autonomía, libertad e independencia, el Estado está en la obligación de otorgar medidas que fomenten el desarrollo autónomo de las personas con discapacidad.

§. Libre desarrollo de la personalidad y discapacidad

27. 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 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. sentencia recaída en el Expediente 0032-2010-PI, fundamento 17).

28. 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. Así, tal como ha sostenido este Tribunal, "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. sentencia recaída en el Expediente 02868-2004-PA, fundamento 14).

29. 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. Esto no quiere decir, sin embargo, que, de modo excepcional, no resulte constitucionalmente viable establecer ciertas restricciones al referido derecho. No obstante, en estos casos el beneficio no puede ser otro que la protección de la propia autonomía de la persona, y siempre a través de medidas proporcionales y razonables.

30. Ahora bien, en cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no se

trata de amparar constitucionalmente cualquier tipo de atribuciones o facultades que el ordenamiento jurídico pudo haber regulado en favor de las personas, sino que dichas posiciones deben guiarse por todas aquellas situaciones que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona.

31. Uno de esos ámbitos de libertad es la que recae sobre el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, pues conforme se ha manifestado antes, existen barreras arquitectónicas, físicas y actitudinales que impiden o restringen esa esfera de libertad; por ello, resulta prioritario que tanto el Estado como la sociedad remuevan dichas barreras. Ello significa también proteger el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás. De allí que se haya consagrado en la Convención sobre Derecho de las Personas con Discapacidad las obligaciones de los Estados de adoptar las medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de todos los derechos de las personas con discapacidad, a fin de lograr la plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando, entre otras cosas, el acceso a los derechos a la salud, educación, a vivir de forma independiente, etc.

32. De la misma manera ha sido entendida esta obligación por este Tribunal, al considerar que "la adopción de medidas de esta clase (ajustes razonables) no se justifica en la discapacidad en sí misma o en la idea de que esta incapacite para lograr el progreso y en que, por dicha razón, el Estado tenga que dictar medidas de carácter asistencialista a favor de estas personas, sino en el hecho de que su exclusión de los diversos procesos sociales se ha originado en las condiciones y características del ambiente o entorno social en el que se han visto forzadas a interactuar" (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02437-2013-PA/TC, fundamento 8).

§. La exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y material biomédico de las coberturas médicas como prestaciones del Estado

33. Según el Anexo 2 del Programa Presupuestal 0129 Prevención y Manejo de Condiciones Secundarias de Salud en Personas con

Discapacidad del 2018[58] del Ministerio de Salud, quinientos treinta y dos mil personas en el Perú tienen problemas para oír de forma permanente, inclusive usando audífonos. Las personas que presentan este tipo de capacidad utilizan como apoyo para comunicarse su voz (19.8 %), gesto y manos (11.9 %), lectura de los labios (3.9 %) y lenguaje de señas (2.9%). Se agrega en dicho informe que según el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), el 88.6 % de las personas con alguna discapacidad no recibieron tratamiento y/o terapia de rehabilitación, y solo el 11.4 % sí recibió alguna terapia o tratamiento.

34. En el marco de las obligaciones asumidas por el Estado peruano para la protección de las personas con discapacidad, en diversas oportunidades Essalud ha hecho entrega a sus asegurados de dispositivos audífonos médicos a través de sus redes asistenciales, en diversas regiones del país[59]. No obstante ello, aún persiste la exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y material biomédico en hospitales y en los sistemas nacionales de salud. Una de ellas es la que corresponde al sistema de salud policial. En efecto, si bien el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2013, regula los alcances del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú (SALUDPOL); no obstante, se indica que los alcances de las coberturas y el financiamiento de los planes de aseguramiento en salud, se establecerán en el reglamento respectivo (artículo 3, último párrafo). Así, mediante Decreto Supremo 002-2015-IN, se aprobó su reglamento, y este, en su artículo 29, con relación a las coberturas médicas, preceptúa lo siguiente:

58 Recuperado de https://www.minsa.gob.pe(presupuestales2017/doc2018/pp(anexo/8/ANEXO2pdf

59 Recuperado del portal web de Essalud: http://www.essalud.gob.pe/essalud-loreto-entrega-76-audifonosmedicados-a-pacientes-con-discapacidad-auditiva/,http.//www.essalud.gob.pe/essalud-loreto-entrega-44-audifonos-medicados-a-pacientes-con-discapacidad-auditiva/, http://www.essaalud.gob.pe/essaludmoquegua-entrega-audifonos-y-devuelve-audicion-a-pacientes-asegurados/

Los Planes de Aseguramiento de SALUDPOL definirán las coberturas sobre el otorgamiento de prestaciones o productos, bajo los siguientes lineamientos:

a. El SALUDPOL no otorga subsidios de ninguna naturaleza. Se entiende por subsidios, las prestaciones económicas por incapacidad temporal, por maternidad, por lactancia, por sepelio, entre otras.

b. El SALUDPOL no cubre los siguientes tratamientos y/o gastos:

    1) Atenciones médicas no autorizadas, a excepción de las comprendidas en la Prioridad I, efectuadas en otras IPRESS.

    2) Prótesis dentales, implantes osteointegrados y ortodoncias con fines estéticos.

    3) Adquisición de anteojos, cristales, lentes de contacto y otros métodos correctivos ópticos.

    4) Prótesis ortésicas en general.

    5) Medicina y material biomédico no considerado en el Petitorio Institucional vigente.

    6) Soportes funcionales o estáticos, plantillas, calzado ortopédico y elementos afines.

    7) Suministro de muletas, aparatos o equipos ortopédicos, prótesis.

    8) Audífonos para sordera.

    9) Cirugía estética o plástica para fines cosméticos.

    10) Lesiones autoinfligidas intencionalmente y sus secuelas

    11) Accidentes como consecuencia de prácticas deportivas de alto riesgo, tales como, motocross, carrera de autos, aviación deportiva, caza submarina, paracaidismo, ala delta, rapel, parapente, surf, alpinismo.

    12) Atenciones con financiamiento de otra fuente: SOAT y otros

13) La atención y complicaciones por aborto no espontáneo, ni terapéutico.

(…).

35. Resulta claro que existen algunos tratamientos, medicamentos y material biomédico no cubiertos por el sistema de aseguramiento policial, hecho que, en definitiva, incidiría, en diversas situaciones, sobre el ejercicio efectivo de derechos fundamentales sociales en temas de salud y en algunos casos, además, sobre personas con discapacidad. A ello hay que agregar que el objeto del Estado, en materia de salud no solo es lograr el aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud, y normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento (artículo 1 de la Ley 29344, Marco de Aseguramiento Universal en Salud); sino también lograr la realización del principio de integralidad, que consiste en otorgar todas las prestaciones necesarias para solucionar determinados problemas de salud (artículo 4, numeral 4 de la citada ley).

36. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, las exclusiones de las coberturas médicas del sistema de salud público, en el marco del proceso de aseguramiento universal e integral de salud, deben constituir la excepción y no la regla. Para ello no solo se debe cumplir con la regulación expresa de las exclusiones médicas, sino que además se debe otorgar la oportunidad a quienes requieren tales tratamientos, medicamentos o material biomédico no coberturados (no financiados ni subsidiados), de acreditar que se encuentran en la imposibilidad de acceder por sus propios medios a dichos servicios o bienes, a través de algún comité evaluador u oficina de ayuda o bienestar social de la entidad responsable.

37. En tal sentido, en los supuestos de las exclusiones de los medicamentos, tratamientos y material biomédico, entre otros, se deberán considerar como criterios a seguir, los siguientes:

    a. Que el medicamento, tratamiento o material biomédico haya sido prescrito por una junta médica adscrita al sistema de salud en la cual se encuentre asegurado o asegurada el paciente o la paciente.

b. Que la falta del medicamento, tratamiento o material biomédico amenace con vulnerar o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del asegurado o asegurada, u otros derechos conexos con el derecho fundamental a la salud.

c. Que el medicamento, tratamiento o material biomédico excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro de los planes obligatorios de salud.

d. Que el paciente o la paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento, tratamiento o material biomédico respectivo.

§. Análisis del asunto controvertido

38. En el presente caso, no se encuentra en discusión que don Pablo José Zapata López padece de hipoacusia neurosensorial bilateral, conforme se desprende de la Resolución Directoral 2899-2008-DGPDIS/REG/MINDES, de fecha 14 de abril de 2008 (f. 7), que resolvió incorporarlo al Registro de Personas Naturales del Registro Nacional de la Persona con Discapacidad a cargo de la Dirección General de la Persona con Discapacidad del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (hoy, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables); y también del carné de inscripción ante el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) N° 02899-2008 (f. 4) y del Certificado de Discapacidad 031- 2008, de fecha 28 de enero de 2008 (f. 5).

39. Tampoco se encuentra en conflicto que don Pablo José Zapata López forma parte del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, en virtud de lo ordenado por la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013, expedida por el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (f. 50), que declaró fundada la demanda interpuesta por el padre de aquel (el recurrente en el presente proceso) y dispuso que la parte demandada en dicho proceso le entregue la tarjeta de prestación de salud. Dicha sentencia fue confirmada mediante la Resolución 5, de fecha 14 de enero de 2015 (f. 52), expedida por la Quinta Sala Civil. Consta en autos la referida tarjeta de prestación de salud 2015-017403 (f. 49).

40. Con fecha 8 de julio de 2015, don Andrés Amílcar Zapata Silva (f. 10) solicitó al general médico PNP director del Hospital Luis N. Sáenz la adquisición y entrega de audífonos para ambos oídos (derecho e izquierdo) de su hijo, en mérito al Informe de Junta Médica 755.14.HN.LNS.PNP.DIV.CIR.DOTO.CC. y C., de fecha 21 de octubre de 2014. Dicha solicitud fue tramitada al interior de la institución, conforme se desprende del documento DEV. Nro. 364-2015 DIREJESAN.PNP.HNLNSPNP. DOTO.CC y C., de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 12) y a través del Oficio 439- 2015DIREJESAN. PNP/DIREJOOS/HN.LNS.DIVCIR/ D.OTO.CCYCA, de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 13), con el asunto: "adquisición de equipo médico".

41. También obra en autos (f. 14) el Acta de Junta Médica 152- 2015. HN.LNS.PNP.DIV.CIR.DOTO.CC. y C., de fecha 31 de agosto de 2015, que incluye entre sus recomendaciones, la de que el paciente requiere "ayuda auditiva bilateral (audífonos) y "uso de audífonos bilateral"; resumen de historia clínica de la misma fecha y con las mismas recomendaciones (f. 15), y el formato de requerimiento de bienes y servicios, de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 16), a través del cual el jefe del servicio y el jefe de la unidad asistencial de la emplazada solicitan al Departamento de Otorrinolaringología y Cabeza y Cuello del hospital Luis N. Sáenz, la adquisición de dos unidades de ayuda auditiva bilateral (audífonos) con el siguiente sustento: "adquisición para tratamiento médico de hipoacusia neurosensorial bilateral para el paciente Zapata López, Pablo José, hijo del capitán PNP".

42. En el mismo sentido, se advierte el informe justificatorio para la adquisición de equipo biomédico (audífonos), de fecha 31 de agosto de 2015 (f. 19), suscrito por doña Ana Rosa Sierra Velarde, en su calidad de coronel médico PNP (otorrinolaringólogo) con el siguiente tenor:

    1. Paciente varón de 20 años con diagnóstico de hipoacusia neurosensorial bilateral de larga data, con buena discriminación de palabra, debe usar audífonos bilaterales para mejorar su audición y así poder mejorar su calidad de vida.

    2. Por lo anterior expuesto, es de necesidad urgente la adquisición.

43. Finalmente, con fecha 23 de febrero de 2016, se le notifica al demandante el Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016 (f. 23), a través del cual se le informa que de conformidad con lo establecido en el numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, SALUDPOL no cubre audífonos para sordera, por lo que no es posible atender a su solicitud de adquisición.

44. En definitiva, la solicitud de adquisición y entrega de equipo biomédico para mejorar la audición de don Pablo José Zapata López, quien padece de hipoacusia neurosensorial bilateral, fue rechazada debido a que la entidad emplazada se habría sujetado únicamente a lo dispuesto en el numeral 8, del literal b, del artículo 29 del Reglamento de la Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, que establece que SALUDPOL no cubre como tratamiento y/o gasto, entre otros, los audífonos para sordera. Dicho rechazo se habría resuelto sin realizar mayor análisis de la posible violación sobre derechos fundamentales sociales, ni de la interpretación de aquellas otras disposiciones nacionales e internacionales de protección de las personas con discapacidad que, conforme se ha indicado, son sujetos de especial protección.

45. Dicha posición se ve reforzada en el escrito de contestación a la demanda, en el que la emplazada manifiesta que no corresponde la adquisición y entrega del material biomédico solicitado, en virtud de la disposición cuestionada en autos, y además porque dicho material biomédico no está considerado en su presupuesto institucional.

46. Ahora bien, es cierto que la demandada debe sujetarse a las normas establecidas para el cumplimiento de sus funciones, por la naturaleza de las mismas, establecidas como normas de desarrollo constitucional, en particular, la Ley 29344, Marco de Aseguramiento Universal en Salud, cuyo objeto es garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud, así como normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento (artículo 1), y también incluye, entre las instituciones administradoras de fondos

en aseguramiento en salud, a la sanidad de la Policía Nacional del Perú y los autoseguros y fondos de salud (artículo 7), entre otros.

47. En el mismo sentido, se tiene el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú; el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú, y los reglamentos emitidos que desarrollan dichas leyes como el reglamento materia de autos.

48. Ocurre, sin embargo, que la entidad emplazada ha dado preeminencia a la aplicación e interpretación que ha realizado de las disposiciones especiales establecidas en su reglamento, excluyendo cualquier análisis de violación de derechos fundamentales, así como del contenido desarrollado en la Ley 29773, General de la Persona con Discapacidad y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que consagran que la persona con discapacidad tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación (artículo 1), así como lo dispuesto en su artículo 33 respecto de los medicamentos, tecnologías de apoyo, dispositivos y ayuda compensatoria, que prescribe que los servicios de medicina, habilitación y rehabilitación de Essalud y los hospitales del Ministerio de Defensa y del Interior los proporcionan directamente. En buena cuenta, omitió su deber de interpretar las normas técnicas dispuestas conforme a la Constitución y a sus normas de desarrollo en materia de discapacidad y salud, hecho que no constituye una alternativa para la administración pública, sino una obligación absoluta.

49. Ciertamente, existen circunstancias en las que la aplicación de las disposiciones, incluso infraconstitucionales, a algún caso concreto, puede acarrear problemas que incidan en la vulneración de algún(os) derecho(s) fundamental(es) como en el presente caso. Sin embargo, ello no significa que dichas disposiciones sean inconstitucionales o inválidas per se; sino que la correcta aplicación de ellas debe darse ponderando también otros derechos, principios o valores que se encuentran en la Constitución, en las normas de desarrollo constitucional y en las normas y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

50. Ahora bien, en el análisis del presente caso, hay que tener en cuenta el mandato conforme al cual la persona con discapacidad tiene

derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad (artículo 7 de la Constitución). Por ello, resulta primordial que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente todos sus derechos, entre ellos la salud, el principio-derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.

51. Además porque las personas con discapacidad se encuentran en el grupo de sujetos que merecen una especial protección de parte del Estado y de la sociedad, por lo que básicamente son las autoridades públicas, funcionarios y empleados del aparato estatal quienes tienen el deber de cautelar, en todo momento, sus derechos, en procura de eliminar las barreras que impidan su pleno desarrollo.

52. Así, este Tribunal considera que la entidad demandada no ha dado una debida atención a la solicitud de adquisición y entrega del equipo biomédico de ayuda auditiva (audífonos) a favor de don Pablo José Zapata López, en la medida en que previamente a optar por una decisión de rechazo absoluto para la adquisición y entrega de dichos biomédicos, debió analizar la situación concreta que rodea tanto al demandante como a su hijo, en aras de dispensar una debida atención en la salud y el pleno desarrollo de la personalidad a favor de quien se solicita la ayuda médica.

53. Ello además es así porque el no uso de los audífonos médicos recomendados mediante acta de junta médica, en diversas oportunidades, no solo causaría dificultades de orden práctico al favorecido, sino que le podría impedir el ejercicio de otros derechos o desprotección de otros bienes protegidos constitucionalmente, como el derecho a la educación, la integración laboral, profesional, entre otros.

54. Por consiguiente, entre varias alternativas interpretativas en relación con el pedido del demandante, la obligación de la administración pública era optar por aquella que mejor optimice el contenido del derecho a la salud y del libre desarrollo de la personalidad, cuya debida protección es condición sine qua non para el ejercicio de otros derechos y bienes protegidos constitucionalmente. En ese sentido, la entidad emplazada no debe encontrar en las disposiciones y procedimientos que rigen su actuación, mecanismos que relativicen la efectiva vigencia de los principios, valores y derechos

constitucionales, sino más bien canales que, interpretados a luz de la Constitución, las normas de desarrollo constitucional y las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, permitan concretizar la especial protección que la Constitución ha establecido para las personas con discapacidad.

55. Ahora bien, no puede soslayarse que el caso de autos versa sobre el ejercicio efectivo de derechos fundamentales sociales, en particular, del derecho a la salud de don Pablo José Zapata López, vinculado a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a través de la eventual adquisición y entrega de material biomédico de ayuda auditiva (audífonos), bien que no se encontraría presupuestado, a decir de la demandada, y que genera un gasto público –aunque ya este Tribunal haya manifestado que con relación a los derechos sociales, los gastos que se generen deben considerarse una inversión social–. Además, este Tribunal Constitucional consideró, en anterior oportunidad, que la satisfacción de las necesidades deben enfocarse de manera prioritaria en aquellos que no puedan cubrirlas por sí mismos cuando se encuentren en situación de pobreza extrema (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02945-2003-AA/TC, fundamento 48) o cuando se haya acreditado como condiciones previas la pobreza y la vulnerabilidad de la persona (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 01470-2016-PHC/TC, fundamento 33). Criterios que deberán ser tomados en cuenta en el presente caso.

56. Ello es así en la medida en que el enfoque social de discapacidad no significa que el Estado tenga que dictar medidas de carácter asistencialista en todos los casos en los que se encuentren involucradas las personas con discapacidad, sino en el hecho de otorgarles todas las facilidades a través de políticas públicas y normativas que eliminen sobre todo las barreras que impidan su total desarrollo e integración en la comunidad, conservando su plena autonomía y libertad.

57. En el presente caso, el recurrente ha acreditado como recomendación de junta médica del hospital Luis H. Sáenz, la necesidad de uso de material biomédico de ayuda auditiva (ambos audífonos) para su hijo, don Pablo José Zapata López; empero, únicamente ha manifestado en su escrito de demanda que es pensionista en el nivel de capitán de la Policía Nacional del Perú, y que a la fecha de interposición de la demanda (2 de marzo de 2016), su hijo, quien

contaba con veintiún años de edad, se encontraba cursando estudios en la Universidad Alas Peruanas, estudios que tuvo que dejar por no poder acceder a los audífonos que está solicitando.

58. De otro lado, se desconocía las circunstancias objetivas en las que se encontraba don Pablo José Zapata López cuando se solicitó la ayuda de biomédicos; es más, a la fecha de la presente sentencia, también se desconoce ello (tendría actualmente veintiséis años de edad); en otras palabras: se desconoce si cumple o no con tener la capacidad de pago suficiente para sufragar el costo del material biomédico solicitado.

59. En consecuencia, corresponde disponer que la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, analice la situación concreta de don Pablo José Zapata López, y de acreditarse que no cuenta con los medios económicos para la adquisición de los audífonos solicitados, además de verificar los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente resolución, deberá proseguir con el trámite de adquisición, a fin de hacerle la entrega de dicho material biomédico; caso contrario, no será posible la continuación de dicho trámite.

60. En consecuencia, este Tribunal considera que la demanda debe estimarse en parte, ya que se habría incumplido el deber del Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, de verificar las condiciones previas del solicitante y de su hijo, a fin de conocer si ellos por sí mismos son capaces de adquirir dicho material biomédico o, si por el contrario, carecen de medios para ello y, por tanto, si la negativa en la adquisición y entrega de material biomédico por parte de la entidad emplazada a favor de don Pablo José Zapata López, estaría impidiendo el ejercicio pleno de sus derechos. Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad del Oficio 063-2016-IN-SALUDPOL-GG, de fecha 10 de febrero de 2016, que denegó la solicitud de adquisición de dos audífonos para el paciente don Pablo José Zapata López.

61. Finalmente, en atención a que se estima en parte la demanda, corresponde ordenar que el emplazado asuma el pago de los costos procesales, en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, que se liquidará en ejecución de sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda.

2. **DISPONER** que, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, emita un informe sobre la situación económica de don Pablo José Zapata López, así como de los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente sentencia, con el objeto de determinar si le corresponde o no la adquisición y entrega del material biomédico de ayuda auditiva solicitado (audífonos).

3. **DISPONER** que la entidad emplazada informe a este Tribunal sobre lo ordenado precedentemente, inmediatamente luego de concluido el plazo ahí dispuesto.

4. **DISPONER** el pago de los costos procesales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

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 posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso, si bien estamos conformes con la ponencia que declara fundada la demanda, nos apartamos de los fundamentos 4 al 10 pues disentimos de toda disertación sobre la tutela judicial de los derechos sociales y del fundamento 55 que hace referencia a una sentencia donde suscribimos un voto singular.

2. Consideramos que, en virtud del 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.

3. 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.

4. 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").

5. 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).

Por lo tanto, habiendo aclarado lo referido, votamos a favor de la ponencia que resuelve: 1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; 2. **DISPONER** que, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, la entidad emplazada, a través de alguna de sus oficinas o direcciones, emita un

informe sobre la situación económica de don Pablo José Zapata López, así como de los otros criterios establecidos en los fundamentos 36 y 37 de la presente sentencia, con el objeto de determinar si le corresponde o no la adquisición y entrega del material biomédico de ayuda auditiva solicitado (audífonos); 3. **DISPONER** que la entidad emplazada informe a este Tribunal sobre lo ordenado precedentemente, inmediatamente luego de concluido el plazo ahí dispuesto; 4. **DISPONER** el pago de los costos procesales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

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 liberad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas[60]. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción "derechos sociales" tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales[61].

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

60 MAZZIOTTI, Manlio. "Diritti sociali". En: Enciclopedia del Diritto. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.

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

presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[62].

- 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, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el parágrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[63].

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

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

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

su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[64].

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. Ahora bien, los derechos sociales y sus titularidades tienen ciertas particularidades que en algunos casos hacen que su urgencia sea extrema. Estas situaciones de especial vulnerabilidad se encuentran en los grupos históricamente discriminados, también conocidos como las categorías sospechosas[65]. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental[66], entre otros.

10. 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 las diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional[67] con las diferentes técnicas de

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

65 SABA, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" En: GARGARELLA, Roberto (coordinador). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 695-742.

66 SMITH CASTRO, Pamela, BURGOS JAEGER, Mariana. "Los debates pendientes en materia de discapacidad, libertad y capacidad jurídica". En: Gaceta Constitucional, Tomo 144, Diciembre 2019, pp. 164-176. Precisamente sobre la discapacidad mental, la jurisprudencia constitucional tiene un largo camino por recorrer, como ya ha sido analizado en: RODRÍGUEZ GAMERO, Marco Alonso. "Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad en las personas con discapacidad mental: una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: Estudios Constitucionales, Vol. 18, Núm. 1, 2020, pp. 145-211.

67 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.

interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

11. Aunada a la idea anterior, encontramos que los derechos sociales al momento de ser judicializados, deben encontrar medidas más sencillas para que puedan ser protegidos, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial[68] o el test de proporcionalidad[69].

EL DERECHO A LA IGUALDAD

12. 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).

13. 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.

14. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación,

68 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.

69 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

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).

15. 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 igualdad. Esto se aborda, con mayor claridad en la igualdad en sentido material, que explicaremos en este voto.

16. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[70]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

17. 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.

70 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.

18. 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.

19. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[71]:

    i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

    ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancias entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

    iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

20. 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

71 Ídem, pp. 147-148.

adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[72].

EL DERECHO FUNDAMENTAL-SOCIAL A LA SALUD

21. 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.

22. En lo que concierne al derecho a la salud, este comprende una serie de posiciones iusfundamentales, 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).

23. 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.

24. 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

72 Ídem, pág. 153.

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.

25. 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).

26. Como ya hemos argumentado en anteriores oportunidades, cuando se discuten derechos sociales fundamentales, es conveniente escuchar 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 imparciales[73].

S.

MIRANDA CANALES

73 NINO, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, debo expresar mi desacuerdo con lo resuelto en el presente caso por las razones siguientes:

El artículo 200, inciso 2, de la Constitución establece que la acción de amparo procede contra el hecho u omisión que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución. En esa línea, el Código Procesal Constitucional señala que su finalidad es proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a su violación o amenaza de violación.

La sentencia de mayoría declara fundada la demanda, pero, lejos de reponer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos alegados –esencialmente, el derecho a la salud–, emite una serie de disposiciones que no hacen otra cosa que mantener la incertidumbre del demandante respecto de la viabilidad de su pretensión.

El actor solicita que Saludpol adquiera y entregue dos audífonos a su hijo, en atención a la hipoacusia neurosensorial bilateral severa que padece. La sentencia, por su parte, dispone que la demandada emita un informe sobre la situación económica del hijo del actor –quien es mayor de edad–, a fin de determinar si corresponde o no la entrega del material biomédico solicitado.

Dicho mandato no se sostiene en disposición normativa alguna. No solo contraviene la naturaleza misma del proceso de amparo, pues no ha identificado la vulneración o amenaza en la que habría incurrido el demandado –y, por tanto, no restituye al agraviado en el pleno goce de sus derechos–, sino que pretende apoyarse en un criterio esbozado por mis colegas magistrados en la propia sentencia que distorsiona el sistema de seguridad social de la Policía Nacional del Perú y que, por demás, no constituye precedente. Sostienen, pues, lo siguiente:

> se debe otorgar la oportunidad a quienes requieren tales tratamientos, medicamentos o material biomédico no coberturados (no financiados ni subsidiados), de acreditar que se encuentran en la imposibilidad de acceder por sus propios medios a dichos servicios o bienes, a través de algún comité evaluador u oficina de ayuda o bienestar social de la entidad responsable.

El derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución no puede ser utilizado como justificación para insertar excepciones discrecionales a las exclusiones de las coberturas médicas. Dicha labor, en todo caso, debería realizarse normativamente, sobre la base del sustento técnico correspondiente.

Si bien las exclusiones –en tanto disposiciones normativas– pueden ser objeto de control constitucional, ello no ha sido analizado en la sentencia de mayoría. Para tal efecto, hubiese tenido que solicitarse, previamente, la base médica y financiera que justifique la exclusión de los audífonos para sordera de los planes de aseguramiento de Saludpol, establecida en el numeral 8 del literal b del artículo 29 del Decreto Supremo 002-2015-IN, Reglamento del Decreto Legislativo 1174, Ley de Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú. Con dicha información, el Tribunal Constitucional hubiese podido tomar una decisión justa.

En la medida que no se cuenta con la información técnica que permita argumentar razonablemente que la exclusión de este material biomédico de ayuda auditiva de los planes de aseguramiento de Saludpol contraviene el derecho a la salud y, por tanto, es inconstitucional, no puede ejercerse control difuso de la norma alegada. En consecuencia, siendo que la entidad demandada ha actuado conforme a lo establecido por las disposiciones legales correspondientes y que no tiene la potestad jurisdiccional de inaplicar normas o incorporar excepciones a las mismas, voto por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar improcedente la solicitud de aclaración, discrepo y me aparto del considerando 3 de la ponencia, pues, el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, rotulado "Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional", enfatizando, precisamente, el carácter inimpugnable de las sentencias que este expide, establece en la primera parte de su primer párrafo, en forma clara, contundente y sin admitir excepción alguna, que "Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna".

En tal sentido, jurídicamente no es posible revisar una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional. Afirmar lo contrario, implica desconocer su carácter inimpugnable y su calidad de cosa juzgada.

S.

BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 785/2021
EXP. N.° 00374-2017-PA/TC
LIMA
KÍMBERLY ÁNGELA CHAPOÑÁN MEZA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 10 de agosto de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa (con fundamento de voto), Blume Fortini (con fundamento de voto), Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera (quien votó en fecha posterior) han emitido la siguiente sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inaplicables al caso los artículos 42 inciso c), 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo Nº 001- 2010-DE/SG; por lo tanto, dejar sin efecto la Resolución Directoral N.° 566- 2014-MGP/DGP de fecha 2 de julio de 2014, y la Resolución de la Comandancia General de la Marina N.° 0563-2014-CGMG de fecha 4 de septiembre de 2014.

2. Disponer que el Instituto Superior Tecnológico Naval (CITEN) y la Marina de Guerra del Perú repongan a Kimberly Angela Chapoñán Meza en su condición de cadete o alumna.

3. Ordenar a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad

4. Exhortar a los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas a que apliquen el Decreto Supremo 009-2019-DE, conforme a los lineamientos establecidos por este Tribunal en la presente sentencia.

Por su parte, el magistrado Miranda Canales emitió un voto singular declarando improcedente la demanda y el magistrado Sardón de Taboada un voto singular a favor de declararla infundada.

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 10 días del mes de agosto de 2021 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 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.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wálter Chinchay Carbajal, abogado de doña Kímberly Ángela Chapoñán Meza, contra la resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 72, de fecha 2 de agosto de 2016, que declaró la nulidad de la sentencia apelada, nulo todo lo actuado e improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 22 de setiembre de 2014, Kimberly Angela Chapoñán Meza interpone demanda de amparo contra Director General del Personal de la Marina de Guerra del Perú, el Comandante General de la Marina, y el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Marina de Guerra del Perú, a fin de que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones: a) la Resolución Directoral N° 0566-2014-MGP/DGP de fecha 02 de julio de 2014, que dispuso separarla y darle de baja del Instituto Superior Tecnológico Naval CITEN por inaptitud psicofísica de origen psicosomático, b) la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0563-2014-CGMG de fecha 04 de septiembre de 2014, que declaró infundado su recurso de apelación. Como consecuencia de

los anterior, pretende que se disponga su reincorporación en Institución Superior Tecnológico Naval CITEN. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, y a no ser discriminada por razones de sexo.

Refiere que mediante Resolución Directoral N° 0433-2013-MGP/DGE de fecha 18 de octubre de 2013, ingresó como alumna naval en el Programa de Formación Profesional Técnica del Instituto de Educación Superior Tecnológico Público Naval – CITEN al haber alcanzado la vacante, y que mientras cursaba sus estudios de manera satisfactoria, se expidió la Resolución Directoral N° 0566-2014-MGP/DPG, de fecha 02 de julio de 2014 que resolvió separarla definitivamente del CITEN y darle de baja de la Marina de Guerra del Perú, por la causal de inaptitud psicofísica de origen psicosomático al encontrarse en estado de gestación, supuesto establecido en los artículos 49°, inciso f, 133°, 134° inciso a, y 137° del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG, de fecha 10 de enero de 2010.

Contestación de la demanda

El procurador público de la Marina de Guerra del Perú (f. 28) contestó la demanda señalando que la causal de inaptitud psicofísica de origen psicosomático se encuentra regulado en el Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, por lo que la baja de la demandante se dio en cumplimiento de la normatividad vigente. Asimismo, sostiene que la regulación del origen psicosomático por estado de gestación como causal de separación, tiene como sustento la exclusiva protección del derecho constitucional a la vida del concebido, como sujeto de derecho en cuanto le es favorable, toda vez que consideran que la permanencia de una alumna gestante resulta incompatible con su formación militar, en la medida que el esfuerzo físico y la alta exigencia de las actividades militares propias de la formación, ponen en riesgo constante la integridad física de la gestante y la del concebido.

Por otro lado, señala que la accionante ha realizado una contravención al compromiso que firmó al ingresar al Instituto de Educación Superior Tecnológico Naval – CITEN, por el cual se obliga a cumplir con las disposiciones del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, siendo una de ellas el no salir en estado de gestación durante sus tres (3) años de formación; y que no existe

discriminación alguna contra la mujer, pues existen alumnas femeninas en instrucción que si cumplieron con el compromiso, respetando lo establecido en el reglamento antes referido.

Sentencia de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia contenida en la Resolución N° 5 de fecha 30 de julio de 2015, resolvió declarar fundada la demanda, por considerar que la demandante fue víctima de medidas discriminatorias en razón de su sexo, por la causal de embarazo, ya que por un hecho biológico y por la decisión de ser madre, fue expulsada de su centro de estudios. Por otro lado, refiere que se vulneró el derecho a la educación de la demandante debido a que su separación de la escuela limitó su posibilidad de crecimiento y pleno desarrollo. Finalmente, considera que se ha vulnerado el libre desarrollo de la personalidad, pues solo las mujeres son las que deciden cuando serán madres, y la ley no puede imponerles o negarles esa posibilidad.

Resolución de segunda instancia o grado

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 02 de agosto de 2016, resolvió declarar nula la sentencia impugnada, nulo todo lo actuado e improcedente la demanda de autos, por considerar que no tiene competencia para conocer la causa. Ello debido a que el lugar de ocurrencia del hecho generador de afectación es Callao y el domicilio real de la demandante se encuentra en el distrito de Comas; sin embargo, se interpuso la demanda en la Corte Superior de Justicia de Lima.

FUNDAMENTOS

§. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO Y DETERMINACIÓN DEL ASUNTO CONTROVERTIDO

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 566- 2014-MGP/DGP de fecha 02 de julio de 2014, así como la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0563-2014-CGMG de fecha 04 de septiembre de 2014, a través de las cuales le dieron de baja del Instituto Naval CITEN debido a su embarazo y, en consecuencia, se disponga su

reincorporación en el Instituto Superior Tecnológico Naval – CITEN. Alega la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.

§. CUESTIONES PREVIAS

§.1 Sobre la competencia territorial de la demanda

2. En el artículo 51 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 28237[74], se establece la competencia territorial del juez competente para conocer el proceso de amparo. Esta disposición indica: "Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante (…)".

3. En el presente caso, el domicilio principal de la demandante está ubicado en el departamento de Lima, provincia de Lima, distrito de Comas, conforme se encuentra consignado en su DNI (f. 2).

4. De otro lado, en la Resolución Directoral N° 566-2014-MGP/DGP y la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0563-2014-CGMG, no se indica el lugar de su emisión, por lo que no se encuentra consignado el lugar donde se habría afectado el derecho de la recurrente. Frente a esta omisión, se tendrá como lugar de emisión de dichas resoluciones, el domicilio de la demandada. Así, se advierte que la demanda de amparo ha sido interpuesta contra el director general del Personal de la Marina de Guerra del Perú, el comandante General de la Marina y el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Marina de Guerra del Perú (f. 16). A fojas 28 se aprecia que la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Marina de Guerra del Perú domicilia en la Av. Javier Prado Oeste N° 2355 San Isidro, Lima; por lo que esta dirección sería tomada como lugar de afectación del derecho.

74 Aplicable en el presente caso en virtud de la primera disposición complementaria final del nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307, que indica "[l]as normas procesales previstas por el presente código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia […]". (resaltado nuestro)

5. En base a lo expuesto, se concluye que el juez de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde se interpuso la demanda de amparo, es competente para conocer el proceso de autos, en tanto que es del lugar de donde se tiene como afectado el derecho.

6. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal también advierte que, debido a las circunstancias particulares de la recurrente [se trata de una mujer embarazada, y entre los derechos alegados se encuentra la igualdad y no discriminación de una persona que se encuentra en el grupo de sujetos en situación de vulnerabilidad estructural], y en la medida que existe la posibilidad de que se esté incumpliendo una línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional, resulta conveniente que se emita un pronunciamiento sobre el fondo.

§.2 Sobre la medida cautelar dictada por el juez que conoció el amparo en primera instancia

7. En la resolución 7, de fecha 22 de enero de 2016 (f. 90), se consigna que, mediante resolución 1, de fecha 7 de abril de 2015, se le concedió a la demandante una medida cautelar, ordenando su reincorporación provisional a la Escuela Superior Tecnológica Naval – CITEN en el año o grado que se encontraba cursando antes que sea dada de baja. Asimismo, mediante resolución 7, de fecha 6 de enero de 2021 (https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html), el Quinto Juzgado Constitucional declaró nulo y sin efecto legal la resolución 1, de fecha 7 de abril de 2015, que concede medida cautelar.

§. ANÁLISIS DEL CASO

a. Género y Constitución

8. No hay discusión de que en el Estado constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el mismo que 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 y hacer posible que todas las personas disfruten de sus derechos en la misma medida.

9. 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 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).

10. 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 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.

b. El derecho a la igualdad y de no discriminación

11. El artículo 2 inciso 2 de la Constitución reconoce el principio-derecho de igualdad en los siguientes términos:

> Toda persona tiene derecho: (…) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

12. En su jurisprudencia, este Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional (Cfr. STC N.º 0045-2004-AI, F.J. 20). Como *principio*, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como *derecho fundamental*, constituye el reconocimiento de un auténtico

derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.

13. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

14. Este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" (Opinión Consultiva Nº 4/84). La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).

c. El derecho a la no discriminación de las mujeres embarazadas

15. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia recaída en el Expediente N.º 5652-2007- AA, incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminación directa, a través de la cual toda norma que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico

indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

16. 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 inferioridad de la mujer en la vida social, cultural, económica y política. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en los diferentes entornos sociales, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.

17. 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 con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Constitución.

18. En tal sentido, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período 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.

19. Por ello, la prohibición de acceso a la educación o la expulsión de una estudiante por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo puede ser por ejemplo la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior a la de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

d. El derecho a la educación

20. 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".

21. Por su parte, los diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos reconocen la relevancia de la educación para el libre desarrollo de la personalidad, así como para el ejercicio efectivo de los derechos y para una participación informada en una sociedad. Así, el artículo 26 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que "la 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". Y, el artículo 13 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, precisa que "la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre".

22. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), suscrita el 23 de junio de 1981 y ratificada el 13 de setiembre de 1982 por el Perú, en lo que respecta al derecho a la educación de las mujeres ha establecido en su artículo 10 las medidas que los Estados deben adoptar a fin de asegurar la igualdad de derechos en la esfera educativa:

    a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

    b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.

23. En suma, 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. STC N.° 0091- 2005-PA, F.J. 6).

24. De ahí que este Tribunal, a propósito de un caso similar al que nos acontece, haya señalado en su sentencia recaída en el Expediente N.° 5527-2008-PHC/TC, que el embarazo de una cadete o alumna no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Y, en tal sentido, que ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada, puede, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta, al embarazo. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o particular puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de embarazo. Precisando finalmente que, la separación de una cadete o alumna por causal de embarazo vulnera sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, debido a que es una medida que tiende a impedir el ejercicio de la maternidad y a restringir injustificadamente el medio idóneo para alcanzar su desarrollo integral.

e. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

25. Tal como quedó establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 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. F.J. 14).

26. 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 aquél ente artificial 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 de la 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. STC N.° 0032-2010-AI, F.J. 23).

27. Por tanto, las decisiones de estudiar la carrera militar como opción profesional y ejercer la maternidad forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.

f. Control difuso de constitucionalidad de los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo Nº 001-2010-DE/SG

28. Este Tribunal ha señalado (Cfr. SSTC N.º 3741-2004-AA, 2132-2008-AA, entre otras) que el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (artículo 138). El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. De ahí que conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable.

29. Ahora bien, en el caso de autos el acto alegado como inconstitucional proviene del Instituto de Educación Superior Tecnológico Público Naval - CITEN, que en aplicación de disposiciones legales contenidas en el Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG (artículos 38, 40 al 43), dispuso dar de baja a la alumna Kimberly Angela Chapoñán Meza por causal de estado de gestación. En tal sentido, para pronunciarse sobre la validez constitucional de dicho acto es necesario hacer un control de constitucionalidad de las disposiciones contenidas en el referido decreto supremo.

30. En tal sentido, cabe recordar que los criterios a seguirse para proceder al control judicial difuso de constitucionalidad según lo ya establecido por este Tribunal en su sentencia N.° 2132-2008-AA son los siguientes:

25.1 Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional: Debe verificarse si en el caso se aplica o amenaza aplicar (artículo 8 del nuevo

Código Procesal Constitucional) una norma legal autoaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada (Cfr. STC N.° 4677-2004-AA, F.J. 3 y ss.) o de ser el caso verificarse si en el acto cuestionado se ha aplicado una norma legal que se acusa de inconstitucional.

Las disposiciones legales en cuestión son las siguientes:

"Artículo 42.- Del estado civil, paternidad y maternidad

Para obtener y mantener la condición de Cadete o Alumno en los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, se requiere cumplir con lo siguiente:

a) Ser soltero (a).

b) No haber tenido o tener hijo (a).

c) No encontrarse en estado de gestación" (subrayado nuestro).

"Artículo 49.- De las causales de baja

La baja del cadete o alumno de Los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, puede darse en los siguientes casos:

a) Incumplimiento con los requisitos de la condición de Cadete o Alumno.

b) Medida Disciplinaria.

c) Deficiencia Académica.

d) Inaptitud Psicofísica de origen físico.

e) A su solicitud.

f) Inaptitud Psicofísica de origen psicosomático.

g) Fallecimiento" (subrayado nuestro).

"Artículo 135.- Causales de origen Psicosomático

a) Encontrarse en estado de gestación.

b) Ser declarado en situación de "Inaptitud Psicosomática por la Junta Permanente de Sanidad". (subrayado nuestro).

El Tribunal observa que los artículos 42, 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo N° 001-2010- DE/SG constituyen un caso de normas autoaplicativas. Y también considera el Tribunal que dichas disposiciones son inconstitucionales y vulneran derechos fundamentales desde su entrada en vigor. Ello, por cuanto, 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*).

Tal trato diferenciado injustificado impide el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, corno son el derecho de educación (artículos 13 y 14 de la Constitución) y el de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En el caso, la demandante no solo ve frustrada la posibilidad de concretar una carrera militar que eligió, sino también tiene que soportar que su condición de mujer y, en particular, su estado de gestación, le impide acceder de manera libre a una de las opciones educativas que el sistema ofrece para alcanzar el desarrollo personal y que el Estado, del cual forma parte, en lugar de eliminar las diferencias culturalmente creadas, las legitima y formaliza expidiendo normas como las sometidas a control. Y, como consecuencia de ello, su proyecto de vida trazado de manera autónoma y libre se ve truncado por una decisión externa irrazonable y contraria al orden constitucional.

Dichas disposiciones legales contribuyen, pues, a fortalecer la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social y pública que el Perú como sociedad todavía no ha erradicado. Y, de otro lado, también impiden que como Estado el Perú cumpla con sus obligaciones internacionales contraviniendo lo dispuesto por el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Ello, porque como señala la CEDAW, en su artículo 1, la expresión "discriminación contra la mujer" denota

> "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".

Y de tal definición, la CEDAW precisa una serie de obligaciones que los Estados partes tienen el deber de cumplir con el propósito de erradicar la discriminación contra las mujeres. Así, en el artículo 5 inciso a la CEDAW es enfática en señalar que los Estados tomarán las medidas apropiadas para:

> "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

Por ello, el Comité CEDAW en su Recomendación General N° 25 adoptada en el año 2004 durante el 30° período de sesiones ha advertido que son tres las obligaciones fundamentales para los Estados a fin de eliminar la discriminación contra la mujer:

> En primer lugar, los Estados partes tienen la obligación de garantizar que no exista discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación.
>
> La segunda obligación de los Estados partes radica en mejorar la situación de facto de la mujer, adoptando políticas y programas concretos y eficaces.
>
> En tercer lugar, los Estados partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

25.2 Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso: El control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre

que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En este sentido el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental. El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

No cabe duda de que los artículos 42, 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG guardaban una relación directa con las circunstancias fácticas en las que se encontró la demandante, pero sobre todo con las razones que motivaron la decisión de darle de baja. En efecto, la Resolución Directoral N° 0566-2014- MGP/DGP, de fecha 2 de julio de 2014, dispuso, a la demandante del Programa de Formación Técnica, la separación y dio de baja a la recurrente exclusivamente debido a su estado de gestación. Asimismo, mediante Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0563-2014 de fecha 4 de setiembre de 2014, se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto, confirmando la decisión adoptada. Si bien es cierto que se trata de resoluciones generales donde no se consigna expresamente las normas en las que encuentra sustento la baja de Kimberly Angela Chapoñan Meza, es claro que tal decisión está amparada en lo establecido por los ya citados artículos 42, 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo N° 001- 2010- DE/SG, dado su contenido dispositivo y la condición de cadete o alumna que ya tenía.

25.3 Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley: En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que se encuentre acreditado que la aplicación de la ley haya causado o pueda causar un agravio directo, pues de otro modo el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo, es preciso que

su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso.

Como consecuencia de la expedición de las Resoluciones N° 0566-2014-MGP/DGP y N° 0563-2014, la demandante fue dada de baja prohibiéndosele continuar su carrera en la Marina de Guerra del Perú. Con ello, su derecho a no ser discriminada por razón del sexo ha sido afectado, pero también su derecho a la educación resultó lesionado, dado que se le prohíbe inconstitucionalmente formarse profesionalmente para la vida, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad resultó afectado, en tanto su proyecto de vida se vio truncado.

25.4 Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control: Asimismo, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de disposiciones legales cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su "cuidado" es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia "especializada". De ahí que el segundo párrafo del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional prevenga que "Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular", y también que la Primera Disposición Final de la Ley N.° 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, establezca que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad".

Las disposiciones legales que vienen siendo objeto de control, en términos técnicos, son normas infralegales, de ahí que el Tribunal se encuentre impedido de realizar un control abstracto de constitucionalidad

sobre ellas. El Tribunal Constitucional ya ha emitido un pronunciamiento previo y ha realizado ya un control difuso sobre los artículos 42, 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo 001- 2010-DE/SG en sentencia emitida en el Expediente 01423-2013-PA/TC. Sin embargo, es pertinente subrayar que el problema jurídico anotado en dichos artículos se mantiene en los artículos 86, inciso d), 93, inciso i) y 202, inciso a) del Decreto Supremo 009-2019- DE, el cual es el Reglamento vigente de los centros de formación de las Fuerzas Armadas. Por ello es que los artículos anotados guardan conexidad con el problema jurídico evidenciado en los artículos 42, 49 y 135 del Decreto Supremo 001- 2010- DE/SG.

25.5 Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad: Dadas las consecuencias que el ejercicio del control puede tener sobre las leyes, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un juez debe apelar (STC 0141-2002-AA/TC, F.J. 4 "c"; STC 0020-2003-AI/TC, F.J.5), habida cuenta que "los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional", conforme dispone la Segunda Disposición General de la Ley N.° 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Así, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera impone que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

El Tribunal observa que los artículos 42, 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo N° 001-2010- DE/SG son normas de tipo "regla", es decir, normas de estructura cerrada cuya determinación

semántica es clara en la medida que constituyen mandatos concretos y, por tanto, no resisten interpretación. En tal sentido, considera este Tribunal que dado que las disposiciones legales cuestionadas son requisitos a cumplir (mandatos concretos), no habría margen para atribuirles un sentido interpretativo diferente a fin de salvar su constitucionalidad.

25.6 Verificación de que la norma a implicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de esta al caso concreto: Luego de haber agotado los pasos antes referidos, debe verificarse si la norma legal objeto de control difuso de constitucionalidad es manifiestamente incompatible con la Constitución, y si es así, disponerse su inaplicación al caso concreto. En tal verificación resultará de particular importancia identificar aquel contenido constitucionalmente protegido, así como la manifiesta incompatibilidad de la norma legal respecto del mencionado contenido constitucional, procedimiento en el que resultará importante superar el control de proporcionalidad, entre otros que se estime pertinente, de modo que se argumente correctamente la decisión judicial.

Por las razones que ya han sido expuestas precedentemente, ha quedado demostrado que las normas en cuestión son abiertamente incompatibles con la Constitución, en particular, con los derechos a la igualdad y de no discriminación, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.

Este Tribunal en la sentencia emitida en el Expediente 01423-2013-PA/TC ha llevado a cabo un control de proporcionalidad sobre tales normas, y a la cual en el presente caso se hace remisión por los argumentos allí expuestos. Sin embargo, es oportuno hacer notar que el problema jurídico sobre discriminación directa contra las personas gestantes se mantiene en el Decreto Supremo 009-2019-DE, el cual es el Reglamento vigente de los centros de formación de las Fuerzas Armadas

Conexidad entre los artículos 42, 49 y 135 del Decreto Supremo N° 001-2010- DE/SG y el Decreto Supremo 009-2019-DE

31. Es propicio realizar un cuadro comparativo entre las disposiciones que aparentemente se encontrarían conexas:

DECRETO SUPREMO 001-2010- DE/SG	DECRETO SUPREMO 009-2019-DE
Artículo 42. Del Estado Civil, paternidad y maternidad. Para obtener y mantener la condición de Cadete o Alumno en los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, se requiere cumplir con lo siguiente: […] c) no encontrarse en estado de gestación	**Artículo 86.-** De los requisitos para mantener la condición de cadete y alumno. La condición de militar en formación del cadete o alumno de las escuelas e institutos de formación profesional de las Fuerzas Armadas, está necesariamente condicionada a mantener los requisitos siguientes: […] d) cumplir con las exigencias psicofísicas y psicosomáticas propias de una escuela e instituto de formación profesional. Las juntas de sanidad respectivas, no podrán recomendar la permanencia o la reincorporación de los cadetes o alumnos con limitaciones de índole psicosomático.
Artículo 49. De las causales de baja. La baja del cadete o alumno de Los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, puede darse en los siguientes casos: f) Inaptitud Psicofísica de origen psicosomático.	**Artículo 93.** De las causales de baja del cadete y alumno. […] c) Inaptitud psicofísica de origen psicosomático (con excepción del estado de gestación) […] i) Incumplimiento con los requisitos para el reingreso por reserva de vacante por gestación y maternidad.
Artículo 135. Causales de origen Psicosomático Son causales de origen Psicosomático las siguientes: a) Encontrarse en estado de gestación.	**Artículo 202.** De las causales de origen psicosomático Son causales de origen psicosomático las siguientes: a) Encontrarse en estado de gestación.

32. El problema jurídico subsiste debido a los requisitos para el ingreso de reserva que formula el anexo E del reglamento en comentario, específicamente:

> 8. Los requisitos para el reingreso de las cadetes o alumnas con reserva de vacante por gestación y maternidad serán los siguientes:
>
> […] b) Presentar una declaración jurada legalizada mediante la cual acepte/declare voluntariamente lo siguiente:
>
> […] (2) Ser consciente que su condición de madre no le otorgará privilegios o distinciones respecto a los derechos y obligaciones que tienen todos los cadetes o alumnos.

> […] Presentar una copia certificada del acta de conciliación extrajudicial o la resolución judicial del Juzgado de Familia, que establezca que la custodia/tenencia de su menor hijo lo asumirá otra persona o familiar, durante el periodo que reste su proceso formativo.

33. Los requisitos así esgrimidos contradicen el derecho de libre desarrollo de la personalidad y mantienen la discriminación directa a las mujeres que posteriormente buscan reinsertarse en su vida laboral. Debe quedar claro que dichos requisitos para el ingreso de reserva no deben suponer barreras u obstáculos irrazonables para la reinserción de madres gestantes.

§. EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA

34. Así pues, encontrándose probado que la demandante fue separada del Programa de Formación del Instituto de Educación Superior Tecnológico Naval - CITEN y dada de Baja de la Marina de Guerra del Perú por encontrarse en estado de gestación, para este Tribunal dicha decisión constituye un acto discriminatorio que busca estigmatizar a las aspirantes y cadetes o alumnas de los Centros de Formación de las FF.AA. por su estado de embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción inconstitucional.

35. En tal sentido, corresponde inaplicar al caso los artículos 42 inciso c), 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo Nº 001-2010-DE/SG por ser contrarios a la Constitución.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inaplicables al caso los artículos 42 inciso c), 49 inciso f) y 135 inciso a) del Decreto Supremo Nº 001-2010- DE/SG; por lo tanto, dejar sin efecto la Resolución Directoral N.° 566-2014-MGP/DGP de fecha 2 de julio de 2014, y la Resolución de la Comandancia General de la Marina N.° 0563-2014-CGMG de fecha 4 de septiembre de 2014.

2. Disponer que el Instituto Superior Tecnológico Naval (CITEN) y la Marina de Guerra del Perú repongan a Kimberly Angela Chapoñán Meza en su condición de cadete o alumna.

3. Ordenar a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad

4. Exhortar a los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas a que apliquen el Decreto Supremo 009-2019-DE, conforme a los lineamientos establecidos por este Tribunal en la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, no suscribo los fundamentos que indico a continuación, tal como ocurrió en mi voto en el expediente 03112-2015-PA/TC.

- **Fundamento 9**, cuando dice: «…el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6)». En realidad, tal artículo constitucional consagra, como su propio texto indica, el deber del Estado de establecer políticas públicas a fin «difundir y promover la paternidad y maternidad responsables», pero siempre respetando «el derecho de las familias y de las personas a decidir».

- **Fundamento 23**, cuando menciona que la educación desempeña un papel decisivo en «el control del crecimiento demográfico».

Considero, más bien, que la educación favorece la paternidad y maternidad responsables dentro del marco señalado en el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución.

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar FUNDADA la demanda en los términos expuestos en la parte resolutiva, discrepo de los fundamentos 8 a 10 de la resolución de mayoría, que están consignados bajo el subtítulo de "Género y Constitución", los cuales, en mi opinión no resultan aspectos relevantes para resolver la presente controversia.

S.

BLUME FORTINI

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto en el presente caso, por las consideraciones esgrimidas en la ponencia presentada.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Entiendo que la parte recurrente pretende la nulidad de las siguientes resoluciones: (i) la Resolución Directoral 0566-2014-MGP/DGP de fecha 02 de julio de 2014, que dispuso separarla y darle de baja del Instituto Superior Tecnológico Naval CITEN por inaptitud psicofísica de origen psicosomático, (ii) la Resolución de la Comandancia General de la Marina 0563-2014-CGMG de fecha 04 de septiembre de 2014, que declaró infundado su recurso de apelación. Como consecuencia de los anterior, pretende que se disponga su reincorporación en Institución Superior Tecnológico Naval (Citen). Alega para tal efecto la vulneración de sus derechos constitucionales a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, y a no ser discriminada por razones de sexo.

2. El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia contenida en la Resolución 5 de fecha 30 de julio de 2015, resolvió declarar fundada la demanda, por considerar que la demandante fue víctima de medidas discriminatorias en razón de su sexo, por la causal de embarazo, ya que por un hecho biológico y por la decisión de ser madre, fue expulsada de su centro de estudios. Por otro lado, refiere que se vulneró el derecho a la educación de la demandante debido a que su separación de la escuela limitó su posibilidad de crecimiento y pleno desarrollo. Finalmente, considera que se ha vulnerado el libre desarrollo de la personalidad, pues solo las mujeres son las que deciden cuando serán madres, y la ley no puede imponerles o negarles esa posibilidad.

3. A su turno, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 3, de fecha 02 de agosto de 2016, resolvió declarar nula la sentencia impugnada, nulo todo lo actuado

e improcedente la demanda de autos, por considerar que no tiene competencia para conocer la causa. Ello debido a que el lugar de ocurrencia del hecho generador de afectación es Callao y el domicilio real de la demandante se encuentra en el distrito de Comas; sin embargo, se interpuso la demanda en la Corte Superior de Justicia de Lima.

4. Conforme al artículo 51 del Código Procesal Constitucional "[e]s competente para conocer del proceso de amparo, […] el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. En el proceso de amparo, […] no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado". En similar redacción, el artículo 42 del Código Procesal Constitucional aprobado mediante Ley 31307, señala que "[s]on competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el juez constitucional del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción. En el proceso de amparo, no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado".

5. Del documento nacional de identidad (DNI) de la recurrente, obrante a fojas 2, se aprecia que domicilia en el distrito de Comas, cuyo jurisdicción corresponde a Lima Norte, pero el lugar donde se reclama por la presunta afectación del derecho fundamental a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación por razón de sexo, a consecuencia de su expulsión del Programa de Formación Profesional Técnica del Instituto de Educación Superior Tecnológico Público Naval (Citen) por su estado de embarazo es la Provincia Constitucional del Callao. Siendo ello así, la competencia territorial correspondía a un juzgado civil o mixto de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte o del Callao, y no al Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, dado que en esta última no tiene establecido su domicilio principal, ni se habría afectado presuntamente los derechos que invoca.

A partir de lo expuesto, mi voto es por:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular al estar en desacuerdo por lo resuelto en la sentencia de mayoría. Mis razones son las siguientes:

El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 566- 2014-MGP/DGP de 2 de julio de 2014, y de la Resolución de la Comandancia General de la Marina 0563-2014-CGMG de 4 de septiembre de 2014, a través de las cuales le dieron de baja del Instituto Superior Tecnológico Naval (Citen), debido a su embarazo, y se ordene su reincorporación.

El derecho a la igualdad no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre. En determinadas circunstancias, el Derecho puede hacer diferenciaciones razonables en el trato a las personas, a partir de su edad o sexo. No todo trato jurídico diferente es discriminatorio ni deriva de prejuicios culturales, como cree la sentencia. Lo prejuicioso e infundado es semejante creencia.

Como regla general, el derecho a la igualdad comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres, pero dicha regla puede admitir excepciones. El embarazo, específicamente, es una situación que acarrea cambios y limitaciones físicos en la mujer. Un hombre no puede quedar embarazado; ergo, no tendría sentido establecer ninguna regla previendo que ello ocurra.

Al analizar el Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo 001-2010-DE-SG, la sentencia de mayoría soslaya el hecho, pues, de que solo las mujeres pueden quedar embarazadas –y, consecuentemente–, tener serias limitaciones para desarrollar las actividades físicas que se les exige realizar en dichos centros.

La formación militar propia de los centros de formación de las Fuerzas Armadas requiere una intensa actividad física y deportiva. Evidentemente, esta actividad puede poner en riesgo la vida y la salud de la

madre gestante y la del concebido quien, por mandato constitucional, es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, según señalael artículo 2, inciso 1, de la Constitución.

Al establecer el embarazo como causal de baja de los centros de formación de las Fuerzas Armadas, el reglamento cuestionado buscaba evitar que se pusiera en riesgo la vida y la integridad física tanto dela alumna embarazada como la del concebido. No tenía nada de inconstitucional. En todo caso, dicho reglamento ya ha sido sustituido por otro que ya no establece dicha causal.

Por otro lado, discrepo también de los fundamentos 8, 9 y 10 de la sentencia agrupados bajo el subtítulo "Género y Constitución", que hacen alusiones a situacionesirrelevantes para la resolución de este caso. A mi criterio, dichos fundamentos son puramente ideológicos.

Asimismo, considero indebidas las referencias a tratados internacionales que se realizan en la sentencia. Conforme a una lectura atenta de los artículos 57 y 200, inciso 4, de la Constitución, los tratados no tienen rango constitucional sino solo uno equivalente al de las ordenanzas municipales. La Constitución de 1979 sí establecía que algunos tratados tenían rango constitucional, pero fue sustituida hace veintisiete años por la actual Constitución. Ésta reafirma la prevalencia del Perú como unidad política fundamental.

Por lo expuesto, considero que la demanda debe declararse **INFUNDADA**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 974/2021
EXP. N.° 02309-2021-PA/TC
LIMA NORTE
W.D.L.A.

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de noviembre de 2021, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la educación y el interés superior del menor de iniciales P.D.A.L.N

2. Disponer el reconocimiento de los estudios efectivamente cursados por el referido menor, conforme a lo dispuesto en la presente sentencia, con los costos que se liquidarán en ejecución de sentencia.

Por su parte, la magistrada Ledesma Narváez emitió un voto singular declarando infundada 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.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre del año 2021, 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, y se agrega el fundamento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don W.D.L.A., en representación de su menor hijo de iniciales P.D.A.L.N., contra la resolución de folios 234, de 16 de abril de 2021, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

El 13 de marzo de 2018, don W.D.L.A., en representación de su menor hijo de iniciales P.D.A.L.N., interpuso demanda de amparo contra la Institución Educativa Privada (IEP) San Vicente, la Ugel 04 – Comas, el Ministerio de Educación (Minedu), con emplazamiento a la Procuraduría encargada de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Educación, a fin de que se ordene la matrícula de su menor hijo en la referida institución educativa. Alega que el 23 de junio de 2018 su menor hijo cumplirá 6 años; sin embargo, se le está negando proseguir con sus estudios primarios en la mencionada institución educativa, al no permitírsele que se matricule, aduciendo que sólo entran a primer grado los niños que cumplen 6 años hasta el 31 de marzo, lo cual, según alega, vulnera su derecho a la educación.

Contestación a la demanda

El 30 de mayo de 2018, la procuradora pública adjunta a cargo de los asuntos judiciales del Minedu dedujo la excepción de falta de

agotamiento de la vía previa. Asimismo, contestó la demanda aseverando que el demandante no tiene en cuenta que su menor hijo no cumple con la edad cronológica requerida para ser matriculado en el primer grado de educación primaria, conforme lo establece la Resolución Ministerial 657-2017- MINEDU, de 22 de noviembre de 2017, la cual aprueba la Norma Técnica denominada "Normas y Orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2018 en la Educación Básica". Afirma, además, que corresponde al Minedu definir, dirigir y articular la política de educación (la cual debe tener en cuenta diversos factores de los educandos, siendo uno de ellos el factor sicológico), con lo que se implementa un orden en el sistema educativo que permite cumplir los objetivos del proceso educativo de los niños y adolescentes, por lo que una de las acciones está relacionada con la educación inicial y primaria, así como con la edad límite para acceder en cada año a un aula, lo cual debe respetarse, pues de lo contrario el propio sistema educativo se volvería inestable.

Resoluciones de primera instancia o grado

Mediante Resolución 3, de 17 de diciembre de 2018, el Quinto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, declaró infundada la excepción deducida. Posteriormente, el citado juzgado emitió la Resolución 6, de 14 de julio de 2020, declaró fundada la demanda, por considerar que se trata de un caso sui géneris, donde al menor ya se le ha otorgado una medida cautelar, fundamentalmente en observancia del principio del interés superior del niño, por lo que las decisiones dictadas en torno a la edad cronológica requerida no pueden circunscribirse a una mera aplicación mecánica de la norma, sino que el Estado, a través de su aparato administrativo, debe tomar en cuenta las circunstancias de las posibles afectaciones que pudieran acarrear sus decisiones. El resultado de esta valoración debería llevar a adoptar una decisión razonable y proporcional, teniéndose en consideración que, en la medida en que, si no se restituye al menor el derecho reclamado por su progenitor, se ocasionaría un daño irreparable al educando; por lo que siendo así y habiéndose advertido la vulneración de su derecho a la educación, debe acogerse la pretensión.

Resolución de segunda instancia o grado

A través de la Resolución 12, de 16 de abril de 2021, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, confirmó la Resolución 3 y revocó la Resolución 6, declarando infundada la demanda,

por considerar que el parámetro de 6 años de edad, cumplidos al 31 de marzo, para la matrícula escolar de un menor no es un límite irrazonable, desproporcionado ni discriminatorio por razón de la edad, pues se sustenta en las etapas de desarrollo de la personalidad, la madurez física y emocional del niño y tiene como objetivo un aprendizaje escolar integral, oportuno y gradual, sin afectar los beneficios de los procesos de aprendizaje de la primera infancia.

Medida cautelar

Mediante Resolución 3, de 16 de abril de 2019, el mencionado juzgado concedió medida cautelar innovativa a favor del actor y ordenó a la IEP San Vicente que matricule al menor. Si bien es cierto esta medida cautelar fue dejada sin efecto por la Sala Superior a través de la Resolución 3, de 30 de abril de 2021, en su fundamento 15 se expresó que el menor de iniciales P.D.A.L.N. ha "accedido a la matrícula 2018, 2019, 2020 y 2021, en virtud del mandato cautelar (…)". Esta información se extrae del sistema de consulta de expedientes del Poder Judicial.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. Pese a que de autos no se acredita que el demandante haya empleado las vías administrativas pertinentes a fin de salvaguardar los derechos constitucionales invocados, se advierte que el uso de aquellas pudiera provocar que la alegada vulneración se torne irreparable. En efecto, una dilatada y arbitraria afectación del debido ejercicio del derecho a la educación puede desencadenar consecuencias de difícil reparación, en particular, cuando se trata de menores de edad. Por consiguiente, la defensa del interés superior del niño exige que, en aplicación del artículo 43, inciso 2, del Código Procesal Constitucional (artículo 46, inciso 2 del anterior código) se emita un pronunciamiento de fondo.

Delimitación del asunto litigioso

2. El recurrente solicita que se ordene la matrícula de su menor hijo en el primer grado de primaria de la Institución Educativa Particular (IEP) San Vicente para el periodo lectivo de 2018. Esta pretensión lleva implícita otras dos: a) la validación de la referida matrícula en

el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión de la Institución Educativa (Siagie), el cual es un aplicativo informático de carácter oficial a través del cual se expiden todos los documentos oficiales y, b) la inaplicación de la norma técnica denominada "Normas y Orientaciones para el Desarrollo Escolar 2018 en Instituciones Educativas y en Programas de la Educación Básica", aprobada por Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU.

El derecho a la educación

3. El artículo 13 de la Constitución establece que "la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana" y su artículo 14 estipula que "la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. En líneas generales, prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad".

4. Ahora bien, el proceso educativo no solo debe restringirse a la simple acción de los centros educativos, tampoco al entorno familiar. Además, es necesario que, en el proceso educacional, el Estado asuma, ante todo, un rol tutelar y no únicamente prestacional. Con ello, se encuentra obligado a adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias para el ejercicio efectivo del derecho a la educación (fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente 02595-2014-PA/TC).

El interés superior del niño y su calidad de sujeto de especial protección

5. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial y prioritario del Estado. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado al establecer que "la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente.

6. Esto presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión. Por ello, requieren especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

El derecho a la educación como derecho de configuración legal

7. El contenido del derecho fundamental constitucionalmente protegido requiere ser delimitado por ley, con lo cual nos encontramos ante leyes de configuración de derechos fundamentales.

8. Así lo establece el artículo 16 de la Constitución Política al señalar que "el Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación".

9. Concretamente, es la Ley 28044, Ley General de Educación, una de las normas que delimita la política educativa en nuestro país, pues su objeto es establecer los lineamientos generales de la educación y del sistema educativo peruano, las atribuciones y obligaciones del Estado, y los derechos y las responsabilidades de las personas y la sociedad en su función educadora. Rige todas las actividades educativas realizadas en el territorio nacional, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras (artículo 1).

10. En el presente caso, es importante tomar en cuenta el artículo 36 de la precitada norma, en el cual se determinan los niveles de educación básica y los rangos de edades para alcanzar dichos niveles. En relación con los niveles para inicial y primaria, se establece lo siguiente:

    a) **Nivel de Educación Inicial:** La educación inicial constituye el primer nivel de la Educación Básica Regular, y comprende a niños menores de 6 años y se desarrolla en forma escolarizada y no escolarizada conforme a los términos que establezca el Reglamento. El Estado asume también sus necesidades de salud y nutrición a través de una acción intersectorial. Se articula con el nivel de Educación Primaria asegurando coherencia pedagógica y curricular, conservando su identidad, especificidad, autonomía administrativa y de gestión. Con participación de la familia y de la comunidad, la educación inicial cumple la finalidad de promover prácticas de crianza que contribuyan al desarrollo integral de los niños, tomando en cuenta su crecimiento socioafectivo y cognitivo, la expresión oral y artística y la sicomotricidad y el respeto de sus derechos.

b) Nivel de Educación Primaria: La educación primaria constituye el segundo nivel de la Educación Básica Regular y dura seis años. Tiene como finalidad educar integralmente a niños. Promueve la comunicación en todas las áreas, el manejo operacional del conocimiento, el desarrollo personal, espiritual, físico, afectivo, social, vocacional y artístico, el pensamiento lógico, la creatividad, la adquisición de las habilidades necesarias para el despliegue de sus potencialidades, así como la comprensión de los hechos cercanos a su ambiente natural y social.

11. Según los términos expuestos en la citada ley, el Minedu, año tras año, ha aprobado las directivas para el desarrollo de cada año escolar en las instituciones de educación básica. Entre estas, la Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU, de 22 de noviembre de 2017, la cual aprueba la Norma Técnica denominada "Normas y Orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2018 en la Educación Básica", en las que se incluye como uno de los requisitos para acceder al primer grado de educación primaria, haber cumplido seis años al 31 de marzo.

Convalidación de actos administrativos

12. Conforme al Texto Único Ordenado (TUO) Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General (según el texto vigente cuando el menor realizó sus estudios de educación inicial y al momento en que su padre presentó la demanda) la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe prescribe a los 2 años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. En caso de que haya prescrito el plazo citado, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los 3 años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

Análisis del caso concreto

13. En la directiva "Normas y Orientaciones para el Desarrollo Escolar 2018 en Instituciones Educativas y en Programas de la Educación Básica", aprobada por Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU se estableció que, para acceder al ciclo II de educación inicial y al primer grado de educación primaria, se requiere lo siguiente:

> **7.2.2.1 En Educación Inicial**
>
> [...] Para los niños del ciclo II (3 a 5 años), la matrícula se realiza antes o durante el primer mes de iniciadas las clases y de acuerdo con la edad cronológica cumplida al 31 de marzo. Los niños que cumplen 6 años al 31 de marzo son promovidos de manera automática al primer grado de la Educación Primaria. (…)
>
> **7.2.1.2 En Educación Primaria**
>
> La matrícula en el primer grado se debe realizar antes o durante el primer mes de iniciadas las clases y de acuerdo con la edad cronológica de seis años cumplidos al 31 de marzo. El director de la I. E. debe registrar el cumplimiento de la edad reglamentaria en el SIAGIE.

14. Así, la citada disposición prescribe, entre otras, una regla clara: que los menores que no han cumplido los seis años al 31 de marzo de 2018 no pueden acceder a la matrícula en el nivel primario. Asimismo, en base a la directiva vigente en el año anterior (aprobada por Resolución Ministerial 627-2016-MINEDU), el citado menor tampoco debió ser matriculado en inicial de 5 años en 2017. Sin embargo, el menor de iniciales P.D.A.L.N. fue matriculado en inicial de 5 años en 2017 en la IEP Ingeniería Belaúnde, pese a que cumplió cinco años en fecha posterior, esto es, el 23 de junio de 2017, conforme se advierte en su documento nacional de identidad (folio 11).

15. Posteriormente, merced a la medida cautelar otorgada por el juez de primera instancia o grado, el menor habría efectuado estudios los años 2018, 2019, 2020 y 2021. Ello se reconoce en la Resolución 3, de 30 de abril de 2021, emitida por la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, lo cual coincide con el "Informe de progreso del estudiante-2020" emitido por la IEP "Hijos valores de la comunidad" (folio 227) y con la constancia de matrícula del referido colegio (folios 229) donde se indica que está cursando el cuarto grado de primaria.

16. En tal sentido, se acredita que la matrícula fue realizada, en un primer momento, de manera informal; sin embargo, a consecuencia de la medida cautelar dispuesta a favor del menor, esta no solo continuó

materialmente con sus estudios, sino, además, sus estudios fueron formalizados y oficializados, pues se dispuso su matrícula.

17. No se acredita que alguna entidad oficial convalidase a través de acto administrativo alguno, los estudios realizados por el menor en el nivel inicial, siendo las matrículas posteriores realizadas en cumplimiento de un mandato judicial.

18. Ahora bien, aunque es innegable que se han incumplido las citadas resoluciones ministeriales, debido a que el menor inició prematuramente sus estudios escolares, es desproporcionado e irrazonable desconocer los estudios que materialmente habría realizado, en tanto que tal decisión contraviene manifiestamente su derecho a la educación, manifestado en la permanencia y continuidad de sus estudios. Más aún, si el error, en definitiva, es atribuible al propio accionar de aquella entidad educativa que permitió, en 2017, que el menor realizara estudios irregularmente y a la ausencia de una oportuna supervisión por parte de las entidades estatales competentes en materia de educación.

19. Por lo tanto, el acto lesivo se configura ante la negativa de permitir el registro de matrícula en el Siagie en todos los periodos académicos en los que cursó estudios y frente a la amenaza de su no registro durante el año 2021, si la presente demanda es desestimada y los posteriores años, pese a que materialmente ha concluido grados y periodos escolares.

20. Ello no implica desconocer que, cuando el Ministerio de Educación exige cumplir las directivas en materia educacional, lo que se pretende es cautelar el desarrollo físico, psíquico y emocional de los menores estudiantes; pues su objetivo es salvaguardar el respeto de los procesos de desarrollo de los niños, y la realización de los estudios de acuerdo con la edad cronológica adecuada con el fin de lograr su desarrollo integral. Asimismo, con ello se busca cautelar el ejercicio efectivo del derecho a la educación, empero, bajo ninguna circunstancia, se deberá poner en riesgo justamente aquello que se debe proteger, es decir, el desarrollo físico, psíquico y emocional de un menor. Este se encuentra en peligro ante la amenaza de que se desconozcan los estudios que materialmente habría realizado o interrumpa la regularidad del proceso educativo que se está ejecutando.

21. Así, existen circunstancias en las que la aplicación de las disposiciones a algún caso concreto puede acarrear problemas que, incluso, incidan en la vulneración de algún(os) derecho(s) fundamental(es) como en el presente caso. Sin embargo, ello no significa que dichas disposiciones sean inconstitucionales o inválidas per se, sino que la correcta aplicación de ellas debe darse ponderando también otros derechos, principios o valores constitucionales.

22. Además, los niños se encuentran en el grupo de sujetos que merece una especial protección del Estado y de la sociedad en su conjunto. Por ello, básicamente, son las autoridades, funcionarios y empleados del aparato estatal quienes tienen el deber de cautelar en todo momento los derechos fundamentales de los niños. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que la demanda debe estimarse, ya que se ha incumplido ese deber. Así, el Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, se ha negado a registrar al menor en su base de datos o sistemas, por lo que existe la posibilidad de que se terminen desconociendo los estudios que habría realizado, con el argumento de que no se ha observado lo dispuesto en las resoluciones ministeriales 627-2016-MINEDU y 657-2017-MINEDU. Por consiguiente, queda claro que no se cumplió el mencionado especial deber de protección del interés superior del menor.

23. Adicionalmente, este Tribunal Constitucional considera necesario agregar que, en aras de no vulnerar el derecho fundamental a la educación del menor, no puede actuarse contrariamente a la razonabilidad y a la proporcionalidad; pues, de ser así, se le ocasionaría un daño irreparable. Esto último no solo en la medida en que se están desconociendo los estudios que materialmente habría realizado, sino también porque, en el supuesto en que los padres válidamente decidiesen cambiar al menor a otro centro educativo, no podrían hacerlo; pues sus estudios no se encontrarían reconocidos oficialmente por las autoridades pertinentes. EXP. N.° 02309-2021-PA/TC LIMA NORTE W.D.L.A.

24. Por lo tanto, las autoridades educativas se encuentran obligadas a otorgar todas las facilidades a fin de reconocer los estudios cursados por el menor, así como de ingresar en el Siagie su registro de matrícula, nóminas y actas de evaluación correspondientes, siempre

y cuando hayan sido aprobados satisfactoriamente y cumplido los demás requisitos exigidos; o, de ser el caso, conservar los efectos de la medida cautelar dispuesta en autos. Por ello, corresponde estimar la demanda.

25. Finalmente, en atención a que la vulneración de los citados derechos constitucionales se encuentra acreditada, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago de los costos procesales según lo dispuesto por el artículo 28 del Código Procesal Constitucional, que se liquidará en ejecución de 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 a la educación y el interés superior del menor de iniciales P.D.A.L.N

2. Disponer el reconocimiento de los estudios efectivamente cursados por el referido menor, conforme a lo dispuesto en la presente sentencia, con los costos que se liquidarán en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Adicionalmente quisiera realizar algunas precisiones:

1. El objeto de la demanda en el presente caso es que se ordene la matrícula del niño de iniciales P.D.A.L.N. en el primer grado de primaria de la Institución Educativa Privada San Vicente, pese a no haber cumplido 6 años al 31 de marzo de 2018, conforme lo exige la Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU, de fecha 22 de noviembre de 2017.

2. En función de los hechos del presente caso, considero necesario referirme al derecho-principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. A estos efectos, quiero empezar recordando al trato que este Tribunal Constitucional les brinda, tanto al referirse a ellos, como a la protección que se les debe.

3. Así, lo primero es precisar que la protección especial que merecen niños, niñas y adolescentes no significa que les pueda considerar como meros objetos de protección; sino, por el contrario, que deben ser entendidos como auténticos sujetos de derechos. En este sentido, la tutela que se les brinda no debe partir tan solo de su situación de debilidad o vulnerabilidad, y, menos aun, tenérseles por incapaces o "menores en situación irregular" (como lo sugiere la doctrina de la "minoridad" o de la "situación irregular"). Por el contrario, su debida protección exige reconocerlas corno las personas que son, y se encuentra encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (conforme a la doctrina de la "protección integral").

4. De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes debe considerarse como encaminada a fortalecer y permitir que ellos desplieguen sus capacidades, así como a promover su bienestar; y nunca a su anulación o subordinación. A esto, por

cierto, no ayuda el uso del término "menor"—que desafortunadamente este mismo Tribunal ha utilizado de manera frecuente— para hacer referencia a niñas, niños y adolescentes. Considero entonces, en este sentido, que la expresión "menor" debe ser en el futuro erradicada de las decisiones de este órgano colegiado.

5. En cuanto al principio de interés superior del niño[75], conviene anotar que este se encuentra reconocido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En este último artículo se señala que "toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de entidades como el Congreso, el Gobierno, la judicatura ordinaria o Poder Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Es más, la ratificación del valor de la protección y la deferencia interpretativa a favor de niños, niñas y adolescentes ha sido una constante en numerosos pronunciamientos de este mismo Tribunal Constitucional sobre el particular (por ejemplo, en STC Exp. N.° 1817-2009-HC, STC Exp. N.° 4058- 2012-PA, STC Exp. N.° 01821-2013-HC y STC Exp. N.° 4430- 2012-HC).

6. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, acertadamente, que el interés superior del niño puede concebirse como un derecho, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento[76]. Efectivamente, ha señalado que es un concepto triple, pudiendo ser:

   "a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una

75 Solo por economía del lenguaje, cuando nos refiramos en adelante al "interés superior del niño" estaremos aludiendo en realidad al interés superior de la niña, el niño y los adolescentes.

76 Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14, párr. 6.

cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

7. De este modo, de la noción de interés superior del niño se desprende una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes. Ello incluso se impone o debe imponer sobre los derechos de los adultos u otros bienes constitucionales valiosos[77].

77 Vide STC Exp. N° 02132-2008-AA, f. j. 10; STC Exp. N° 2079-2009-HC, f. j. 13; STC Exp. N° 02132- 2008- AA, f. j. 10.

8. En este sentido, como ha tenido ocasión de señalar recientemente este Tribunal, este principio "predispone al juzgador, prima facie, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso" (STC Exp. N° 01665-2014-HC, f. j. 21).

9. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Campo Algodonero vs. México (sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009), señaló que:

> "[L]os niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable" (Cfr. fundamento 408)

10. En este sentido, a partir del principio del interés superior del niño resulta pertinente y perfectamente justificado para los niños y niñas que se propenda a la defensa y protección de sus derechos fundamentales.

11. Al respecto, considero que el presente caso es uno de aquellos en donde claramente se advierte la prevalencia del principio del interés superior del niño. Ello, por cuanto:

    a) La Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU, de fecha 22 de noviembre de 2017, que aprueba la Norma Técnica denominada

"Normas y Orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2018 en la Educación Básica", incluye como uno de los requisitos para acceder al primer grado de educación primaria, haber cumplido seis años al 31 de marzo.

b) El colegio emplazado y la UGEL N° 04 – Comas niegan el acceso a la matrícula de primer año de primaria del niño de iniciales P.D.A.L.N., quien es el favorecido en el presente caso. Justifica su decisión en los términos de la citada Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU, dado además que el beneficiario cumple 6 años recién el 23 de junio de 2018. Al respecto, a través de una medida cautelar, el favorecido ha sido matriculado en el colegio demandado durante los periodos 2018 al 2021

c) En aplicación del principio del interés superior del niño, y en respeto de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, es evidente que se le debe permitir el registro de matrícula en el SIAGIE en todos los periodos académicos en los que cursó estudios, al haberlos concluido además satisfactoriamente.

12. Por lo demás, esta es la línea jurisprudencial vigente asumida por la mayoría de magistrados que conforman este Tribunal Constitucional respecto de la situación de las personas menores de edad que son inscritas fuera del periodo establecido por el Ministerio de Educación y que ya han cursado de manera satisfactoria uno o más grados (Cfr. STC Expedientes 943-2017-PA, 1975-2018-PA, 3925-2017-PA, entre otros).

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR
DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En la sociedad peruana aún no se da la debida importancia al imperativo de que los niños y niñas sólo deban ingresar al colegio cuando posean un suficiente desarrollo emocional, cognitivo y social.

A. SÍNTESIS DEL VOTO

Estimo que la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA**, pues cuando el Ministerio de Educación exige cumplir las directivas que son conformes con la Constitución y cuando cautelan el desarrollo físico, psíquico y emocional de los menores de edad, no vulneran ningún derecho fundamental. No se puede premiar la irresponsabilidad de un padre de familia que conforme a su libre albedrío y en contra de la respectiva directiva (que estableció que la matrícula para niños y niñas de O a 5 años de edad se realiza de acuerdo a la edad cronológica al 31 de marzo del respectivo año), logró hacer estudiar a su hijo, de modo informal, en colegios "informales", pese a que él nació en el mes de abril. Obrando de este modo informal, el daño a la educación y estabilidad física, psíquica y emocional del niño, lo están generando los propios padres de familia que aquí demandan.

Si el Ministerio de Educación ha establecido una edad límite (hasta el 31 de marzo de cada año) para que los niños y niñas ingresen al colegio, es porque los respectivos especialistas y profesionales con lo que cuenta, así como los estudios en los que éstos se basan, tal como lo acreditaré posteriormente, estiman que dicho límite refleja ese suficiente desarrollo emocional, cognitivo y social que requieren tales niños y niñas.

Si un padre de familia considera que su hijo o hija se ha desarrollado precozmente y merece ingresar antes de la edad límite establecida por el Ministerio de Educación, antes que hacer estudiar informalmente a su hijo o hija en algún colegio informal que lo permita, debe acudir a los respectivos especialistas (educadores, psicólogos, etc.) para informarse

sobre la importancia del desarrollo emocional, cognitivo y social del niño en edad escolar. No por empezar o terminar antes el colegio se logra ser exitoso. La cultura de conseguir el éxito "a cualquier costo" debe ser desplazada por la cultura de conseguir el éxito con responsabilidad, madurez y compatibilidad entre el bien individual y el bien común.

Discrepo de la mayoría del Tribunal Constitucional, pues termina convalidando el actuar irresponsable de los padres de familia.

Tengo la impresión que la decisión en mayoría del TC a la que me opongo, pese a operar en un caso concreto, va a ser utilizada negativamente, pues ahora, cualquier padre de familia que haya inscrito **de modo informal** a su hijo o hija en un colegio (independientemente de la fecha límite), y vea rechazado su pedido de registro oficial, acudirá al amparo para lograr tal registro. ¿Qué hará el respectivo juez constitucional? Declararla fundada teniendo en cuenta el presente caso del TC. Todo en nombre de la educación, pero sin pensar en la salud y bienestar de los niños.

Como sabemos, la labor de control del Tribunal Constitucional se realiza a través de un trabajo conjunto, con la intervención de los siete jueces que lo integramos y que no siempre puede terminar en una posición unánime. El caso que a continuación presento es uno de ellos. Advierto, desde ya, que los argumentos que seguidamente se leerán expresan una posición en minoría, en disidencia, y que los expongo como parte de mi deber de justificar, corno jueza constitucional, cuáles son las razones por las que me aparto de la mayoría. Este ejercicio responde a una postura deliberativa, en la que se muestran, con transparencia, las diversas posiciones que concurren en el caso; y, bajo una práctica democrática, incluso dichos argumentos pueden ser sometidos a la crítica de los diversos actores sociales (artículo 139, inciso 20, de la Constitución).

B. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

1. Teniendo en cuenta las razones de las partes y los medios probatorios obrantes en autos, estimo que las controversias constitucionales del presente caso son las siguientes:

    a) El derecho a la educación, ¿es un derecho de eficacia directa o uno de configuración legal? Y si es de configuración legal, ¿cuáles son los límites que deben observar los jueces cuando controlan la configuración realizada por el legislador?

b) ¿Cuáles son las reglas para el ingreso a la educación inicial y educación primaria?

c) ¿Cuál es la importancia de la edad límite para el ingreso al colegio en el desarrollo emocional, cognitivo y social de los niños?

d) ¿Hay realmente una afectación al derecho a la educación del menor de iniciales P.D.A.L.N.?

C. ANTECEDENTES DE RELEVANCIA

2. El accionante, don W.D.L.A, en representación de su menor hijo de iniciales P.D.A.L.N., presenta demanda de amparo contra la Institución Educativa Privada San Vicente, la Ugel 04 – Comas, el Ministerio de Educación (Minedu), con emplazamiento a la Procuraduría encargada de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Educación, a fin de que se ordene la matrícula de su menor hijo en la referida institución educativa. Alega que con fecha 23 de junio de 2018 su menor hijo cumplirá 6 años; sin embargo, se le está negando proseguir con sus estudios primarios en la mencionada institución educativa, al no permitírsele que se matricule, aduciendo que sólo entran a primer grado los niños que cumplen 6 años hasta el 31 de marzo, lo cual vulnera su derecho a la educación.

3. La Procuradora Pública adjunta a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación contesta la demanda aseverando que el demandante no tiene en cuenta que su menor hijo no cumple con la edad cronológica requerida para ser matriculado en el primer grado de educación primaria, conforme lo establece la Resolución Ministerial 657-2017-MINEDU, de fecha 22 de noviembre de 2017, la cual aprueba la Norma Técnica denominada "Normas y Orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2018 en la Educación Básica". Afirma, además, que corresponde al Minedu definir, dirigir y articular la política de educación (la cual debe tener en cuenta diversos factores de los educandos, siendo uno de ellos el factor sicológico), con lo que se implementa un orden en el sistema educativo que permite cumplir los objetivos del proceso educativo de los niños y adolescentes, por lo que una de las acciones está relacionada con la educación inicial y primaria, así como con la edad límite para acceder en cada año a un aula, lo cual debe respetarse, pues de lo contrario el propio sistema educativo se volvería inestable.

D. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

a) El derecho a la educación como derecho de configuración legal y los límites de la jurisdicción

4. Como ya lo ha sostenido antes el Tribunal Constitucional (Exp. 01417-2005- PA/TC FJ 11), existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Constitución (por ejemplo, el artículo 27° sobre el derecho a la estabilidad laboral) o en razón de su propia naturaleza (por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

5. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

6. Y es que, si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto como por ejemplo pueden ser los derechos sociales como al trabajo, a la educación o a la salud, ello no significa que se traten de derechos "en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

7. Aquí se encuentra de por medio el principio de "libre configuración de la ley por el legislador", conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

8. En cuanto al derecho a la educación, conforme se desprende de lo antes expuesto, es clara su identificación como un derecho de configuración legal. Así, por ejemplo, cuando el artículo 13 de la Constitución establece que "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana", no indica la forma en que la educación debe lograr tal desarrollo integral de la persona. No indica qué cursos deben llevarse en educación inicial, primaria, secundaria o superior. No indica en qué plazos o cuánto tiempo es necesario para cada una de estas etapas. No indica qué condiciones deben reunir los niños para acceder a los diferentes niveles de educación. No indica lo que se debe hacer con aquellas personas que habiendo superado la mayoría de edad quieren estudiar, etc. Todo ello, o el marco normativo de ello, lo hace el legislador.

9. Precisamente la Ley 28044, General de Educación, establece, por ejemplo, cuáles son los objetivos de la educación básica (artículo 31), cómo se organiza la educación básica (artículo 32) o el currículo de educación básica (artículos 33, 34 y 35), y en lo que a este caso concreto interesa, establece en su artículo 36 (modificado por el artículo único de la Ley 28123), lo siguiente:

   La Educación Básica Regular comprende:

   a) Nivel de Educación Inicial. La Educación Inicial constituye el primer nivel de la Educación Básica Regular, y comprende a **niños menores de 6 años** y se desarrolla en forma escolarizada y no escolarizada conforme a los términos que establezca el Reglamento. [resaltado agregado]

   b) Nivel de Educación Primaria. La Educación Primaria constituye el segundo nivel de la Educación Básica Regular y **dura seis años**. Tiene como finalidad educar integralmente a niños (...). [resaltado agregado]

10. Nótese que ya la citada LEY ha establecido que **la educación "inicial" es para menores de 6** años y que de ello se desprende, indubitablemente, que la educación "primaria" es para niños de 6 años y durará 6 años.

11. Asimismo, como se aprecia, es el legislador, y no los jueces, el que, conforme a sus respectivas competencias, ha establecido, por ejemplo, que la educación inicial comprende a menores de 6

años. ¿Cómo hizo para establecer tales años? De seguro que fue reuniendo la información de especialistas y sociedad en general. De igual forma procedió el legislador para establecer que la educación primaria debe durar 6 años y agregando qué se busca en dicha etapa.

12. En dicho contexto, quedando claras las competencias del legislador en el desarrollo del derecho fundamental a la educación, cabe precisar el rol o límites de los jueces cuando controlan la actuación del legislador. Podría afirmarse que el rol de los jueces en este específico ámbito es para controlar la proporcionalidad, por exceso o defecto, de las respectivas medidas legislativas. En otras palabras, un juez no tiene competencia para controlar que la educación inicial sea para menores de 6 años. Esa es una competencia del legislador. Quizás solo pudiese controlarla si al legislador, desproporcionadamente, se le ocurriera que la educación inicial escolarizada se realice a los 10 años o que fijar políticamente cualquier fecha de inicio sin ningún sustento técnico, pedagógico y médico, supuestos, por demás, improbables, pero que de ocurrir podría generar el respectivo control judicial.

13. Otro supuesto de control podría ser el aplicativo, es decir, no ya para cuestionar el mandato legislativo sino la forma de aplicación de dicho mandato por parte de los operadores (Ministerio de Educación, profesores, padres de familia o alumnos, etc.).

b) Reglas para el ingreso a la educación inicial y educación primaria

14. Teniendo en cuenta que de autos se desprende que el menor de iniciales P.D.A.L.N., nació el 23 de junio de 2012, cursó el primer grado de educación primaria en el año 2018, conviene verificar las reglas específicas que existían durante esos años, más allá de la ley mencionada en los parágrafos precedentes en el sentido de que se requería contar con 6 años para iniciar la educación primaria.

15. En cuanto al acceso al nivel de Educación Primaria en el año 2018, el Ministerio de Educación expidió la Resolución Ministerial 0657-2017-ED, de fecha 22 de noviembre de 2017, que aprueba la Directiva "Normas y Orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2018 en la Educación Básica", en la que se dispuso lo siguiente:

7.2.1.2 En Educación Primaria

La matrícula en el primer grado se debe realizar antes o durante el primer mes de iniciadas las clases y de acuerdo con la edad cronológica de seis años cumplidos al 31 de marzo. El director de la I. E. debe registrar el cumplimiento de la edad reglamentaria en el SIAGIE.

16. Así, la citada disposición prescribe, entre otras, una regla clara: que los menores que no han cumplido los seis años al 31 de marzo de 2018, no pueden acceder a la matrícula en el primer grado de primaria. Sin embargo, el menor de iniciales P.D.A.L.N. fue matriculado en dicho nivel durante el año 2018, por medida cautelar, en la Institución Educativa Privada San Vicente, pese a que cumplió seis años en fecha posterior, esto es, el 23 de junio de 2018, conforme se advierte de su documento nacional de identidad (folio 11). Asimismo, conforme se advierte de la Resolución 3, de fecha 30 de abril de 2021, recaída en el cuaderno cautelar, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, ha declarado que el menor de iniciales P.D.A.L.N. ha "accedido a la matrícula 2018, 2019, 2020 y 2021, en virtud del mandato cautelar (…)".

c) La importancia de la edad límite para el ingreso al colegio en el desarrollo emocional, cognitivo y social del niño

17. Luego de ver la parte normativa del ingreso de los niños al primer grado de educación primaria, toca ahora verificar la importancia de la edad límite de ingreso al colegio en cuanto al desarrollo emocional, cognitivo y social de los menores de edad.

18. Al respecto, cabe mencionar que mediante Oficio 2738-2016/MINEDU/ VMGP/DIGEBR, de fecha 2 de noviembre de 2016, la Dirección General de Educación Básica Regular se dirige a la Viceministerio de Gestión Pedagógica, informando técnica y legalmente sobre un pedido de flexibilidad en el ingreso de los niños y niñas en las aulas de 3, 4, 5 y 6 años de edad.

19. Allí aparece el Informe 244-2016-MINEDU/VMGP-DIGEBR-DEI-DEP de fecha 2 de noviembre de 2016, que establece el sustento técnico pedagógico para que el Ministerio de Educación establezca la normatividad para la matrícula en el nivel inicial y primer grado de educación primaria:

3.2 Sustento técnico pedagógico

3.2.1 El criterio establecido para definir esta edad normativa se basa en tres teorías del desarrollo humano: la teoría de la personalidad de Henri Wallon, la teoría del desarrollo de la inteligencia, de Jean Piaget; y la teoría del desarrollo psicosocial de Erick Erickson. Estas teorías aportan una mirada integral del ser humano en todas sus dimensiones, y evidencian que entre los 6 y 7 años se producen procesos de desarrollo que sientan las bases para los aprendizajes vinculados a la lectura, escritura, y no antes, que el niño se encuentra plenamente preparado para asumir los retos de aprendizaje que la educación primaria plantea.

Como señala Wallon, la maduración precede al aprendizaje. Esto quiere decir que una condición para que se dé un buen aprendizaje es el equipamiento neurobiológico, emocional, cognitivo y social. Si éste no está maduro, no se aprende bien, puesto que no existen las estructuras mentales y emocionales para integrar los aprendizajes.

En esa misma línea de Wallon, Mirtha Chockler, especialista en desarrollo infantil, nos recuerda que "lo que se adquiere con una infraestructura inmadura, son conductas fragmentadas, deformadas, inseguras, precarias, disociadas, con efectos más o menos inquietantes en el conjunto de la personalidad. Efectos que están directamente en relación al nivel de inmadurez y a la tenacidad del forzamiento para desencadenar una conducta supuestamente esperable, aun cuando la exigencia aparezca con una gran seducción afectiva".

Chockler nos advierte que los niños y niñas aprenderán, pero aprenderán mal, no conseguirán integrar los nuevos aprendizajes. Algunas veces los adultos creemos que porque un niño ya lee, ya reconoce las letras, ya está "listo" para hacer un primer grado. Además de los efectos en los aprendizajes, también están los efectos en la personalidad de los niños y niñas. Los primeros años sientan las bases para desarrollar la seguridad, la confianza. Poner a los niños frente a situaciones para las que todavía no están maduros inevitablemente tendrá huellas en su personalidad, generando inseguridad, fracaso y hasta dependencia.

Así, en lugar de facilitar el desarrollo, muchas veces terminamos bloqueándolo, puesto que se infiere en la construcción y autorregulación de los comportamientos. Asimismo, la sobreexigencia a la que exponemos un sujeto que no está suficientemente maduro, determina la necesaria utilización de otros sistemas -ya maduros- pero no pertinentes para la acción que se quiere provocar, y por lo tanto se distorsiona, bloquea o deforma el aprendizaje. Por ejemplo, muchos niños y niñas terminan haciendo uso de la memoria, para adquirir algunos aprendizajes, "aprenden" aparentemente muchas cosas, pero luego no pueden usar satisfactoriamente dichos aprendizajes. (Ver Anexo 1)

3.3.2 Según las investigaciones sobre el desarrollo cognitivo del niño, de Guevara Y, Benítez A, García H, Delgado U, López A y García G (2007), Macavilca K (2010), Bonneveaux, B (1980) la existencia de rangos de edad muy dispersos en primer grado podría afectar el proceso de aprendizaje. Los autores citados sustentan una tendencia a establecer diferencias cognitivas entre los niños de 5 y 6 años en aspectos relacionados a habilidades perceptivas, motoras, de razonamiento, aptitud numérica, constancia de forma, memoria inmediata y en la elaboración de conceptos, debido a que se asume que los niños de 6 años tienen mayores saberes previos, experiencia y maduración que los niños de 5 años.

Específicamente en el aprendizaje de la lectura y escritura, las investigaciones de Fumagalli J, Wilson M, Jainchenco V(2010); Yolanda Guevara Y, López A, García G, Delgado U, Hermosillo A, Rugerio J (2008) ; Dioses A, García L, Matalinares M, Cuzcano A, Panca N (2006) ; Janet Quiroz Carla Fernández Jenny Castillo Flores R, Torrado M, Mondragón S, Pérez C (2003); de Baesa Yetolú (1996) establecen también una tendencia a establecer diferencias en las habilidades básicas para el aprendizaje de la lectura y escritura como son el desarrollo de la conciencia fonológica , la lectura oral y silenciosa de palabras, enunciados y textos, del desarrollo de la metacognición, estableciendo que los niños que ingresan con 6 años cumplidos tienen ventajas sobre los niños que ingresan con 5 años de edad.

Las evaluaciones internacionales de Carabaña J. (2006) , Arregui A, Tambo 1 (2010), Gutiérrez M (2009), e investigaciones de Bedard K, Dhuey E (2006) Crawford C, Dearden L , Meghir Costas (2010), señalan que la edad de ingreso al sistema educativo repercute en los aprendizajes posteriores de los niños, ya que la evidencia empírica muestra que los alumnos más jóvenes de una clase obtienen los resultados más bajos en las pruebas de rendimiento. EXP. N.° 02309-2021-PA/TC LIMA NORTE W.D.L.A.

3.3.3 Las investigaciones también revelan que uno de los factores que más se asocia a la posibilidad de sufrir **intimidación escolar (bullying)** es, además de los problemas físicos o mentales, la **edad**, es decir, ser el más pequeño en el grupo. [resaltado agregado]

3.3.4 La Educación Básica está destinada a favorecer el desarrollo integral del estudiante, el despliegue de sus potencialidades y el desarrollo de capacidades, conocimientos, actitudes y valores fundamentales que la persona debe poseer para actuar adecuada y eficazmente en los diversos ámbitos de la sociedad. Es decir, implica una atención a todas dimensiones del ser humano, física, motriz, emocional, cognitiva, social y afectiva, no solo a la dimensión intelectual, y el respeto a los procesos de desarrollo armónico que vaya sentando las bases para los procesos más complejos.

3.3.5 Los sistemas educativos tienen que establecer cortes para regular las edades correspondientes a cada nivel educativo. Estos cortes se basan fundamentalmente en las teorías del desarrollo humano. Es por ello que en la mayoría de países del mundo se establece como corte para el ingreso al Primer Grado los 6 años cumplidos para el inicio del año escolar. Por ejemplo, en países que inician clases en el mes de setiembre, el corte se hace a los 6 años cumplidos hasta el 31 de agosto. Según las estadísticas de la UNESCO a nivel mundial, el 66% de los países comienza la primaria a la edad de 6 años. En un 22% de países la exigencia es mayor, los 7 años de edad.

20. Así también, dicho informe establece el sustento técnico pedagógico para establecer la edad corno requisito para la matrícula en el nivel inicial y primer grado de educación primaria:

> 3.3.6 La edad como requisito para la matrícula, respecto a este punto se precisa lo siguiente:
>
> a) Los niños y niñas que ingresan al nivel de Educación Primaria requieren:
>
> - Un desarrollo cognitivo y verbal continuado entre el aprendizaje del lenguaje oral y la apropiación del lenguaje escrito para iniciarse en el proceso de lectoescritura de manera formal.
>
> - Una maduración a nivel psicomotor, coordinación visomotora, equilibrio, resistencia física y habilidades que realizan de manera cotidiana, lo que influirá en su capacidad para escribir y dibujar con mayor destreza.
>
> - El inicio o el logro del proceso de transición del pensamiento intuitivo al pensamiento concreto, lo que permitirá autorregularse en su proceso de aprendizaje, encontrando y utilizando sus propias estrategias y mecanismos que faciliten su aprendizaje según su propio ritmo o estilo.
>
> - Un desarrollo cognitivo menos egocéntrico, lo que permite tener la capacidad de ser reversible, desenvolviendo paulatinamente su pensamiento operatorio, de manera que pueda efectuar transformaciones en su mente, interpretando lo percibido de acuerdo con estructuras cognitivas cada vez más complejas.
>
> - El incremento de la capacidad de atención, la que favorece el logro de aprendizajes tanto en la escuela como en el hogar.
>
> - La adquisición de capacidades que se relacionan con la orientación espacial y temporal, que dan la idea de

ubicación; con la secuencia, con la numerosidad o cantidad, que van a ayudar al niño a trabajar correctamente las cantidades; con la composición de la cantidad que permite la cabal comprensión del número; el dominio de capacidades relacionadas con las propiedades físicas de los objetos a través de las comparaciones o discriminaciones que van a formar las bases para el desarrollo de los llamados conocimiento físico y lógico matemático del Constance Kamil, que dará origen al razonamiento verbal y al razonamiento lógico-matemático.

b) En tal sentido, la transición exitosa de Educación Inicial a Primaria está vinculada con el desarrollo neuropsicológico del cerebro y con el descubrimiento y toma de conciencia de sí mismo, de su cuerpo, su lenguaje y pensamiento en la interacción con su entorno, como producto de la maduración del niño y la niña en forma integral, a través de actividades que realiza de manera cotidiana situaciones que influyen en la capacidad del niño y la niña para expresarse con mayor destreza, así mismo aprende a manejar el fracaso o la frustración en disminuir la autoestima o desarrolla un sentido de inferioridad.

c) **Los 6 años como edad cumplida en el mes de marzo en el que se realiza la matrícula, se ha establecido en función a lo planteado por las teorías de desarrollo humano vigentes que señalan que las niñas y niños deben tener el tiempo necesario para madurar emocional, afectiva, social y cognitivamente**, de tal forma que puedan estar listos para enfrentar los retos que demandan la experiencia escolar y los aprendizajes correspondientes al III ciclo de la Educación Primaria. Según estas teorías, es entre los 6 y 7 años que los niños y niñas se encuentran en mejores condiciones de emprender aprendizajes con mayores niveles de exigencia, de acuerdo a los niveles de desarrollo de las competencias que se encuentran en los mapas de progreso del currículo nacional. Por lo que, recién a esa edad se

encuentran plenamente preparados para asumir los retos de aprendizaje que la Educación Primaria plantea. [resaltado agregado]

d) Los aprendizajes antes descritos se alcanzan generalmente a los 6 años durante un proceso de desarrollo fisiológico, por lo que el establecer el factor de edad corno uno de los criterios para determinar el grado educativo al que corresponda que acceda el estudiante, permite tener la seguridad de que el estudiante ha desarrollado todas sus dimensiones de acuerdo a los requerimientos del nivel y como prerrequisitos para la Primaria; así como establecer e identificar el nivel de logro de las competencias y dar continuidad al desarrollo de los aprendizajes previstos para cada grado y ciclo.

21. En cuanto a la determinación del 31 de marzo como fecha de corte para acceder al nivel de Educación Inicial y Educación Primaria, se determina lo siguiente:

> 3.4. (...) Una vez establecida la importancia del factor etario como requisito para las referidas matrículas, es necesario considerar la fecha en que se determinará el cumplimiento de tal exigencia, que de acuerdo a nuestras normas vigentes de inicio de año escolar, el corte se viene dando al 31 de marzo por dos razones principales: la primera porque se requiere que desde el ingreso los estudiantes tengan el nivel de desarrollo de las competencias que se establecen al término el II ciclo, de tal manera que les permita enfrentar de manera exitosa la etapa escolar y la segunda, es que el Ministerio de Educación debe normar para los estudiantes de todo el país, que viven bajo diferentes condiciones (algunos van a Educación inicial y otros no, unos tienen más oportunidades de vínculo con el lenguaje escrito que otros, etc.), por ello el Estado debe garantizar que los estudiantes no sean parte de la estadística del fracaso escolar. [resaltado agregado]

22. Finalmente, en el aludido informe resalta cómo ha tratado el resto de países de la región, la edad de matrícula para el primer grado:

N°	Países Signatarios del CAB	INICIO DE AÑO LECTIVO	EDAD DE MATRÍCULA	DOCUMENTO SUSTENTATORIO
1	PERÚ	MARZO	6 años al 31 de marzo	Resolución Ministerial N°572- 2015-MINEDU.
2	BOLIVIA	FEBRERO	7 años al 30 de junio	Normas Generales para la Gestión Educativa y escolar 2016- Resolución Ministerial N° 001/2016 del 4 de enero de 2016.
3	CHILE	MARZO	6 años al 31 de marzo del año en que cursará el primer año de Educación Básica.	Decreto 1778 de fecha 03-10-2011.
4	COLOMBIA.	ENERO y finales de FEBRERO	6 años cumplidos al 31 de marzo del año lectivo	Decreto Único de Educación 1075 de 2015, artículo 24341
5	ECUADOR	1er lunes SETIEMBRE (Sierra y Oriente) 1er lunes MAYO (Costa y Galápagos)	6 años	Acuerdo N°0232-13.
6	PANAMÁ	FEBRERO	6 años	
7	PARAGUAY	FEBRERO (tercera semana)	6 años al 31 de marzo	Resolución Ministerial N°32.133/2015 por la cual se aprueba el calendario educativo nacional correspondiente al año lectivo 2016… Resolución 745/2013 por la cual se ajustan los criterios de edad de ingreso de los niños…

d) Análisis del caso concreto

23. ¿Hay realmente una afectación al derecho a la educación del menor de iniciales P.D.A.L.N? Estima que no. En la demanda del presente amparo se cuestiona la negativa de la Unidad de Gestión Educativa

Local 04 - Comas, a reconocer la matrícula del menor en el nivel primario porque su edad cronológica no se ajusta a la normativa vigente.

24. De lo expuesto, no se aprecia que la renuencia de la administración a admitir la matrícula de un menor que no cuenta con la edad requerida para iniciar el nivel educativa inicial el derecho fundamental a la educación del menor a cuyo favor se interpuso, antes bien lo que ha buscado hacer el Ministerio de Educación es cautelar el desarrollo emocional, cognitivo y social de dicho menor al exigir el cumplimiento de la Ley 28044 (modificada por la Ley 28123) y sus respectivas directivas.

E. DECISIÓN FINAL

Por los argumentos expuestos, estimo que la demanda de autos debe ser declarada **INFUNDADA**, toda vez que no se evidencia que en el presente caso la emplazada haya vulnerado el derecho a la educación del menor de iniciales P.D.A.L.N.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Pleno. Sentencia 1161/2020
EXP. N.° 03777-2017-PA/TC
CALLAO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 10 de diciembre de 2020, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 03777-2017-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Ferrero Costa emitió un fundamento de voto.

Los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini emitirá su voto en fecha posterior.

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
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Ferrero Costa y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini votará con fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Municipalidad Provincial del Callao contra la resolución de fojas 145, de fecha 22 de mayo de 2017, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Callao que, confirmándolo la apelada, declaró improcedente liminarmente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de noviembre de 2015, la entidad recurrente interpone demanda de amparo contra el juez del Tercer Juzgado Civil del Callao y los jueces integrantes de la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, a fin de que se declaren nulas: i) la Resolución 5, de fecha 27 de noviembre de 2014, que al declarar fundada la demanda de amparo interpuesta en su contra por doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, se le ordenó que la reincorpore en su puesto habitual de labores al momento de producirse la violación de sus derechos constitucionales, hasta que cumpla con realizar el pago de las aportaciones previsionales que correspondan al total de su tiempo de servicios; y ii) la Resolución 11, de fecha 14 de julio de 2015, que confirmó la apelada (Expediente 2262- 2014).

Manifiesta que las cuestionadas resoluciones han estimado la demanda pese a haberse reconocido que el cese de doña Rosa Zoila

Vásquez Mejía se efectuó en aplicación del Decreto Legislativo 276; que el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional que esta citaba como fundamento de su pretensión (Expediente 07468- 2006-PA/TC), no resultaba aplicable al caso concreto; y que no habían elementos de juicio para determinar su tiempo de servicios o el pago de aportes previsionales, por lo que el fallo no se encuentra justificado. Advierte que en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y recaída en el Expediente 7468-2006-PA, en ningún momento se estableció que las entidades públicas se encuentran en la obligación de verificar que un trabajador cumple con los requisitos legales para acceder a una pensión antes de decretar el cese por límite de edad, como se ha dispuesto en el presente caso a solicitud de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía. Asimismo, la acreditación de años de aportes para la obtención de una pensión no le corresponde a la municipalidad sino a doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, por lo que la demanda no podía ser amparada bajo el sustento de la vulneración de su derecho a la seguridad social.

Por todo ello, considera que las cuestionadas resoluciones han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, no solo por lo anteriormente descrito sino también porque se han contravenido los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional en relación con la procedencia del amparo laboral contenidos en las sentencias recaídas en el Expediente 00206-2005-PA/TC –referido a que deberán ser tramitados en el proceso contencioso-administrativo los casos de cese por límite de edad del personal que labore en la administración pública–, y el Expediente 05057-2013-PA/TC –referido a que si no se ha acreditado el ingreso mediante concurso público, no cabe la reposición laboral en una entidad pública–.

El Quinto Juzgado Civil del Callao, con fecha 16 de noviembre de 2015 (f. 101), declaró improcedente *in limine* la demanda por considerar que las resoluciones cuestionadas se encuentran adecuadamente fundamentadas y no han incurrido en contravención de precedente alguno del Tribunal Constitucional, por lo que más allá de lo puntualmente aducido, lo que la entidad demandante pretende es prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia constitucional o de resistirse a su efectivo cumplimiento.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Callao, con fecha 22 de mayo de 2017 (f. 145), confirmó la apelada por similares argumentos.

Mediante recurso de agravio constitucional de fecha 22 de junio de 2017, la recurrente aduce que las resoluciones cuestionadas contienen una motivación aparente e insuficiente, sin embargo, las instancias precedentes no explican la razón por la cual consideran que estas se encuentran adecuadamente sustentadas.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declaren nulas las Resoluciones 5 y 11, de fechas 27 de noviembre de 2014 y 14 de julio de 2015 (ff, 45 y 59), emitidas por el Tercer Juzgado Civil del Callao y la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, respectivamente, en el proceso de amparo recaído en el Expediente 2262-2014. En concreto, a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella, se trata de determinar si se han vulnerado o no los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, al haberse ordenado a la Municipalidad Provincial del Callao que reincorpore en su puesto habitual de labores a doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, hasta que cumpla con realizar el pago de sus aportaciones previsionales que correspondan al total de su tiempo de servicios.

Procedencia de la demanda

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal Constitucional estima necesario pronunciarse sobre una cuestión procesal previa, referida al doble rechazo liminar que ha sido decretado por los juzgadores de las instancias precedentes. En efecto, tal como se aprecia de las resoluciones que obran en autos, tanto el Tercer Juzgado Civil del Callao como la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, han rechazado liminarmente la demanda de amparo de autos.

3. Este Tribunal ya ha dejado claramente establecido que el rechazo liminar de la demanda de amparo es una alternativa a la que solo cabe acudir cuando no exista margen de duda respecto de su improcedencia: es decir, cuando de una manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente prevista en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional, que haga viable el rechazo de una demanda que se encuentra condenada al fracaso, y que a su vez restringe la atención oportuna de otras demandas constitucionales que merecen un pronunciamiento urgente sobre el fondo. De este modo, si existen elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, la aplicación de la figura del rechazo liminar resultará impertinente.

4. En efecto, tal como se advierte de autos, la demandante ha denunciado que aun cuando ha dispuesto el cese por límite de edad de su empleada pública, doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, sin embargo, los jueces emplazados han ordenado su reincorporación en su puesto habitual de labores, hasta que se cumpla con realizar el pago de las aportaciones previsionales que correspondan al total de su tiempo de servicios, sin tener en cuenta los precedentes contenidos en los Expedientes 00206- 2005-PA/TC y 05057-2013-PA/TC. Así, pues, se trata de un *amparo contra amparo* en el que se cuestionan de manera directa resoluciones estimatorias al resultar lesivas a los derechos constitucionales de la entidad recurrente.

5. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, recogidos en el artículo 3 del título preliminar del Código Procesal Constitucional, considera pertinente emitir pronunciamiento de fondo, máxime si no se genera indefensión para la emplazada del proceso recaído en el Expediente 2262-2014, toda vez que se ha cumplido con notificar la demanda y el recurso de agravio constitucional a doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, conforme se ha dispuesto en el auto emitido por este Tribunal con fecha 11 de junio de 2019, y que además ha cumplido con apersonarse al proceso con fecha 17 de enero de 2020, lo que implica que su derecho de defensa no se ha visto afectado en tanto esta, como también los jueces emplazados, han tenido conocimiento oportuno de la existencia del presente proceso.

6. Sin perjuicio de lo expuesto, no escapa a la consideración de este Tribunal que la opción de remitir los autos al juez de primera instancia o grado para que este admita a trámite la demanda de amparo resultaría inoficiosa, máxime si: i) la cuestión a dilucidar es una de puro Derecho, no siendo necesario actuar medios probatorios; ii) en el expediente obran los recaudos suficientes para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; y iii) se ha garantizado el derecho de defensa de todas las partes intervinientes.

El amparo contra amparo en materia de reposición laboral

7. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 04853-2004- AA/TC y en el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional, así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, ha señalado que el proceso de "amparo contra amparo", así como sus demás variantes (amparo contra *habeas corpus*, amparo contra cumplimiento, amparo contra acción popular, etc.), es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios, entre estos: "**a)** Solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contraamparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso amparo (Cfr. STC 04650-2007-PA/TC, Fundamento 5); **c)** Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8 de la Constitución; **d)** Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de su naturaleza; y, **e)** Procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional".

8. Adicionalmente, este Tribunal Constitucional recuerda que, conforme a lo establecido en la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2009, publicada en la página web el 30 de junio de 2010, recaída en el Expediente 04650-2007-PA/TC, procede el amparo contra

amparo en materia de reposición laboral siempre que se hubiere dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición laboral del trabajador en el primer amparo; caso contrario, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios de los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

9. Así las cosas, este Tribunal Constitucional hace notar que, del Informe 252-2015- MPC/GGA-GP-SGE, de fecha 6 de noviembre de 2015 (f. 66), emitido por la gerencia de personal de la municipalidad demandante, así como de las boletas de pago (ff. 67 a 68) de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, correspondiente a los meses de julio, agosto y setiembre de 2015, se acredita que la entidad edil ha dado cumplimiento [material] a la sentencia de fecha 14 de julio de 2015, al haber dispuesto su reincorporación en su puesto de trabajo, cumpliéndose de este modo lo dispuesto en el Expediente 04650-2007-PA/TC (fundamento 8 *supra*). Por tanto, corresponde evaluar el fondo de la controversia.

El derecho al debido proceso y su protección a través del amparo

10. De conformidad con el artículo 139.3 de la Constitución, toda persona tiene derecho a la observancia del debido proceso en cualquier tipo de procedimiento en el que se diluciden sus derechos, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica. Como lo ha enfatizado este Tribunal, el debido proceso garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse con justicia (cfr. Expediente 07289-2005-PA/TC, fundamento 3). Pero el derecho fundamental al debido proceso, preciso es recordarlo, se caracteriza también por tener un contenido antes bien que unívoco, heterodoxo o complejo. Precisamente, uno de esos contenidos que hacen parte del debido proceso es el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139.5 de la Constitución.

11. La jurisprudencia de este Tribunal ha sido uniforme al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas "garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir

una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar una adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables" (cfr. Expediente 08125-2005-HC/TC, fundamento 10).

12. En su interpretación sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el Tribunal ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia emitida en el Expediente 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

    a. *Inexistencia de motivación o motivación aparente*.

    b. *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

    c. *Deficiencias en la motivación externa*; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

    d. *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e. *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

13. De manera que si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.

Análisis del caso concreto

14. De fojas 36 de autos, se advierte que doña Rosa Zoila Vásquez Mejía interpuso la primera demanda de amparo alegando que la Municipalidad Provincial del Callao había vulnerado sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social por haber emitido la Resolución de Alcaldía 465-2014-MPC-AL, de fecha 16 de mayo de 2014, que dispuso su cese como empleada pública, nivel STA, al haber alcanzado el límite de edad (70 años), por lo que, en virtud de lo establecido por el Tribunal Constitucional, en un caso similar, recaído en el Expediente 07468-2006-PA/TC, pretendía que se le reincorpore en su mismo puesto de trabajo hasta que cumpla con reconocerse su tiempo de servicios y se asuma el pago de las aportaciones que requiere para acceder a una pensión de jubilación.

15. Respecto de ello, la cuestionada Resolución 5, de fecha 27 de noviembre de 2014 (f. 45), emitida por Tercer Juzgado Civil del Callao expresó, entre sus razones, que:

> "**TERCERO**: Conforme lo invoca la demandante y lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el proceso N° 7468-2006-PA/TC, si bien se ha previsto legalmente como causa justificada para el cese de un servidor público el cumplir los 70 años de edad, conforme con el artículo 35 inciso a) del Decreto Legislativo N° 276, la indicada sentencia se trata de un caso en el que el servidor público al momento de cumplir los 70 años de edad había acumulado 19 años y 7 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, por lo que le faltaban solo 5 meses para alcanzar los 20 años que como mínimo se requieren para acceder a una pensión de jubilación".
>
> "**CUARTO**: Como se aprecia, el fundamento de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que la demandante invoca, no afirma realmente que los servidores públicos que alcancen la edad de jubilación (70 años), no deban (…) cesar en sus cargos sino hasta que puedan acceder a una pensión de jubilación; dicha sentencia tiene más bien un fundamento en la equidad que atiende a un caso concreto en el cual al demandante le faltaban solo 5 meses de un total de 20 años de aportaciones que se requieren para tener derecho a una pensión de jubilación y no ordena la reincorporación del demandante, como se solicita en este proceso, sino más bien el pago de las aportaciones necesarias para obtener una pensión de jubilación".
>
> "**QUINTO**: Si la Ley autoriza el cese definitivo de un servidor público al cumplir los 70 años de edad, lo hace en el entendido que normalmente dicho trabajador habrá a ese momento acumulado un tiempo de servicios suficiente para generar para sí un derecho pensionario, de modo tal que el cese no lo habrá de someter a una situación de desamparo, en la medida que si bien dejará de percibir las remuneraciones correspondientes al puesto público que venía desempeñando, pasará a percibir la pensión de jubilación que le corresponda".
>
> "**SEXTO**: En el caso de la demandante, se aprecia que conforme con la Resolución de Alcaldía N° 304-2014-MPC-AL, del

1 de abril de 2014, que (…) la demandada en cumplimiento de lo ordenado por la sentencia recaída en el proceso N° 1984-2011, reconoció la condición de la demandante de trabajadora permanente sujeta al régimen laboral que regula el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, por cuanto, tanto en dicha sentencia emitida por el Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio de Descarga del Callao, como en su confirmatoria por la Sala Laboral Transitoria del Callao (…), se reconoce a la demandante su condición de trabajadora permanente, en aplicación del principio laboral de primacía de la realidad, por considerar que concurrían entre las partes todos los elementos de un contrato de trabajo, no obstante que se encontraba oculto bajo la apariencia de una relación de distinta naturaleza".

"**SÉTIMO**: Por las referidas sentencias, se determinó que las partes se encontraban vinculadas por una relación laboral de carácter indeterminado; no obstante, no señalan la fecha de inicio de tal relación, ni ordenan el pago por parte de la demandada de las aportaciones al sistema previsional correspondiente; en tal sentido, el cese de la demandante, si bien tiene amparo legal, se torna abusivo en el caso concreto, en tanto al no haber determinado previamente la fecha de inicio de la relación laboral y realizado el pago de los aportes correspondientes que pudiesen generar el derecho a percibir una pensión de jubilación, expone a la demandante a un grave perjuicio, en la medida que la deja sin remuneración en razón del cese, al mismo tiempo que le impide acogerse a la jubilación a la que podría tener derecho de haberse realizado los aportes previsionales correspondientes desde el inicio de la relación laboral existente entre las partes".

"**OCTAVO**: El hecho que no se haya determinado la fecha de inicio de la relación laboral entre las partes, determina que existan, por lo menos, las siguientes posibilidades:

1. Si con el reconocimiento del periodo de duración del contrato de trabajo entre las partes y el pago de los aportes previsionales correspondientes, la demandante logra acumular el periodo mínimo de aportaciones para generar un derecho pensionario, entonces resulta obvio que primero la

demandada deberá regularizar tales aportes antes de ordenar su cese, a efectos de permitirle acogerse a la pensión de jubilación que le corresponda.

2. Si luego de realizados los aportes correspondientes al total del periodo laborado por la demandante, se determina que no se alcanzan el total de aportaciones que sean suficientes para generar derecho pensionario en su favor, pero restaran solo algunas pocas aportaciones para ello, menos de un año, en tal caso, conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el proceso N° 7468-2006-PA/TC, la demandada deberá realizar el pago de tales aportaciones, para que la demandante pueda obtener una pensión de jubilación.

3. Si el periodo de vigencia de la relación laboral entre las partes, determina un total de aportaciones que resulta insuficiente para generar un derecho a percibir pensión de parte de la demandante, faltando para ello aportaciones por un periodo mayor a un año, no resulta razonable suspender el cese de la demandante para permitir que complete las aportaciones necesarias para generar una pensión de jubilación; no obstante es igualmente necesario que en forma previa al cese, se determine igualmente su tiempo de servicios y se paguen los aportes de jubilación, para permitir que en tal supuesto la demandante realice eventualmente los aportes voluntarios que sean necesarios para alcanzar el derecho a una pensión".

"**NOVENO**: En el caso concreto de autos, la demandante no ha probado desde que fecha existe un contrato de trabajo entre las partes; no obstante, las sentencias recaídas en el proceso 1984-2011, hacen referencia a sucesivos contratos de locación de servicios (de verdadera naturaleza laboral) que se habrían iniciado en el año 2006, o incluso en el año 1993, lo cual deja abierta la posibilidad de que nos encontremos ante cualquiera de las tres posibilidades descritas en el punto precedente, por lo que el cese ordenado por la demandada respecto de la demandante afecta indebidamente su derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 10 de la Constitución, en tanto deja sin protección a la demandante, sin que previamente se haya

determinado su tiempo de servicios a efectos de realizar las aportaciones correspondientes que le permitan acceder a una pensión de un modo inmediato o incluso diferido si fuera el caso, por lo que corresponde amparar la demanda, de modo que la demandante sea repuesta a su puesto de trabajo, hasta tanto la demandada cumpla con pagar las aportaciones que correspondan a su real tiempo de servicios (…)".

16. En tanto mediante la cuestionada Resolución 11, de fecha 14 de julio de 2015 (f. 59), expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, se confirmó la apelada bajo el argumento que:

"**NOVENO**: (…) de la lectura de la resolución recurrida no se advierten las contradicciones que la apelante refiere que contiene, se ve por el contrario que el Juez de la causa estableció las semejanzas y las diferencias existentes entre el precedente que la demandante invoca como sustento de su pretensión (Expediente N° 7468-2006-PA/TC) y su propia causa, guardando coherencia entre sus premisas y entre la decisión final para llegar a una decisión equitativa, razonable, proporcional y justa que evite la afectación de los derechos fundamentales de la demandante invocados en la demanda, dejando sin efecto el cese hasta que la demandada cumpla con el pago de las aportaciones a su cargo derivados del tiempo de servicios de la demandante, que provendría incluso desde 1993, como se ve de la copia de la sentencia (…) que la reconoce como trabajadora permanente de la Municipalidad Provincial del Callao y que a su vez dio lugar a la expedición de la Resolución de Alcaldía N° 304-2014-MPC-AL".

"**DÉCIMO**: Con respecto a la aplicación del precedente del Expediente N° 00097-2013- PA/TC que cita el precedente vinculante en la STC N° 206-2005-PA/TC fundamento 23, por el que pretende que la vía del amparo no es la idónea en la presente causa, hay que señalar que el presente proceso de amparo no tiene por objeto determinar el tiempo de servicios de la demandante sino, si el cese por límite de edad que contiene la Resolución de Alcaldía N° 465-2014-MPC-AL, del 16 de mayo de 2014, vulnera o amenaza los derechos fundamentales de la

demandante, como en efecto se advierte que sucede en el caso de autos y que por sus características particulares, como la propia edad de la demandante, habilitan y justifican su uso pues, en el presente se atiende a la solución de un caso concreto".

17. De todo ello, el Tribunal Constitucional advierte que, si por un lado, la cuestionada Resolución 5, emitida en primera instancia (fundamento 12 *supra*), estableció que la sentencia recaída en el Expediente 07468-2006-PA/TC D, como se solicitó en este proceso, sino más bien el pago de las aportaciones necesarias para obtener una pensión de jubilación y además agregó que el proceso contencioso-administrativo 1984-2011 que la reconoció como trabajadora permanente de la municipalidad, no señaló ni la fecha de inicio de su relación laboral, ni ordenó pago alguno de aportaciones; entonces, no se entiende por qué en su fundamento sétimo se concluyó que: "(…) el cese de la demandante, si bien tiene amparo legal, se torna abusivo en el caso concreto (…) al no haber determinado previamente la fecha de inicio de la relación laboral y realizado el pago de los aportes correspondientes (…)".

18. De dicho fundamento se concluye que el juez de primera instancia no solo realizó una conclusión contraria a sus fundamentos precedentes, sino que desarrolló ampliamente en su fundamento octavo la razón de por qué el cese perjudicó a la entonces demandante al no haberse determinado previamente la fecha de inicio de su relación laboral, concluyendo en su fundamento noveno que, el cese había afectado su derecho a la seguridad social. En tanto que la Sala emplazada en su fundamento noveno (fundamento 13 *supra*), y también sin sustento adicional, concluyó que la sentencia emitida en primera instancia guarda: "(…) coherencia entre sus premisas y entre la decisión final para llegar a una decisión equitativa, razonable, proporcional y justa que evite la afectación de los derechos fundamentales de la demandante invocados en la demanda (…)".

19. De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional considera que los jueces emplazados han partido de una premisa errónea al subordinar el cese definitivo de los servidores públicos que alcancen el límite de edad (70 años), con el acceso efectivo a la seguridad social, pues conforme con lo establecido en el inciso a) del artículo 35 del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa

y de Remuneraciones del Sector Público, concordante con el inciso a) del artículo 186 del Decreto Supremo 005-90-PCM, reglamento de la citada ley, constituye causa justificada para cesar definitivamente a un servidor público haber cumplido 70 años de edad, sin que ello se subordine a dicho requisito.

20. Asimismo, si bien es cierto, doña Rosa Zoila Vásquez Mejía solicitó en el proceso de amparo subyacente que se le reincorpore en sus labores hasta que cumpla con reconocerse su tiempo de servicios y se asuma el pago de las aportaciones que requiere para acceder a una pensión de jubilación, también lo es que dicha pretensión la sustentó únicamente en lo dispuesto en una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Expediente 07468-2006-PA/TC). Por tanto, si en las cuestionadas resoluciones ya se había establecido que dicho caso no era similar al presente, entonces, resulta evidente que el fallo emitido por los jueces emplazados adolece de falta de motivación interna del razonamiento.

21. Sin embargo, teniendo en cuenta que el referido fallo se encontraba relacionado con el acceso a una pensión de jubilación y que el despido de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía se produjo mediante la Resolución de Alcaldía 465-2014-MPC-AL, de fecha 16 de mayo de 2014 (f. 35), que dispuso su cese como empleada pública por haber alcanzado el límite de edad (70 años), ello quiere decir que a la fecha ha realizado 6 años adicionales de labores y en total ha reunido más de 22 años trabajando al servicio de la municipalidad demandante, tal como ella misma lo asegura al apersonarse al presente proceso con fecha 17 de enero de 2020; en tal sentido, siendo este caso particularmente excepcional por las circunstancias antes descritas, no podría ordenarse que se declare la nulidad de las cuestionadas resoluciones a fin de que se expida un nuevo pronunciamiento dado el tiempo transcurrido, por lo que resulta de aplicación el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

22. Por último, resulta inoficioso emitir pronunciamiento respecto al cuestionamiento que hace la municipalidad demandante de que en el presente caso no se han tenido en cuenta los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional recaídos en los Expedientes 00206-2005-PA/TC y 05057-2013-PA/TC, dado lo señalado en el fundamento precedente.

Efectos de la presente sentencia

23. En virtud de lo antes señalado, y dado que se ha acreditado la vulneración manifiesta del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la municipalidad demandante se encuentra facultada para aplicar el cese por límite de edad señalado en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

24. Asimismo, se dispone que el emplazado asuma los costos del proceso, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

2. **DISPONER** que la municipalidad demandante se encuentra facultada para aplicar el cese por límite de edad señalado en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, sin afectar el derecho a la pensión de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía.

3. **DISPONER** que el emplazado asuma los costos del proceso a favor de la municipalidad demandante.

4. **DECLARAR** que en el presente caso la agresión se ha convertido en irreparable por el transcurso del tiempo.

Publíquese y notifíquese.

SS.
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, suscribo la ponencia únicamente en sus fundamentos 10 y siguientes, pues considero que, en el caso de autos, se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso, si bien **coincido** con lo resuelto en los puntos 1, 2 y 3 de la parte resolutiva, **disiento** de lo resuelto en el punto 4, que declarar que ha operado la sustracción de la materia por el transcurso del tiempo, pues, a mi consideración, lo que corresponde es que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas**.** Mis fundamentos son los siguientes:

1. La entidad edil demandante solicita que se declare la nulas: i) la Resolución 5, de fecha 27 de noviembre de 2014, que al declarar fundada la demanda de amparo interpuesta en su contra por doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, se le ordenó que la reincorpore en su puesto habitual de labores al momento de producirse la violación de sus derechos constitucionales, hasta que cumpla con realizar el pago de las aportaciones previsionales que correspondan al total de su tiempo de servicios; y ii) la Resolución 11, de fecha 14 de julio de 2015, que confirmó la apelada (Expediente 2262-2014).

2. Manifiesta que las cuestionadas resoluciones han estimado la demanda pese a haberse reconocido que el cese de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía se efectuó en aplicación del Decreto Legislativo 276 y que no habían elementos de juicio para determinar su tiempo de servicios o el pago de aportes previsionales, por lo que el fallo no se encuentra justificado. Advierte que en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y recaída en el Expediente 7468-2006-PA, en ningún momento se estableció que las entidades públicas se encuentran en la obligación de verificar que un trabajador cumple con los requisitos legales para acceder a una pensión antes de decretar el cese por límite de edad, como se ha dispuesto en el presente caso a solicitud de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía. Asimismo, la acreditación de años de aportes para la obtención de una pensión no le corresponde a la municipalidad sino a doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, por lo que la demanda no podía ser

amparada bajo el sustento de la vulneración de su derecho a la seguridad social.

3. En la ponencia se reconoce expresamente que evidente los fallos emitido por los jueces emplazados adolece de falta de motivación interna del razonamiento pues los jueces emplazados han partido de una premisa errónea al subordinar el cese definitivo de los servidores públicos que alcancen el límite de edad (70 años), con el acceso efectivo a la seguridad social, pues conforme con lo establecido en el inciso a) del artículo 35 del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, concordante con el inciso a) del artículo 186 del Decreto Supremo 005-90-PCM, reglamento de la citada ley, constituye causa justificada para cesar definitivamente a un servidor público haber cumplido 70 años de edad, sin que ello se subordine a dicho requisito y, además, porque la pretensión la sustentó únicamente en lo dispuesto en una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Expediente 07468-2006- PA/TC) pese a que los casos no eras similares.

4. No obstante ello, la ponencia considera que se habría producido la sustracción de la materia por el tiempo transcurrido y porque doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, con los años adicionales de trabajó en virtud de la sentencias cuestionadas, habría alcanzado los 22 de servicios, sin explicar cómo llega a esa conclusión, pues la propia sentencia cuestionada dejó señalado que no se había establecido cuántos años de servicios tenía la citada empleada. Por ello, a mi consideración, lo que corresponde es declarar la nulidad de las resoluciones cuestionadas, ordenando que se emita nuevo pronunciamiento.

Por estas consideraciones, y habiéndose declarado fundada la demanda, mi voto porque también se declare **NULA la Resolución 5**, de fecha 27 de noviembre de 2014 y **NULA la Resolución 11**, de fecha 14 de julio de 2015, emitidas en el proceso subyacente, debiendo emitirse nuevo pronunciamiento con arreglo a lo señalando en la ponencia.

S

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

En el presente caso coincido con la posición de mayoría en que las cuestionadas resoluciones han vulnerado el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, en tanto que "han partido de una premisa errónea al subordinar el cese definitivo de los servidores públicos que alcancen el límite de edad (70 años), con el acceso efectivo a la seguridad social".

No obstante, no coincido con la aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, ya que no considero que exista un estado de irreparabilidad y tampoco ha cesado la lesión al derecho alegado por voluntad del agresor; es decir, no se ha presentado ninguno de los dos supuestos habilitantes para declarar la sustracción de la materia controvertida. Por el contrario, a pesar de que se ha determinado la violación a un derecho constitucional, se está permitiendo que dicha lesión continúe.

En efecto, del análisis de autos se aprecia que no existe medio probatorio que sustente el hecho de que lo ordenado por las sentencias cuestionadas -esto es la reincorporación laboral de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía en la Municipalidad Provincial del Callao- haya cesado, mas bien, del escrito de 17 de enero de 2020, presentado por doña Rosa Zoila Vásquez Mejía se desprende que siguen siendo cumplidas por la municipalidad. Por otro lado, tampoco puede considerarse que el derecho a la debida motivación se ha visto irreversiblemente afectado, ya que, con la declaratoria de nulidad de las resoluciones judiciales, la lesión inconstitucional va a cesar y dejar de surtir efectos.

Entonces, al no existir motivos para decretar la sustracción de la materia controvertida y, por tanto, no cabe la aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, la demanda debe de ser declarada, no solo, **FUNDADA**, sino, que en consecuencia de ello, se debe de declarar la nulidad de la Resolución 5, de 27 de noviembre de 2014 y de la Resolución 11, de 14 de julio de 2015, a fin de que se emitan nuevas resoluciones conforme a los fundamentos de la posición de mayoría.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Emito el presente voto con fecha posterior, expresando que discrepo de la sentencia de mayoría que ha decidido declarar FUNDADA la demanda, por cuanto, a mi juicio, esta debe declararse INFUNDADA, por las razones que paso a exponer:

1. La demandante solicita que se declaren nulas la Resolución 5, del 27 de noviembre de 2014 y Resolución 11, del 14 de julio de 2015, emitidas por el Tercer Juzgado Civil del Callao y la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, respectivamente, en el proceso de amparo recaído en el Expediente 2262-2014. Se invocan como vulnerados los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, por haberse ordenado la reincorporación laboral de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, hasta que cumpla con realizar el pago de sus aportaciones previsionales que correspondan al total de su tiempo de servicios.

   La recurrente alega que en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y recaída en el Expediente 07468-2006-PA/TC, en ningún momento se estableció que las entidades públicas se encuentran en la obligación de verificar que un trabajador cumple con los requisitos legales para acceder a una pensión antes de decretar el cese por límite de edad, como se ha dispuesto en el presente caso a solicitud de doña Rosa Zoila Vásquez Mejía.

2. Discrepo del voto en mayoría, en cuanto, tergiversando la pretensión de la entidad municipal demandante, referida en el fundamento 1, y no obstante considerar que *"se ha acreditado la vulneración manifiesta del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales",* concluye resolviendo en el sentido de que *"la municipalidad demandante se encuentra facultada para aplicar el cese por límite de edad señalado en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público"*.

3. Dicha conclusión difiere diametralmente de la pretensión demandada, pues constituye una sustitución de lo pedido por la entidad municipal demandante, lo cual vulnera el debido proceso y el principio de congruencia. En efecto, la demandante ha señalado que las resoluciones cuestionadas no se encuentran justificadas, por cuanto la entidad municipal no cuenta con los elementos de juicio para determinar el total del tiempo de servicios prestado por la demandante del proceso laboral subyacente y así poder cumplir con el pago de aportes previsionales correspondientes. Tal argumento carece de logicidad y de asidero fáctico y jurídico, toda vez que dada su condición de empleador está obligada a contar con la información laboral de sus servidores, por lo que dicha aseveración no hace más que evidenciar su actitud de pretender sustraerse al cumplimiento del mandato judicial del primer amparo.

4. Adicionalmente a lo antes precisado, considero que las resoluciones cuestionadas no han incurrido en contravención de precedente alguno del Tribunal Constitucional, advirtiéndose, por el contrario, que lo que la entidad demandante pretende es prolongar en el tiempo la ejecución de una decisión judicial o de resistirse a su efectivo cumplimiento.

5. De lo expuesto se puede concluir que las resoluciones que se cuestionan sí han fundamentado, de modo suficiente, las razones que sustentan su decisión, por lo que no se advierte afectación alguna al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales ni el principio de congruencia invocados por la recurrente, debiendo desestimarse la demanda.

6. 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 vencida en el proceso de autos.

Sentido de mi voto

Mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados, con expresa condena del pago de los costos procesales.

Lima, 2 de marzo de 2021

S. BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 15/2021

EXP. N.° 03107-2019-PA/TC
LIMA

PROCURADOR PÚBLICO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de diciembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Ramos Núñez han emitido, por mayoría la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de *amparo que* dio origen al Expediente 03107-2019-PA/TC. El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, con fecha posterior, indicó que coincide con el sentido de la sentencia.

El magistrado Sardón de Taboada emitió su voto singular.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto 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
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, sin la participación del magistrado Blume Fortini por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública. Asimismo, se agrega el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Yudith Villegas Espinoza, en su condición de procuradora pública adjunta Especializada en Delitos de Corrupción, contra la resolución de fojas 658, de fecha 22 de mayo de 2019, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 22 de setiembre de 2017 (f. 586), la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción interpone demanda de amparo contra de los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando que se declare la nulidad dela ejecutoria suprema de fecha 17 de mayo de 2017 (f. 503)-notificada el 10 de agosto de 2017 (f. 502)-, en el extremo que declaró no haber nulidad en la sentencia de fecha 16 de febrero de 2016 (f. 66), emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que falló absolviendo a don Rómulo Augusto León Alegría, como autor, y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como instigador, de la acusación fiscal en su contra por el delito de tráfico de influencias en agravio del Estado; a don Rómulo Augusto León Alegría, como instigador, y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como cómplice primario, de la acusación fiscal en su contra

por delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; a don Lucio Francisco Carrillo Barandiarán, doña Liliana Tamy Callirgos Ruiz, don Elmer Tomás Martínez Gonzáles, don Winston Wusen Sam, don José Luis Sebastián Calvo, como autores, y a don Daniel Antonio Saba de Andrea, don César Felipe Gutiérrez Peña, don Miguel Hernán Celi Rivera, don Rómulo Augusto León Alegría y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como cómplices primarios de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

Alega que en su recurso de nulidad denunció la exclusión del acta de recepción del CPU de don Rómulo León Alegría, toda vez que la Sala Penal demandada consideró erróneamente que la prohibición de valoración se extendía a todo elemento probatorio relacionado con un hecho considerado como violatorio de derechos fundamentales. Así, sostiene que el CPU fue entregado libre y voluntariamente, por lo que la actuación del Ministerio Público en este extremo no debió ser considerada ilegal, no obstante lo cual, la ejecutoria suprema cuestionada ha confirmado que la entrega del CPU está ligada a las pruebas prohibidas, sustentando dicha conclusión en el supuesto temor que habría sentido doña Paola Copara Osorio durante el allanamiento de su domicilio por parte del Ministerio Público, lo que la habría llevado a entregar dicho equipo recién al día siguiente de realizado el allanamiento. En este sentido, asevera que la Sala Suprema demandada no habría brindado razones respecto a la ponderación de intereses entre un delito de afectación a la intimidad y los delitos de corrupción, ni sobre los actos de investigación fiscales en el marco de la Constitución, y su eficacia y ponderación de interés frente a supuestos actos de afectación de derechos. Además, porque acepta la declaración indagatoria que doña Paola Copara Osorio brindó en la etapa preliminar, pero deja de lado sus declaraciones brindadas en la etapa de instrucción y del juicio oral, en las cuales ofrece una versión contraria. Asimismo, sostiene que en su recurso de nulidad también denunció que la Sala Superior, a través de la resolución de fecha 3 de noviembre de 2015, estimó las oposiciones extemporáneas formuladas por la defensa técnica de los procesados y declaró nulo el mandato de entregar copia de los archivos contenidos en CD y DVD, correos electrónicos de los procesados y que fueron proporcionados por Perupetro y Petroperú. Aduce que dicha decisión le impidió ofrecer dichos documentos como prueba; sin embargo, la ejecutoria suprema cuestionada no ha emitido pronunciamiento sobre este extremo. En tal

sentido, denuncia la violación del derecho fundamental a la prueba, y de los principios de congruencia procesal, de seguridad jurídica y de "los fundamentos constitucionales de la lucha contra la corrupción como cimiento o valor constitucional" (*sic*).

El Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 1, de fecha 6 de noviembre de 2017 (f. 607), declara improcedente la demanda, por considerar que la resolución judicial cuestionada ha sido emitida por un órgano jurisdiccional competente y cuenta con la motivación suficiente, de modo que la decisión adoptada se encuentra debidamente respaldada.

Mediante escrito presentado el 4 de junio de 2019 (f. 636), don Óscar Rolando Lucas Asencios, en su condición de procurador público Adjunto del Poder Judicial, se apersona al proceso.

A su turno, la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 7, de fecha 22 de mayo de 2019 (f. 658), confirma la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto del amparo de autos es que se declare la nulidad de la ejecutoria suprema de fecha 17 de mayo de 2017, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el extremo que declaró no haber nulidad en la sentencia de fecha 16 de febrero de 2016, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que falló absolviendo a don Rómulo Augusto León Alegría, como autor, y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como instigador, de la acusación fiscal en su contra por el delito de tráfico de influencias en agravio del Estado; a don Rómulo Augusto León Alegría, como instigador, y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como cómplice primario, de la acusación fiscal en su contra por delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; a don Lucio Francisco Carrillo Barandiarán, doña Liliana Tamy Callirgos Ruiz, don Elmer Tomás Martínez Gonzáles, don Winston Wusen Sam, don José Luis Sebastián

Calvo, como autores, y a don Daniel Antonio Saba de Andrea, don César Felipe Gutiérrez Peña, don Miguel Hernán Celi Rivera, don Rómulo Augusto León Alegría y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como cómplices primarios, de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

2. Por tanto, el control constitucional de la resolución judicial objetada estará circunscrito a la supuesta vulneración del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales por incongruencia omisiva, porque presuntamente no se absolvieron todos los agravios expuestos en el recurso de nulidad.

§2. Procedencia del amparo

3. Antes de dilucidar la demanda es necesario que este Tribunal se cerciore si esta es procedente, en contraste con los supuestos recogidos en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional y, tratándose del cuestionamiento de resoluciones judiciales, el artículo 4 del mismo código adjetivo.

4. En el presente caso, el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró la improcedencia liminar de la presente demanda de amparo y esta decisión fue confirmada por la Segunda Sala Constitucional del mismo distrito judicial. Según el criterio de estos órganos jurisdiccionales, correspondería aplicar el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, toda vez que la demanda no contendría un asunto de relevancia constitucional desde el punto de vista de los derechos fundamentales alegados.

5. Respecto al derecho a probar, corresponde recordar que este se encuentra referido a la posibilidad de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Dicho de otro modo, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Sobre este extremo del amparo, la entidad recurrente sostiene que la Sala Suprema demandada confirmó la exclusión del acta de recepción del CPU de don Rómulo León Alegría bajo el argumento de que está ligada a las pruebas prohibidas, pero considera errónea esta conclusión, pues el CPU

fue entregado libre y voluntariamente. Además, se habría dado por cierto que doña Paola Copara Osorio sintió temor durante el allanamiento de su domicilio, según su declaración indagatoria, pero no se valoró sus declaraciones en la instrucción y en el juicio oral, en las que ofrece versiones contrarias. Por último, refiere que la ejecutoria suprema no ha ponderado los intereses entre un delito de afectación a la intimidad y los delitos de corrupción, ni sobre los actos de investigación fiscales en el marco de la Constitución, y su eficacia y ponderación de interés frente a supuestos actos de afectación de derechos. Siendo ello así, resulta evidente que este extremo en realidad no se encuentra referido a que arbitrariamente se hubiese impedido producir prueba, esto es, que sin ninguna justificación jurídica se hubiesen rechazado los medios probatorios ofrecidos o que, habiendo sido admitidos, se hubiese omitido su actuación o su valoración, sino que está directamente referida a rebatir el criterio aplicado por los jueces supremos demandados simplemente porque la entidad recurrente lo considera erróneo y no lo comparte. En tal sentido, este extremo de la demanda deviene improcedente.

6. Sin embargo, este Tribunal no comparte el criterio de las instancias precedentes en cuanto a la improcedencia de la demanda respecto al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, este derecho, en los términos del artículo 139, inciso 5 de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia. Así, uno de los aspectos de la debida motivación es que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, siendo precisamente este aspecto de la motivación lo que se objeta en el presente amparo, pues la ejecutoria suprema cuestionada, al absolver el grado, habría omitido pronunciarse sobre el agravio impugnatorio referido a que la Sala Superior, a través de la resolución de fecha3 de noviembre de 2015, admitió extemporáneamente las oposiciones formuladas por la defensa técnica de los procesados y declaró nulo el mandato de entregar copia de los archivos contenidos en CD y DVD, correos electrónicos de los procesados y que fueron proporcionados por Perupetro y Petroperú.

7. Sobre este extremo, no hay, pues, la formulación de una pretensión orientada a cuestionar lo resuelto por los órganos de la jurisdicción

ordinaria ni un asunto que pueda ser calificado como carente de trascendencia constitucional, tal como ha sido expuesto por las instancias inferiores que han conocido de este proceso. Y puesto que no existe justificación en la decisión de haber rechazado liminarmente la demanda, este Tribunal debería así decretarlo y, sobre la base de su potestad nulificante establecida 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.

8. Empero, este Tribunal considera que, en el presente caso, es innecesario obrar de ese modo. Y es que, sobre la base de reiterada doctrina jurisprudencial (expresada entre tantas en las Sentencias 04184-2007-PA/TC, 06111-2009-PA/TC, 01837-2010-PA/TC, 00709-2013-PA/TC, 01479-2018-PA/TC, 03378-2009-PA/TC), este Tribunal considera que al ser una controversia que gira alrededor de los alcances de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales, en el expediente se encuentra todo lo que es necesario para emitir un pronunciamiento sobre el fondo. Ello por cuanto, al tratarse del cuestionamiento directo de una resolución judicial que omitió pronunciarse sobre un agravio expresado en vía de impugnación, la realidad o no de las afectaciones denunciadas es susceptible de ser contrastada objetivamente con los fundamentos de la propia resolución judicial objetada.

9. 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, que 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.

10. Finalmente, este Tribunal hace notar que el requisito de procedencia 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", como exige el artículo

4 del Código Procesal Constitucional, en el presente caso, también ha sido satisfecha, toda vez que contra la ejecutoria suprema de fecha 17 de mayo de 2017 no procede ningún otro recurso, pues se trata de una resolución judicial firme.

11. Corresponde, por tanto, emitir un pronunciamiento sobre el fondo.

§3. Análisis del caso

12. Como ha quedado establecido, el objeto del amparo de autos es que se declare la nulidad de la ejecutoria suprema de fecha 17 de mayo de 2017, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, porque, al absolver el grado, habría omitido pronunciarse sobre el agravio impugnatorio referido a que la Sala Superior, a través de la resolución de fecha3 de noviembre de 2015, admitió extemporáneamente las oposiciones formuladas por la defensa técnica de los procesados y declaró nulo el mandato de entregar copia de los archivos contenidos en CD y DVD, correos electrónicos de los procesados y que fueron proporcionados por Perupetro y Petroperú.

13. En el proceso penal subyacente, la recurrente Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, mediante escrito presentado el 1 de marzo de 2016 (f. 3), interpuso recurso de nulidad en contra la de sentencia de fecha 16 de febrero de 2016 (f. 66), expedida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. En dicho recurso denunció la violación de sus derechos fundamentales a la prueba y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, configurada en la sesión 89 del juicio oral, la misma que se llevó a cabo el 3 de noviembre de 2015.

14. En esta sección de su recurso, sostiene lo siguiente:

> **"C. <u>SESIÓN 89 DEL PROCESO DE JUZGAMIENTO – EXCLUSIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA Y LA TUTEA JURISDICCIONAL CONCRETAMENTE EN LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES</u>:**
>
> Resolución de fecha tres de noviembre del dos mil quince, que resuelve declarar fundada la oposición extemporánea formulada por las defensas técnicas de los procesados y nula la

resolución del Colegiado de fecha veintinueve de septiembre del dos mil quince, que disponía se haga entrega de copia de los archivos contenidos en los CDs y en el DVD, correos electrónicos de los procesados y proporcionados por Perupetro y Petroperú, a fin de ofrecerlos como medios de prueba.

Nuestro ordenamiento constitucional prevé un conjunto de garantías procesales que constituyen el debido proceso, dentro de los cuales se encuentran el invocado derecho a la tutela judicial efectiva y motivación. Dicha garantía, se manifiesta, en el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho y su contenido se forma en base a dos exigencias: a) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes.

Existe afectación a nuestro derecho invocado en la resolución que se impugna, toda vez que:

- Con fecha 29 de setiembre del 2015, en sesión de audiencia el señor Fiscal solicita copias de los CDs y DVS rotulado MCELIR que se encuentran lacrados conforme se indica en el numeral 21 de la acusación, a fin de ofrecerlos como medios probatorios, toda vez que contienen los correos electrónicos obtenidos del backups de los servidores del correo electrónico y de los correos almacenados en el CPU de Miguel Hernán Celi Rivera y otros. Petición a la que se adhiere la Procuraduría.

- Que, no encontrando oposición y objeciones por parte de las defensas técnicas, el Colegiado, atendiendo a lo solicitado por el señor Fiscal y en atención al principio de igualdad procesal DISPONE se haga entrega de copia de los archivos contenidos en los CDs y el DVD precisado por el señor Fiscal.

Con fecha 06 de octubre del 2015, el Colegiado lejos de cumplir con su mandato dispuesto en la sesión anterior de hacer entrega de las copias solicitadas, reapertura de manera inusual el debate de la petición formulada por el Ministerio Público, generándose esta vez oposiciones extemporáneas de las defensas técnicas de los inculpados y posponiéndose la entrega de los soportes informáticos.

Con fecha 3 de noviembre del año en curso, el Colegiado, **retractándose de su decisión de fecha 29 de setiembre y contradiciendo la misma declara fundado las oposiciones y nula la resolución** que disponía la entrega de los soportes informáticos solicitados por el Ministerio Público.

Incongruencia de la resolución de fecha 3 de noviembre con las decisiones adoptadas en Juicio y afectación de nuestros derechos al debido proceso:

El Colegiado al desestimar **el recurso de nulidad de resolución** planteada por el Ministerio Público y la Procuraduría contra la resolución de fecha 08 de setiembre del 2015, sesión ochenta y cuatro, de fecha 15 de setiembre sostuvo:

> "... nuestro sistema Procesal Penal no acuerda medio impugnatorio para resoluciones interlocutorias como esta en materia de probanza en el entendimiento que concluido el proceso puede impugnarse la decisión y al impugnarse la decisión puede fundamentarse esta impugnación en cuestionamiento a las decisiones interlocutorias transcendentes, de tal manera que estos cuestionamientos resultan prematura"
>
> "... las articulaciones de nulidad deben sustentarse única y exclusivamente en vicios invalidatorios"

La resolución de fecha 29 de setiembre, como la resolución de fecha 08 de setiembre son resoluciones interlocutorias. No existen medio impugnatorio a decir de los propios fundamentos de la Sala, y que solo pueden impugnarse al concluirse el proceso.

La decisión del Colegiado no sólo es incoherente, sino que también es inmotivada.

Conforme se tiene de las actas de la sesión de fecha 3 de noviembre del 2015, al solicitarse al Colegiado que integre su resolución a razón de que en sus considerandos no se apreciaba el sustento legal de dicha decisión, señaló que esta no tenía sustento normativo. Evidenciándose una resolución incongruente e inmotivada que afecta nuestro derecho a la prueba previsto en

el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, y al debido proceso, generado un grave vicio, causal de nulidad, conforme se encuentra previsto en el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales." (*sic*)

15. Ahora bien, la ejecutoria suprema cuestionada, al consignar los agravios expresados por la recurrente en su recurso de nulidad, expresó lo siguiente:

> "**2.4.** La **Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción**, en su recurso de nulidad de fojas cuarenta y cinco mil novecientos diecinueve, sostiene que:
>
> > (...) **v)** La resolución de fecha tres de noviembre de dos mil quince, resolvió declarar fundada las oposiciones extemporáneas formuladas por las defensa técnicas de los procesados y nula la resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince que disponía se haga entrega de copia de los archivos contenidos en los Cds y el DVD, de correos electrónicos de los procesados proporcionados por Perupetro y Petroperú, a fin de ofrecerlos como medios de prueba; (...)" (*sic*)

16. Sin embargo, en el desarrollo de sus fundamentos, la Sala Suprema demandada limitó su pronunciamiento a lo siguiente:

> "**6.15.** Del escrito de impugnación se aprecia que uno de los agravios sostenidos por la parte civil, incide en la vulneración al derecho a la prueba que, como se sabe, integra la garantía genérica del debido proceso. Al respecto, básicamente se cuestiona la exclusión de material probatorio efectuado por la Sala Superior mediante resolución de fecha ocho de setiembre de dos mil quince leída en la sesión ochenta y tres de fojas 45026 del Tomo 80; así como la resolución de fecha quince de setiembre de dos mil quince leída en la sesión ochenta y cuatro de fojas 45050 del citado Tomo; no obstante, se cuestiona además la exclusión de material probatorio precisado en el considerando veintidós de la sentencia absolutoria impugnada; por tanto, al tener este agravio vinculación con una garantía constitucional, abre la posibilidad de que en esta instancia, este Supremo Tribunal efectúe un control de la legalidad de tal exclusión,

verificando la suficiencia en la motivación de tal decisión." (*sic*)

17. En el desarrollo subsiguiente de su razonamiento, según se verifica de la propia ejecutoria suprema, la Sala Suprema demandada no se refirió al agravio expresado por la Procuraduría recurrente respecto a la resolución de fecha 3 de noviembre de 2015, que declaró fundadas las oposiciones extemporáneas formuladas por las defensas técnicas de los procesados y nula la resolución de fecha 29 de setiembre de 2015, que dispuso la entrega de copia de los archivos contenidos en los CD y DVD, de correos electrónicos de los procesados proporcionados por Perupetro y Petroperú.

18. De este modo, se encuentra acreditada la vulneración del derecho fundamental a la debida motivación dela recurrente, por lo que corresponde declarar fundada la demanda y nula la resolución judicial cuestionada.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo al haberse acreditado la violación del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

2. Declarar **NULA** la ejecutoria suprema de fecha 17 de mayo de 2017, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el extremo que declaró no haber nulidad en la sentencia de fecha 16 de febrero de 2016, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que falló absolviendo a don Rómulo Augusto León Alegría, como autor, y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como instigador, de la acusación fiscal en su contra por el delito de tráfico de influencias en agravio del Estado; a don Rómulo Augusto León Alegría, como instigador, y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como cómplice primario, de la acusación fiscal en su contra por delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; a don Lucio

Francisco Carrillo Barandiarán, doña Liliana Tamy Callirgos Ruiz, don Elmer Tomás Martínez Gonzáles, don Winston Wusen Sam, don José Luis Sebastián Calvo, como autores, y a don Daniel Antonio Saba de Andrea, don César Felipe Gutiérrez Peña, don Miguel Hernán Celi Rivera, don Rómulo Augusto León Alegría y don Jostein Kar Kjerstad o Jostein Kare Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como cómplices primarios, de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

3. **ORDENAR** a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que emita nueva resolución de acuerdo con los fundamentos de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular.

La procuraduría pública recurrente solicita la nulidad de la ejecutoria suprema de 17 de mayo de 2017, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el extremo que declaró no haber nulidad en la sentencia de 16 de febrero de 2016, que absolvió a los procesados.

En el proceso penal subyacente la recurrente interpuso recurso de nulidad contra la sentencia de 16 de febrero de 2016 (fojas 66), expedida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. En dicho recurso denunció la vulneración de sus derechos fundamentales a la prueba y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, configurada en la sesión 89 del juicio oral.

Sin embargo, la ejecutoria suprema cuestionada consignó los agravios expresados por la procuraduría recurrente en su recurso de nulidad, expresando lo siguiente:

> 2.4. La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, en su recurso de nulidad de fojas cuarenta y cinco mil novecientos diecinueve, sostiene que: (...) **v)** La resolución de fecha tres de noviembre de dos mil quince, resolvió declarar fundada las oposiciones extemporáneas formuladas por las defensa técnicas de los procesados y nula la resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince que disponía se haga entrega de copia de los archivos contenidos en los Cds y el DVD, de correos electrónicos de los procesados proporcionados por Perupetro y Petroperú, a fin de ofrecerlos como medios de prueba.

> 6.15. (…) Al respecto, básicamente se cuestiona la exclusión de material probatorio efectuado por la Sala Superior mediante resolución de fecha ocho de setiembre de dos mil quince leída en la sesión ochenta y tres de fojas 45026 del Tomo 80; así como la resolución de fecha quince de setiembre de dos mil quince leída en la sesión ochenta y cuatro de fojas 45050 del citado Tomo; no obstante, se cuestiona además la exclusión de material probatorio precisado en el considerando veintidós de la sentencia absolutoria impugnada; por tanto, al tener este agravio vinculación con una garantía constitucional, abre la posibilidad de que en esta instancia, este Supremo Tribunal efectúe un control de la legalidad de tal exclusión, verificando la suficiencia en la motivación de tal decisión." (*sic*)
>
> 6.24**.** (…) En tal sentido, este Supremo Tribunal debe precisar que el razonamiento efectuado por la Sala Superior en este extremo se encuentra dentro de los límites de lo correcto; pues su decisión de no admitir y excluir el caudal probatorio descrito líneas arriba se ha basado exclusivamente en que los audios que contienen las conversaciones efectuadas por Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Químper Herrera, constituyen prueba prohibida por haber sido obtenidos con vulneración a derecho fundamentales, específicamente, con violación al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones estipulado en el artículo 2, numeral 10 de la Constitución Política del Estado, ello al haberse interceptado y grabado sus conversaciones realizadas a través de sus teléfonos".

Así las cosas, la ejecutoria suprema cuestionada de 17 de mayo de 2017, se encuentra debidamente motivada; motivo por el cual la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA.**

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 97/2021
EXP. N.° 00199-2017-PA/TC
LIMA
GREMCITEL (Representada por Isy Ralph Levy Calvo)

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de enero de 2021, se reunieron los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que dio origen al Expediente 00199-2017- PA/TC.

La votación arrojó el siguiente resultado:

- Los magistrados Blume (ponente) y Ramos votaron, en minoría, por declarar fundada en parte e infundada la demanda de amparo.
- Los magistrados Ledesma, Ferrero y Miranda votaron, en mayoría, coincidiendo por declarar improcedente la demanda de amparo.
- El magistrado Espinosa-Saldaña votó por declarar improcedente con habilitación del plazo 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 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
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR
DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ
Y FERRERO COSTA

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

El objeto de la demanda es que se dejen sin efectos las siguientes Resoluciones Directorales Nacionales expedidas por el Instituto Nacional de Cultura:

- 1342/INC, de 2007, que delimitó la «zona histórica intangible» del Morro Solar y la declaró Patrimonio Cultural de la Nación;
- 1669/INC, de 2007, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Gremcitel contra la Resolución que venimos de citar; y
- 1137/INC, de 2009, que declaró Patrimonio Cultural de la Nación la zona de Armatambo-Morro Solar.

En consecuencia, la empresa demandante pide que se le permita desarrollar los proyectos relativos a los Concursos Públicos de Proyectos Integrales 001-95-MDCH y 005-95- MDCH, y el proyecto denominado «Complejo Residencial Punta del Sol» (cfr. fojas 158).

La propia ponencia, en su fundamento 3, señala que, previamente al amparo de autos (presentado el 3 de setiembre de 2009), la demandante planteó un proceso contencioso administrativo. Se trata de la demanda contencioso administrativa contra las resoluciones 1342/INC y 1669/INC (cfr. fojas 244), arriba citadas, la misma que fue admitida a trámite por auto del 21 de mayo de 2008 (cfr. fojas 243).

Tanto en el proceso contencioso administrativo como en el amparo de autos, los actos reclamados por la demandante, como lesivos a sus derechos constitucionales, son los mismos, esto es las resoluciones 1342/INC y 1669/INC (cfr. fojas 244 y siguientes).

Esto determina que la demanda de autos sea improcedente en el extremo dirigido contra las Resoluciones Directorales Nacionales 1342/INC y 1669/INC, por aplicación del artículo 5 (inciso 3) del Código Procesal Constitucional, pues el amparo es improcedente cuando «el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional».

En lo que respecta a la Resolución Directoral Nacional 1137/INC, de 2009, la demandante no acredita haber agotado las vías previas, como manda el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, ni encontrarse en alguna de las causales de excepción señaladas en el artículo 46 de éste. En consecuencia, la demanda es también improcedente en este extremo.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

Antecedentes

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07

Con fecha 3 de setiembre de 2009, Gremcitel SA interpuso demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Cultura (INC), el que fue absorbido por el Ministerio de Cultura (Mincul) mediante Decreto Supremo 001-2010-MC, solicitando que se dejen sin efecto las siguientes resoluciones:

- Resolución Directoral 1342/INC, de fecha 10 de octubre de 2007, emitida por el INC, a través de la cual se aprobó el Plano DAI-001-2007-INC/DPHCR-SDR, que establece la delimitación de la Zona Histórica Intangible del Morro Solar ubicado en el distrito de Chorrillos, declarado monumento integrante del patrimonio cultural de la Nación, y ordena que sea remitida a la Municipalidad Distrital de Chorrillos y a la Municipalidad Metropolitana de Lima, a fin de que se incorpore a la zonificación de usos de suelo del distrito. Asimismo, dispone que se realice el trámite de inscripción de la condición cultural histórica arqueológica del Morro Solar en los Registros Públicos.

- Resolución Directoral Nacional 1669/INC, de fecha 11 de diciembre de 2007, emitida por el INC, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la actora contra la Resolución Directoral 1342/INC.

- Resolución Directoral Nacional 1137/INC, de fecha 10 de agosto de 2009, emitida por el INC, a través de la cual se desafectó la condición arqueológica del área ocupada por 13 asentamientos humanos en la Parcela A de la zona arqueológica monumental Armatambo, Morro Solar; se declaró como patrimonio cultural de la Nación a la referida zona; y se aprobó su expediente técnico,

disponiendo que se realice el trámite de inscripción en los Registros Públicos.

Alega que la Municipalidad Distrital de Chorrillos convocó a los siguientes concursos públicos: 001-95-MDCH (terreno en la playa La Herradura), 05-95-MDCH (ejecución del Proyecto La Chira) y "Complejo Residencial Turístico Punta del Sol", los que tuvieron como ganadores a JC Contratistas Generales EIRL (el primero) y a Gremco (los dos últimos). Estos concursos tuvieron como colofón la celebración de contratos de compraventa entre la comuna de Chorrillos y las mencionadas empresas ganadoras, precisándose que, en el caso del terreno en la Herradura, JC Contratistas Generales EIRL, cedió su posición contractual a Gremco.

Precisa que, en 2003 (terrenos de La Herradura y La Chira) y 2006 (terreno en Punta del Sol), Gremcitel SA adquirió la propiedad sobre ellos.

La recurrente denuncia que, a través de las resoluciones cuestionadas, el INC (hoy Mincul) afecta los terrenos de su propiedad, pues años antes había adquirido la propiedad sobre los referidos terrenos. Incluso, añade, se tramitó y obtuvo oportunamente ante el INC el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (Cira).

Por consiguiente, considera que se ha vulnerado sus derechos de propiedad, debido proceso y libertad de contratar, así como los principios de irretroactividad de las normas y seguridad jurídica.

Expediente 10534-2010-0-1801-JR-CI-01

Con fecha 22 de abril de 2010, don Eli Alejandro Castelo Rosas, en procuración oficiosa de Hart Industries Ltd., interpuso demanda de amparo contra el INC, solicitando la inaplicación de las Resoluciones 1342/INC, 1669/INC y 1137/INC, denunciando la vulneración de sus derechos de propiedad, debido proceso y libertad de contratar, así como los principios de irretroactividad de las normas y seguridad jurídica. La demanda fue ratificada por Hart Industries Ltd. mediante escrito de fecha 18 de junio de 2010.

Contestaciones de las demandas

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07

El emplazado dedujo las excepciones de litispendencia (existe un proceso contencioso administrativo en el cual se demanda la nulidad,

Resolución Directoral 1342/INC y de la Resolución Directoral Nacional 1669/INC, es decir, dos de las tres resoluciones cuestionadas en el presente proceso), incompetencia (la Resolución Directoral Nacional 1137/INC debió ser impugnada judicialmente a través de una demanda contencioso administrativa), falta de legitimidad para obrar activa (la actora no participó del procedimiento administrativo que dio lugar a la Resolución Directoral Nacional 1137/INC) y prescripción.

Sin perjuicio de las excepciones deducidas, contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada, dado que, cuando la actora adquirió la propiedad sobre los terrenos, estos ya se ubicaban en una zona intangible, declarada monumento integrante del patrimonio Cultural de la Nación en 1986 y, anterior a ello, mediante Resolución Suprema 219-77VC-1100 de fecha 19 de setiembre de 1977, que declaró intangibles los terrenos del Morro Solar y aledaños. Con relación a la Resolución Directoral Nacional 1137/INC, alega que esta no guarda relación con los otros actos administrativos cuestionados, pues alude a la desafección de terrenos ubicados en una zona distinta a la ubicación de los predios reclamados por la demandante.

Expediente 10534-2010-0-1801-JR-CI-01

El INC dedujo las excepciones de litispendencia, incompetencia material, falta de legitimidad para obrar activa, prescripción, representación insuficiente de la demandante y falta de agotamiento de la vía previa. Además, contestó la demanda señalando que la actora antes de la emisión de las resoluciones cuestionadas ya conocía que la zona estaba protegida y que la delimitación estaba pendiente. Precisa que tales resoluciones no suponen expropiación alguna y tampoco impiden el desarrollo de proyectos, aunque el derecho de propiedad debe ejercerse respetando el patrimonio cultural.

Resoluciones de primera instancia o grado

Expediente 10534-2010-0-1801-JR-CI-01

Mediante Resolución 6, de fecha 5 de julio de 2010, se declaró infundadas las excepciones deducidas por Hart Industries Ltd. Dicho auto fue apelado por el INC.

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07

Mediante Resolución 17, de fecha 12 de diciembre de 2012, el Sétimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima acumuló al presente proceso el Expediente 10534-2010.

Conforme a la Resolución 19, de fecha 20 de agosto de 2013, se declararon infundadas las excepciones deducidas por Gremcitel SA.

A través de la Resolución 23, de fecha 8 de junio de 2015, se declaró infundada la demanda dado que, con anterioridad a la adquisición de los terrenos, ya se había registrado la intangibilidad del Morro Solar, declarado como monumento integrante del patrimonio cultural de la nación en 1986, por lo que la ejecución de una obra en dicha zona requería y requiere la autorización del INC, conforme a lo estipulado en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Resolución de segunda instancia o grado

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07(acumulado)

Mediante Resolución 12, de fecha 2 de setiembre de 2016, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima dispuso que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a las excepciones de litispendencia, incompetencia y prescripción (esta última del Expediente 36218-2009). Asimismo, confirmó el auto del Expediente 10534-2010, que declaró infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante, representación insuficiente del demandante y falta de agotamiento de la vía administrativa. Por último, confirmó el auto del Expediente 36218-2009 que declaró infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante y prescripción.

De otro lado, revocó la sentencia apelada (Resolución 23) y, reformándola, declaró improcedente la demanda. Respecto a las Resoluciones 1342/INC y 1669/INC, señala que resulta de aplicación la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional, dado que la demandante (Gremcitel SA) acudió a otro proceso judicial en la vía contencioso administrativa. Respecto a la Resolución 1137/INC, resulta de aplicación la causal de improcedencia estipulada en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, puesto que la controversia debe definirse en la vía ordinaria, dado que

tiene etapa probatoria, a fin de determinar si el área aludida en la citada resolución comprende a los terrenos de Gremcitel SA.

Recurso de agravio constitucional

Solo Gremcitel SA interpuso recurso de agravio constitucional, por lo que la presente resolución se entenderá solo respecto de ella, pues Hart Industries Ltda ha consentido la resolución de segunda instancia o grado.

Análisis del caso concreto

1. La presente demanda de amparo, tiene por objeto cuestionar las siguientes resoluciones: i) Resolución Directoral 1342/INC; ii) Resolución Directoral Nacional 1669/INC; y iii) Resolución Directoral Nacional 1137/INC. Al respecto, se debe mencionar que la demandante optó por presentar una demanda contencioso- administrativa, cuya copia obra en autos y ha sido admitida a trámite, generándose un proceso contencioso administrativo en curso al momento en que se interpuso la demanda de amparo. Siendo así, en la presente causa la cuestión de derecho contenida en el recurso de agravio constitucional interpuesto carece de especial trascendencia constitucional, lo que en el presente caso se verifica la existencia de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional, pues el actor recurrió previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional. Por consiguiente, no cabe emitir un pronunciamiento de fondo en la presente causa, en lo que respecta a este extremo.

2. Asimismo, la actora solicita que se deje sin efecto la Resolución Directoral Nacional 1137/INC. Del análisis de esta resolución, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 19 de agosto de 2009, se verifica que resuelve:

    - Desafectar la condición arqueológica del área ocupada por 13 asentamientos humanos en la Parcela A de la zona arqueológica monumental Armatambo- Morro Solar.

    - Ratificar el artículo 2 de la Resolución Directoral Nacional 2091/INC, de fecha 18 de diciembre de 2016. En esta resolución se aprobó el Informe Final del "Proyecto de evaluación arqueológica Morro Solar-Chorrillos", a cargo del licenciado

Carlos Arturo Daniel Guerrero Zevallos, con R.N.A. N.° CG-0042, además de considerar procedente la ejecución de trabajos de rescate arqueológico en los AA. HH El Mirador y 31 de diciembre que abarcan un área de 2798,46 m^2 perteneciente a la zona arqueológica de "Armatambo- Morro Solar".

- Dejar sin efecto la Resolución Directoral Nacional 049/INC, de fecha 19 de enero de 2006, mediante la cual se aprobó el Plano Perimétrico de la zona arqueológica Monumental Armatambo Morro Solar (Parcela A) N.° PP-021- INCDREPH/DA/SDIC, de fecha 24 de octubre de 2005.
- Declarar como patrimonio cultural de la Nación a la zona arqueológica monumental Armatambo Morro Solar.
- Aprobar su expediente técnico, disponiendo que se realice el trámite de inscripción en los Registros Públicos.

Al respecto, debe evaluarse si dicha pretensión ha de ser resuelta por la vía del amparo o existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria.

3. 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.

4. En el presente caso, desde una perspectiva objetiva tenemos que el proceso especial, previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, regulada en el D.S 011-2019-JUS, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión de la demandante (solicita que se deje sin efecto la Resolución Directoral Nacional 1137/INC). Es decir, el proceso

contencioso-administrativo se constituye en una vía célere y eficaz respecto del amparo, donde puede resolverse el caso iusfundamental propuesto por la demandante.

5. Por otro lado, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el caso de autos no se ha acreditado un riesgo de irreparabilidad del derecho en caso se transite la vía ordinaria. De igual manera, tampoco se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión o de la gravedad del daño que podría ocurrir y, además, dejan abierta la posibilidad de hacer uso de las medidas cautelares pertinentes a fin de garantizar la eficacia de la ejecución de la sentencia.

6. Por lo expuesto, a juicio de este Tribunal Constitucional, existe una vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional vulnerado, siendo de aplicación el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

7. Ahora bien, atendiendo a que la demanda interpuesta por Gremcitel SA fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, nada impide que la parte demandante puede demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, puesto que se habilita el plazo respecto de la Resolución Directoral Nacional 1137/INC, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, discrepo de la presente ponencia, en mérito a las razones que a continuación expongo:

1. Del estudio de los actuados, se tiene que la presente demanda de amparo tiene por objeto cuestionar las siguientes resoluciones: i) Resolución Directoral 1342/INC; ii) Resolución Directoral Nacional 1669/INC; y iii) Resolución Directoral Nacional 1137/INC. Al respecto, se debe mencionar que la demandante optó por presentar una demanda contencioso-administrativa, cuya copia obra en autos y ha sido admitida a trámite. Estando ya en desarrollo un proceso contencioso administrativo al momento en que se interpuso la demanda de amparo, proceso contencioso en el cual la parte demandante plantea una pretensión sustancialmente igual que la luego sustenta el presente amparo, aquí se verifica la existencia de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional. Queda claro que el actor recurrió previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional. Por consiguiente, no cabe emitir un pronunciamiento sobre el contenido de la pretensión alegada en la presente causa, en lo que respecta a este extremo.

2. Asimismo, la actora solicita que se deje sin efecto la Resolución Directoral Nacional 1137/INC. Del análisis de esta resolución, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 19 de agosto de 2009, se verifica que lo allí apunta a:

    - Desafectar la condición arqueológica del área ocupada por 13 asentamientos humanos en la Parcela A de la zona arqueológica monumental Armatambo- Morro Solar.

    - Ratificar el artículo 2 de la Resolución Directoral Nacional 2091/INC, de fecha 18 de diciembre de 2016. En esta resolución se aprobó el Informe Final del "Proyecto de evaluación arqueológica Morro Solar-Chorrillos", a cargo del licenciado

Carlos Arturo Daniel Guerrero Zevallos, con R.N.A. N.° CG-0042, además de considerar procedente la ejecución de trabajos de rescate arqueológico en los AA. HH El Mirador y 31 de diciembre que abarcan un área de 2798,46 m^2 perteneciente a la zona arqueológica de "Armatambo- Morro Solar".

- Dejar sin efecto la Resolución Directoral Nacional 049/INC, de fecha 19 de enero de 2006, mediante la cual se aprobó el Plano Perimétrico de la zona arqueológica Monumental Armatambo Morro Solar (Parcela A) N.° PP-021- INCDREPH/DA/SDIC, de fecha 24 de octubre de 2005.
- Declarar como patrimonio cultural de la Nación a la zona Arqueológica monumental Armatambo Morro Solar.
- Aprobar su expediente técnico, disponiendo que se realice el trámite de inscripción en los Registros Públicos.

3. Al respecto, y aun si no se hubiese iniciado un proceso contencioso administrativo sobre el particular, debe evaluarse si la pretensión aquí reseñada ha de ser resuelta por la vía del amparo o existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria para atenderla. En ese sentido, conviene tener presente que la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), 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.

4. En el presente caso, y desde una perspectiva objetiva, tenemos que el proceso contencioso administrativo especial, previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, aprobado por el Decreto Supremo N.º 013-2008-JUS, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión de la demandante (solicita que se deje sin efecto la Resolución

Directoral Nacional 1137/INC). Es decir, el proceso contencioso-administrativo se constituye en una vía adecuada respecto del amparo, donde puede resolverse el caso iusfundamental propuesto por la demandante.

5. Por otro lado, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el caso de autos no se ha acreditado un riesgo de irreparabilidad del derecho en caso se transite la vía ordinaria. De igual manera, tampoco se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión o de la gravedad del daño que podría ocurrir y, además, dejan abierta la posibilidad de hacer uso de las medidas cautelares pertinentes a fin de garantizar la eficacia de la ejecución de la sentencia.

6. Por lo expuesto, y aun cuando no se hubiera iniciado el proceso contencioso administrativo hoy ya en trámite para buscar obtener la misma pretensión que buscó atenderse mediante amparo, existía una vía procesal igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional vulnerado, siendo de aplicación el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

7. Ahora bien, y atendiendo a que la demanda interpuesta por Gremcitel SA fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, hubiese correspondido, de ser el caso, habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pudiese demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, respecto de la Resolución Directoral Nacional 1137/INC, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la sentencia emitida en el Expediente 02383- 2013-PA/TC.

8. De otro lado, y sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, debe tenerse presente también que, luego de una determinación efectuada por la autoridad competente, decisión tomada en la década de los setenta del siglo pasado (la intangibilidad de los terrenos del Morro Solar y aledaños), se produjo otra decisión, en este caso de una autoridad municipal, que en rigor es nula. En base a esa controvertida decisión municipal, lo que se aprecia es una intención del demandante de ignorar una decisión tomada por la autoridad competente al respecto hace casi cincuenta años, recurriendo para ello a cuanto espacio pudiese conseguir que alguien le reconozca un derecho que

no tiene. Eso explica su intención de obtener un pronunciamiento al respecto de la Comisión de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, comisión que declaró improcedente su demanda. También permite comprender cómo Gremcitel recurrió al CIADI para reclamar una indemnización al Estado, pedido rechazado por el CIADI, entidad que además calificó a algunos documentos presentados por Gremcitel como "cuestionables" o "muy sospechosos". Y, por último, se pasa a no esperar al agotamiento de la vía judicial ordinaria pertinente, donde iba teniendo resultados desfavorables, para iniciar un amparo a todas luces improcedente.

9. Y es que bienvenida sea la inversión en nuestro país, pero dicha inversión debe contar con el aval de la autoridad competente para determinar dentro de qué condiciones se puede invertir. Y si existen dudas al respecto, no se puede buscar recurrir a cualquier espacio, sino más bien se debe actuar a través de la vía procesal correspondiente. Una vez iniciada esa vía procesal, hay que esperar el resultado final dentro de la misma, y no buscar al mismo tiempo conseguir un resultado por dos vías procesales distintas, las cuales no pueden plantearse al mismo tiempo. En síntesis, la voluntad de invertir no debe desconocer parámetros competenciales establecidos, ni recurrir a vías procedimentales o procesalmente impertinentes para conseguir lo que se quiere. Ello no es posible dentro de cualquier Estado que pueda ser calificado como un Estado Constitucional.

En atención a lo señalado, considero que la demanda resulta **IMPROCEDENTE,** quedando habilitado el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo del extremo relativo a la Resolución Directoral Nacional 1137/INC, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la sentencia emitida en el Expediente 2383-2013-PA/TC.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI Y RAMOS NÚÑEZ

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Gremcitel SA contra la resolución de fecha 2 de setiembre de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07

Con fecha 3 de setiembre de 2009, la empresa recurrente interpuso demanda de amparo contra el entonces Instituto Nacional de Cultura (INC), hoy Ministerio de Cultura en virtud de la absorción dispuesta por el Decreto Supremo 001-2010-MC, solicitando que se dejen sin efecto las siguientes resoluciones:

i) La Resolución Directoral Nacional 1342/INC, de fecha 10 de octubre de 2007, emitida por el INC, a través de la cual se aprobó el Plano DAI-001-2007- INC/DPHCR-SDR, que estableció la delimitación de la "zona histórica intangible" del Morro Solar, ubicado en el distrito de Chorrillos, declarado monumento integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, y ordenó que dicho plano sea remitido a la Municipalidad Distrital de Chorrillos y a la Municipalidad Metropolitana de Lima, a fin de que se incorpore a la zonificación de usos de suelo del distrito. Asimismo, dispuso que se realice el trámite de inscripción de la condición cultural histórica arqueológica del Morro Solar en los Registros Públicos;

ii) La Resolución Directoral Nacional 1669/INC, de fecha 11 de diciembre de 2007, emitida por el INC, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Gremcitel contra la precitada Resolución Directoral 1342/INC; y

iii) La Resolución Directoral Nacional 1137/INC, de fecha 10 de agosto de 2009, emitida por el INC, a través de la cual se desafectó la condición arqueológica del área ocupada por 13 asentamientos humanos en la Parcela A de la zona arqueológica monumental Armatambo-Morro Solar; se declaró como patrimonio cultural de la Nación a la

referida zona; y se aprobó su expediente técnico, disponiendo que se realice el trámite de inscripción en los Registros Públicos.

En consecuencia, la actora solicita que se le permitan desarrollar los proyectos integrales relativos a los concursos públicos convocados por la Municipalidad Distrital de Chorrillos.

Alega que, en el año 1995, dicha municipalidad convocó a los siguientes concursos públicos: 001-95-MDCH (terreno en la playa La Herradura), 05-95-MDCH (ejecución del proyecto La Chira) y Complejo Residencial Turístico Punta del Sol; los que tuvieron como ganadores a JC Contratistas Generales EIRL (el primero) y a Gremco SA (los dos últimos). Estos concursos tuvieron como colofón la celebración de contratos de compraventa entre la comuna de Chorrillos y las mencionadas empresas ganadoras, precisándose que, en el caso del terreno en La Herradura, JC Contratistas Generales EIRL cedió con posterioridad su posición contractual a Gremco.

Agrega que, en 2003 (terrenos en La Herradura y La Chira) y en 2006 (terreno en Punta del Sol), adquirió la propiedad sobre los terrenos.

Denuncia que, a través de las resoluciones cuestionadas, el INC ha afectado los terrenos de su propiedad, pues años antes había adquirido propiedad sobre los referidos terrenos. Incluso tramitó y obtuvo oportunamente ante el INC el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA).

Precisa que, mediante sus resoluciones, el INC ha declarado "zona histórica intangible" al Morro Solar y los terrenos aledaños a este, con lo cual, aduce, se afecta de forma retroactiva a la situación jurídica de los predios, impidiendo que cumpla con el fin contractual para el cual fueron adquiridos. Agrega que dicho procedimiento de declaración de intangibilidad se realizó sin su participación.

Por consiguiente, considera que se han vulnerado sus derechos de propiedad, debido proceso y libertad de contratar, así como los principios de irretroactividad de las normas y de seguridad jurídica.

Expediente 10534-2010-0-1801-JR-CI-01

Con fecha 22 de abril de 2010, don Eli Alejandro Castelo Rosas, en procuración oficiosa de Hart Industries Ltd., interpuso demanda de

amparo contra el INC, solicitando también la inaplicación de las Resoluciones 1342/INC, 1669/INC y 1137/INC, arguyendo la vulneración de sus derechos de propiedad, debido proceso y libertad de contratar, así como los principios de irretroactividad de las normas y seguridad jurídica. La demanda fue ratificada por Hart Industries Ltd. mediante escrito de fecha 18 de junio de 2010.

Contestaciones de las demandas

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07

El INC dedujo las excepciones de litispendencia (existía un proceso contencioso administrativo en el cual se demanda la nulidad de la Resolución Directoral 1342/INC y de la Resolución Directoral Nacional 1669/INC, es decir, dos de las tres resoluciones cuestionadas en el presente proceso), incompetencia (la Resolución Directoral Nacional 1137/INC debió ser impugnada judicialmente a través de una demanda contencioso-administrativa), falta de legitimidad para obrar activa (la actora no participó del procedimiento administrativo que dio lugar a la Resolución Directoral Nacional 1137/INC) y prescripción.

Sin perjuicio de las excepciones deducidas, contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada, dado que cuando la actora adquirió la propiedad sobre los terrenos, estos ya se ubicaban en una zona intangible, declarada monumento integrante del Patrimonio Cultural de la Nación en 1986 y, con anterioridad a ello, mediante Resolución Suprema 219-77VC-1100, de fecha 19 de setiembre de 1977, se declararon intangibles los terrenos del Morro Solar y aledaños.

Con relación a la Resolución Directoral Nacional 1137/INC, alega que esta no guarda relación con los otros actos administrativos cuestionados, pues alude a la desafectación de terrenos ubicados en una zona distinta a la de los predios reclamados por la demandante.

Expediente 10534-2010-0-1801-JR-CI-01

El emplazado dedujo las excepciones de litispendencia, incompetencia, falta de legitimidad para obrar activa, prescripción, representación insuficiente de la demandante y falta de agotamiento de la vía previa. Además, contestó la demanda señalando que la actora, antes de la emisión de las resoluciones cuestionadas, ya conocía que la zona estaba protegida y que la delimitación estaba pendiente. Precisa que tales

resoluciones no suponen expropiación alguna y tampoco impiden el desarrollo de proyectos, aunque el derecho de propiedad debe ejercerse respetando el patrimonio cultural.

Resoluciones de primera instancia

Expediente 10534-2010-0-1801-JR-CI-01

Mediante Resolución 6, de fecha 5 de julio de 2010, se declararon infundadas las excepciones deducidas. Dicho auto fue apelado por el INC.

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07

Mediante Resolución 17, de fecha 12 de diciembre de 2012, el Sétimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima acumuló al presente expediente el Expediente 10534-2010-1801-JR-CI-01.

Conforme a la Resolución 19, de fecha 20 de agosto de 2013, se declararon infundadas las excepciones deducidas.

A través de la Resolución 23, de fecha 8 de junio de 2015, se declaró infundada la demanda, pues, con anterioridad a la adquisición de los terrenos, ya se había registrado la intangibilidad del Morro Solar, que fuera declarado como monumento integrante del Patrimonio Cultural de la Nación en 1986, por lo que la ejecución de una obra en dicha zona requería y requiere la autorización del INC, conforme a lo estipulado en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Resolución de segunda instancia

Expediente 36218-2009-0-1801-JR-CI-07 (acumulado)

Mediante Resolución 12, de fecha 2 de setiembre de 2016, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima dispuso que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a las excepciones de litispendencia, incompetencia y prescripción (esta última del Expediente 36218-2009). Asimismo, confirmó el auto emitido en el Expediente 10534-2010, que declaró infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante, representación insuficiente del demandante y falta de agotamiento de la vía administrativa. Por último, confirmó el auto del Expediente 36218-2009, que declaró infundadas

las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante y prescripción.

De otro lado, revocó la sentencia apelada (Resolución 23) y, reformándola, declaró improcedente la demanda. Respecto a las Resoluciones 1342/INC y 1669/INC, señaló que resulta de aplicación la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional, dado que la demandante (Gremcitel) acudió a otro proceso judicial en la vía contencioso-administrativa. Respecto a la Resolución 1137/INC, dispuso que resulta de aplicación la causal de improcedencia estipulada en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, puesto que la controversia debe definirse en la vía ordinaria, que tiene etapa probatoria, a fin de determinar si el área aludida en la citada resolución comprende los terrenos de Gremcitel.

Recurso de agravio constitucional

Gremcitel, manteniendo su postura, interpuso oportunamente recurso de agravio constitucional contra la precitada resolución de fecha 2 de setiembre de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos, por lo que corresponde un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda de amparo de autos es que se dejen sin efectos las Resoluciones Directorales 1342/INC, 1669/INC y 1137/INC, expedidas por el INC; y que, en consecuencia, se le permita a la actora desarrollar los proyectos integrales relativos a los concursos públicos de proyectos integrales 001-95-MDCH y 005-95- MDCH, y el proyecto denominado Complejo Residencial Punta del Sol.

2. Según relata la demandante, dichas resoluciones directorales agravian de modo manifiesto sus derechos fundamentales a la propiedad, al debido proceso, a la irretroactividad de las normas, a la libertad de contratar y a la seguridad jurídica, por cuanto pretenden surtir efectos retroactivos sobre su situación jurídica como propietaria de los terrenos en La Herradura, La Chira y Punta del

Sol, ubicados en la zona aledaña al Morro Solar de Chorrillos. Agrega que el procedimiento de declaración de intangibilidad de los predios que llevó a cabo el INC se realizó sin su participación, lo que vulneró también su derecho al debido procedimiento y a la defensa.

Análisis de la procedencia de la demanda

3. Antes de resolver el fondo del asunto, consideramos necesario determinar, en primer lugar, si la demanda es improcedente por haber acudido previamente la actora a la vía ordinaria, específicamente a la vía contencioso-administrativa.

4. Al respecto, la Sala Superior ha señalado en la resolución materia del recurso de agravio constitucional que la demanda de autos es improcedente porque, con fecha anterior a la interposición de la demanda de amparo, Gremcitel promovió un proceso contencioso-administrativo con la misma pretensión que en el presente amparo; proceso en el cual se declaró infundada su demanda en primera y segunda instancia, e improcedente su recurso de casación, lo que, a primera vista, parecería configurar la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional, que a la letra preceptúa que no proceden los procesos constitucionales cuando "El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional".

5. Sin embargo, debe precisarse que solo será improcedente la demanda en estos casos cuando el accionante haya pedido ante la justicia ordinaria la tutela respecto del mismo derecho constitucional que invoca ante la justicia constitucional.

6. Ya esto lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades, como en la Sentencia 0883-1999-AC/TC, en la que expresamente señaló: "[…] la supuesta opción por la vía paralela de parte de la demandada no procede, toda vez que esta causal de improcedencia corresponde ser invocada al demandante siempre y cuando la pretensión del amparo sea la misma que aquella que pretende a través del proceso ordinario; no habiendo acontecido esto en el presente proceso […]". En la misma línea, emitió las Sentencias 952-2000-AA/TC, fundamento 3; 2488-2003, fundamento 2; 3303-2004-AA/TC, fundamento 1; entre otras.

7. A lo expuesto debe añadirse que, de acuerdo con el cuarto párrafo del Artículo III del Título Preliminar del precitado Código Procesal Constitucional, "[c]uando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación". Y ese es, precisamente, el criterio que debe aplicarse en autos, pues de los actuados se aprecia que Gremcitel acudió a la vía ordinaria y alegó la vulneración de otros derechos, distintos a los que invoca ahora en este proceso de amparo.

8. En efecto, se advierte que en el proceso contencioso-administrativo Gremcitel invocó la afectación de sus derechos a la propiedad y a la debida motivación de las resoluciones administrativas, mientras que en el caso de autos invoca la vulneración de otros derechos constitucionales (debido procedimiento, libertad de contratar y defensa), así como la afectación de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas.

9. En tal sentido, a nuestro juicio, existe una duda más que razonable sobre la configuración de la "vía paralela", pues la *causa petendi* de ambos procesos difiere notoriamente, lo que descarta que se trate de dos procesos idénticos. Más bien se tratan de debates distintos, por lo que este Tribunal concluye que no se ha configurado en el presente caso la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 3, del Código procesal Constitucional.

10. En segundo lugar, resta aún responder a la pregunta de si la vía del amparo resulta idónea para resolver la controversia de autos. Sobre ello, la Sala superior refiere que el proceso de amparo no es un proceso alternativo sino subsidiario, al que es solo posible acudir en los casos en que las vías ordinarias no sean idóneas, lo que permite colegir que el cuestionamiento de una resolución administrativa expedida por el INC, como las cuestionadas en el presente proceso, debe ser realizado en la vía contencioso-administrativa, mas no en el proceso de amparo.

11. Por tal motivo, la demanda de amparo de Gremcitel estaría incursa en la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, en cuya virtud no proceden los procesos constitucionales cuando "existan vías procedimentales,

igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado".

12. No compartimos este argumento. En el precedente recaído en la Sentencia 02383- 2013-PA (caso Elgo Ríos), estableció las siguientes reglas copulativas para analizar si una vía judicial ordinaria es igualmente satisfactoria al proceso de amparo. Entonces, será igualmente satisfactoria si se cumple lo siguiente:

    - 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 la irreparabilidad; y
    - que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia de derecho o de la gravedad de las consecuencias.

    La ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

13. Al respecto, en cuanto a la idoneidad del proceso, debemos precisar que el proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que pueda aplicarse la Ley del Proceso Contencioso Administrativo para cuestionar actos administrativos, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tienen que determinarse no en función de un análisis únicamente constreñido a la estructura del proceso, sino en función, básicamente, de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.

14. Se trata, entonces, de determinar en cada caso en concreto si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, pues no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que, estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda dar reinicio a un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio, lo que, lógicamente, no es igualmente satisfactorio.

15. En el presente caso, la empresa accionante interpuso su demanda de amparo el 3 de setiembre de 2009. Es decir, hace casi 10 años que viene litigando, por lo que, bajo ningún supuesto, resulta igualmente satisfactorio que reinicie su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso contencioso administrativo, correspondiendo, por tanto, que en esta última y definitiva instancia constitucional se emita un pronunciamiento de fondo.

16. Dado lo expuesto, concluimos que tampoco es de aplicación la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, debiendo resolver la controversia.

Análisis del caso

17. Refiere Gremcitel que, en el año 1995, la Municipalidad Distrital de Chorrillos convocó a concursos públicos para vender los terrenos denominados La Herradura, La Chira y Punta del Sol, ubicados dentro de su jurisdicción, los que fueron adjudicados inicialmente a la empresa JC Contratistas Generales y a Gremco.

18. Sostiene que, posteriormente, dichos terrenos le fueron transferidos a través de diversos contratos de compraventa, los cuales fueron debidamente inscritos en Registros Públicos. Sin embargo, a partir del año 2007, mediante las resoluciones directorales que cuestiona en el presente proceso, la entidad emplazada vulneró sus derechos fundamentales a la propiedad, al debido procedimiento, a la irretroactividad de las normas, a la libertad de contratar y a la seguridad jurídica, por cuanto declaró "zona histórica intangible" al Morro Solar, ubicado en el distrito de Chorrillos, y a los terrenos aledaños a este, con lo cual se impidió que cumpla con el fin contractual para el cual fueron adquiridos, es decir, la ejecución del Proyecto Balneario Turístico La Herradura, del Proyecto Balneario Turístico La Chira y del Complejo Residencial Turístico Punta del Sol.

19. Descritos estos hechos, debe señalarse que, a nuestro juicio, existe otro derecho fundamental que, si bien no ha sido invocado en la demanda habría sido afectado por las resoluciones directorales del INC, como lo es el derecho fundamental a la libertad de empresa, previsto en el artículo 59 de la Constitución, cuyo impacto será analizado más adelante en la presente sentencia, en aplicación del principio *iura novit curia*, contemplado en el Artículo VIII del

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, conforme al cual "El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente".

Sobre las bases en que se asienta la Constitución económica peruana

20. Ahora bien, el análisis de este caso obliga a partir previamente de los postulados constitucionales contemplados en la Constitución económica peruana, a efectos de tener en consideración para su dilucidación los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que esta propugna.

21. Ya desde la Sentencia 0008-2003-AI/TC, este Tribunal ha destacado la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental, el mismo que establece las reglas y características del modelo económico que ha adoptado el Estado peruano y, por tanto, las reglas económicas básicas que vinculan a los particulares entre sí y con el Estado, todo ello dentro de una lógica que opta por favorecer la inversión privada como sustento de la economía.

22. En esta sentencia, además de muchas otras, el Tribunal Constitucional ha reconocido como principios básicos de la estructura del sistema constitucional económico el de la dignidad de la persona humana, igualdad, economía social de mercado, actuación subsidiaria del Estado en la economía y también el principio-derecho de la libre iniciativa privada. Este último implica que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material (cfr. Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 17).

23. En concordancia con esto, el modelo económico consignado en la Constitución exige el reconocimiento y la defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, también llamadas libertades económicas (libertad contractual, libertad de empresa, libre competencia, entre otras), cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y, además, de garantías institucionales

(cfr. Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 26). De esto último se deduce la obligación del Estado de brindar el marco adecuado para el pleno goce de estas libertades.

Sobre la libertad de empresa

24. En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido constitucionalmente protegido de las denominadas libertades económicas que integran el precitado régimen económico de la Constitución de 1993, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores del modelo económico al cual se adhiere el Estado (cfr., entre otras, Sentencia 01405-2010-PA/TC).

25. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades deben encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances de la economía social de mercado que ha concebido el legislador constituyente al regular nuestro sistema económico. Vale decir, que indefectiblemente parta de la voluntad de este último.

26. Desde la óptica del Constituyente, el derecho a la libertad de empresa, junto a las otras libertades económicas, es considerado base del desarrollo económico y social del país, y su respeto y promoción son garantía de una sociedad democrática, justa y pluralista. Por ello, la Constitución reconoce de forma expresa en su artículo 60 que hay pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (cfr. Sentencia 01963- 2006-AA/TC).

27. No está demás señalar en este punto, que la libertad de empresa configura una de las manifestaciones del derecho a la participación individual o colectiva en la vía económica de la Nación, el cual está expresamente reconocido en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución.

28. En el contexto descrito, se erige entonces como derecho fundamental que, por un lado, garantiza que todas las personas puedan participar en la vida económica y, por otro, obliga al poder público no solo a respetar la libertad de empresa, sino además a orientarla, estimularla, promoverla y no ponerle trabas.

29. Con tal finalidad, el Estado debe otorgar un marco adecuado para la inversión privada, remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados, así como impedir toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir la libertad de empresa o falsear la libre competencia (cfr., entre otras, la Sentencia 03116-2009-PA/TC, fundamento 8).

30. De este modo, como ya sostuvo el Tribunal Constitucional, cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, está garantizando a todas las personas una libertad de decisión para crear empresas (libertad de fundación de una empresa); para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado); para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario); y para dirigir, planificar su actividad y utilizar sus recursos en atención a las condiciones del propio mercado (libertad de dirección de la empresa). Todos estos atributos son parte del contenido constitucionalmente protegido de este derecho, que, evidentemente, el Estado está obligado a salvaguardar.

31. En buena cuenta, la Constitución, a través del derecho a la libertad de empresa, garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad e igualdad (cfr. Sentencia 01405-2010-PA/TC), además, libre de trabas por parte del Estado. Corresponde verificar entonces si tales garantías se han cumplido.

Sobre los hechos relevantes del caso

32. En el presente caso, el Estado, con la intención de incentivar la inversión privada y estimular la economía, por un lado, promovió la compra de terrenos de su propiedad para la futura construcción de proyectos inmobiliarios por parte de particulares, mientras que, por otro lado, contrariando dicha intención, ha impedido que tales proyectos se concreten. Veamos:

    - Mediante la Ley 26306, ley que reconoce la propiedad del corredor ribereño denominado Costa Verde a diversas municipalidades distritales de la provincia de Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de mayo de 1994, se aprobó el Plan Maestro de Desarrollo de la Costa Verde y se autorizó que las municipalidades ribereñas de la Costa Verde, en armonía con la competencia exclusiva que tienen los gobiernos locales para

programar y planificar el desarrollo urbano de su circunscripción, realicen proyectos de inversión en esta zona, al establecer expresamente lo siguiente:

> Es competencia de los Municipios Distritales ribereños de la Costa Verde emitir autorizaciones y adjudicar derechos que correspondan dentro de su respectiva jurisdicción, los cuales deben respetar las zonificaciones y ser compatibles con el Plan Maestro de Desarrollo.

Esta competencia para adjudicar derechos se encuentra desarrollada en el artículo 22 del reglamento de la citada ley, aprobado por Decreto Supremo 01- 95-MTC, el cual dispone lo siguiente:

> Los municipios Ribereños podrán contratar. Emitir autorizaciones o adjudicar derechos, respecto a los terrenos de su ámbito según corresponda, de acuerdo a las modalidades siguientes:
>
> a. Compraventa;
>
> b. Arrendamiento;
>
> c. Concesión;
>
> d. Usufructo;
>
> e. Derecho de Superficie.

Las normas transcritas, emitidas en atención a los postulados que inspiran a la Constitución económica antes descrita, fueron el sustento normativo que tuvo la Municipalidad Distrital de Chorrillos para convocar en el año 1995 a los siguientes concursos públicos: 001-95-MDCH (terreno en la playa La Herradura), 05-95-MDCH (ejecución del proyecto La Chira) y Complejo Residencial Turístico Punta del Sol.

El detalle de estos concursos y lo ocurrido con posterioridad, se detalla a continuación.

En relación con el concurso relativo al inmueble del proyecto Balneario Turístico La Herradura

- El 15 de marzo de 1995, la Municipalidad de Chorrillos convocó el Concurso de Proyectos Integrales 001-95-MDCH, con la finalidad de

vender el terreno de su propiedad, de 449 235 m^2, ubicado en la playa La Herradura (cfr. folios 26, 193, reverso, del expediente, entre otros).

- Por medio de la Resolución de Alcaldía 1165-95-MDHC, de fecha 30 de junio de 1995, se aprobaron los linderos, medidas perimétricas y memoria descriptiva del terreno, disponiendo que la subdivisión e independización correspondientes se inscribieran en el Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Lima (cfr. folio 26 y siguientes del expediente).

- La ganadora del concurso fue la empresa JC Contratistas Generales EIRL, otorgándosele la buena pro mediante Resolución de Alcaldía 1521-95-ALC- MDCM, de fecha 21 de agosto de 1995 (cfr. folio 26 y siguientes del expediente).

- Con fecha 22 de agosto de 1995, se otorgó la escritura pública de compraventa entre JC Contratistas Generales EIRL y la Municipalidad Distrital de Chorrillos; escritura pública que finalmente fue inscrita en los registros públicos (cfr. folio 26 y folio 10 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- Mediante contrato de compraventa y obra de fecha 8 de setiembre de 1995, JC Contratistas Generales EIRL transfirió el bien a la empresa Gremco (cfr. folio 7 y siguientes del cuadernillo del Tribunal Constitucional). Esta última inscribió su dominio en la Ficha 317166 y su continuación en la Partida 42229997 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima (cfr. folio 302 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- Con posterioridad, mediante contrato de compraventa de fecha 18 de febrero de 2003, Gremco transfirió el bien a la empresa Gremcitel, pactándose el precio de USD 20 214 000 (cfr. folio 305 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

  En este contrato, Gremcitel se obligó a respetar en todos sus términos los compromisos que Gremco había asumido; vale decir, el compromiso de realizar las obras civiles correspondientes al Balneario Turístico la Herradura y ejecutar las obras de mejoramiento de playa, tratamiento paisajístico y otras que se pueden observar en el precitado contrato de fecha 8 de setiembre de 1995, suscrito entre JC Contratistas Generales y Gremco (cfr. folio 10 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

En relación con el concurso relativo al inmueble del proyecto Balneario Turístico La Chira

- Por medio de la Resolución de Alcaldía 895-95-ALC-MDCH, de fecha 22 de mayo de 1995, la Municipalidad Distrital de Chorrillos aprobó la iniciativa de Gremco para desarrollar el proyecto Balneario Turístico La Chira, en un terreno de 836 198.25 m^2 (cfr. folio 114 y folio 116 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- Mediante la Resolución de Alcaldía 1267-95-MDCH, de fecha 17 de julio de 1995, la Municipalidad Distrital de Chorrillos aprobó las bases del concurso público de proyectos integrales respectivo (cfr. folio 114 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- El Comité de Aprobación de Contrataciones, designado por las Resoluciones de Alcaldía 851-95-ALC-MDCH y 901-95-ALC-MDCH, emitió con fecha 15 de diciembre de 1995 su pronunciamiento final que otorgó la buena pro a la empresa Gremco (cfr. folio 115 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- El 28 de diciembre de 1995 se celebró el contrato de compraventa respectivo entre la Municipalidad de Chorrillos y Gremco (cfr. folio 110 y siguientes del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- Con posterioridad, mediante contrato de compraventa de fecha 18 de febrero de 2003, Gremco transfirió el bien a la empresa Gremcitel pactándose el precio de USD 39 820 000 (cfr. folio 305 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

  En este contrato, Gremcitel SA también se obligó a respetar en todos sus términos los compromisos que Gremco había asumido respecto del terreno de La Chira; es decir, a desarrollar el proyecto inmobiliario respectivo y ejecutar las obras de mejoramiento del malecón, la vía costanera y otras.

En relación con el concurso relativo al inmueble del proyecto Complejo Residencial Turístico Punta del Sol

- Mediante la Resolución de Alcaldía 1304-95-MDHC, de fecha 20 de julio de 1995, la Municipalidad Distrital de Chorrillos convocó a un concurso público de proyectos integrales para adjudicar este terreno de 694 100 m^2 (cfr. folio 23 del expediente y folio 314 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- El Comité de Aprobación de Contrataciones designado por la precitada resolución de alcaldía emitió, con fecha 6 de noviembre de 1995, su pronunciamiento final que otorgó la buena pro a Gremco, y se celebró el contrato de compraventa respectivo el 15 de noviembre de 1995 (cfr. folio 19 y siguientes del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- En tal contrato se aprecia expresamente el propósito de la venta, pues señaló lo siguiente: "La Municipalidad, al amparo de lo previsto en la Ley Número 26306 y Decreto Supremo Número 01-95-MTC, ha visto por conveniente otorgar en la modalidad de compra-venta el terreno mencionado precedentemente, a fin que en él se desarrolle y ejecuten obras de mejoramiento de playa, abastecimientos básicos, habilitación urbana, equipamiento urbano, impacto ambiental y tratamiento paisajista conforme al Complejo Residencial Turístico Punta del Sol" (cfr. folio 24 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- Más adelante, se estableció en el mismo contrato que "[…] el comprador queda autorizado para ceder su posición contractual (como) consecuencia del presente contrato, siempre y cuando el tercero se subrogue en todos los compromisos y obligaciones asumidos frente a la Municipalidad" (folios 31 y 32 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- Así, con fecha 21 de abril del año 2006, se celebró una compraventa del mencionado terreno entre Gremco y Gremcitel, con la finalidad de que esta última prosiga, como estaba convenido, con la ejecución del "Complejo Residencial Turístico Punta del Sol" (cfr. folios 313 a 316 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

Sobre las actuaciones que adoptó la Municipalidad Distrital de Chorrillos después de promover los concursos y celebrar los contratos, y las decisiones de la justicia ordinaria y la arbitral emitidas a tales efectos

- Posteriormente a la celebración de los contratos de compraventa, la Municipalidad Distrital de Chorrillos dio marcha atrás y pretendió dejar sin efecto los aludidos concursos públicos y los contratos suscritos, lo que finalmente no fue amparado por la justicia ordinaria y la arbitral.

- Dicha municipalidad emitió la Resolución de Concejo 017-96-MDCH, de fecha 7 de mayo de 1996, que declaró la nulidad de todos los actos administrativos relacionados con los concursos públicos descritos, así como los contratos celebrados.

- Según se aprecia de autos, frente a esta situación, Gremco promovió un proceso contencioso administrativo que culminó con la Resolución de fecha 19 de junio de 2001, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República (Expediente 917-99), que confirmó lo siguiente:

  > […] la sentencia de fojas quinientos cuarenticinco, su fecha dieciséis de marzo de mil novecientos noventinueve, que declara FUNDADA la demanda de fojas doscientos uno, en consecuencia Nula la resolución ficta producto del silencio administrativo, frente a la apelación formulada por la parte contra la Resolución de Concejo número cero diecisiete – noventiséis / MDCH de fecha siete de mayo de mil novecientos noventiséis y, Nula esta última resolución que declara la nulidad de pleno derecho de todos los actos administrativos relacionados con el Concurso Público de Proyectos Integrales número cero uno – noventicinco – MDCH denominado Balneario Turístico La Herradura y sin efecto los actos jurídicos contenidos en los contratos de compra venta celebrados por la Municipalidad Distrital de Chorrillos con JC Contratistas Generales EIRL y el celebrado entre esta última y la Corporación Gremco Sociedad Anónima; […] [cfr. folio 15 del expediente)].

- De otra parte, se advierte también en autos (fojas 201 y siguientes del cuadernillo del Tribunal Constitucional) que Gremco promovió un arbitraje en contra de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, solicitando la desocupación del inmueble denominado Balneario Turístico La Herradura y el otorgamiento de las escrituras de cancelación del saldo deudor del inmueble mencionado, así como de los inmuebles denominados Balneario Turístico La Chira y Complejo Residencial Turístico Punta del Sol.

- El arbitraje referido culminó con el laudo arbitral de fecha 15 de enero de 2001, que en su parte pertinente resolvió declarar lo siguiente:

> […] FUNDADA la demanda interpuesta […] por Gremco S.A.; en consecuencia, válido el contrato de compraventa celebrado por Contratistas Generales S.C.R.L y la Municipalidad de Chorrillos con fecha 22 de agosto de 1995, válido el contrato de cesión de posición contractual celebrado por Contratistas Generales S.C.R.L. con Gremco S.A de fecha 8 de setiembre de 1995, válido el contrato de compraventa celebrado entre la Municipalidad de Chorrillos y Gremco S.A. de fecha 28 de diciembre de 1995; y, válido el contrato de compra-venta celebrado entre la Municipalidad de Chorrillos y Gremco S.A. de fecha 15 de noviembre de 1995;
>
> […]
>
> Ordenando el OTORGAMIENTO por parte de la Municipalidad de las escrituras públicas de cancelación del saldo de precio de las compraventas de fechas 22 de agosto de 1995, 28 de diciembre de 1995 y 15 de noviembre de 1995, correspondientes a los terrenos de los Proyectos La Herradura, Balneario Turístico La Chira y Complejo Residencial Turístico Punta del Sol, respectivamente.
>
> […]
>
> Ordenando la DESOCUPACIÓN del inmueble ubicado dentro del lote N° 2 del Balneario de La Herradura, con un área total de 449,235 m^2.

- Se advierte, por consiguiente, la validez de los concursos convocados y de los contratos celebrados al amparo de la Ley 26306 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 01-95-MTC, al punto de que, con fecha 10 de agosto de 2002, la Municipalidad Distrital de Chorrillos y Gremco suscribieron la escritura pública de cancelación del precio y levantamiento de hipoteca, en cumplimiento de lo dispuesto en el referido laudo arbitral de fecha 15 de enero de 2001 (cfr. folio 102 y siguientes del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

- Como se ha señalado, la empresa Gremcitel, ahora demandante, adquirió de Gremco la titularidad de dichos predios mediante

contratos de compraventa de fechas 18 de febrero de 2003 (La Herradura y La Chira) y 21 de abril de 2006 (Punta del Sol); con lo cual se acredita la plena condición de la actora como propietaria de tales predios (cfr. folio 192 y siguientes del expediente).

- En su condición de nueva titular de los terrenos y con la finalidad de desarrollar los proyectos inmobiliarios, Gremcitel tramitó ante el INC los respectivos certificados de inexistencia de restos arqueológicos (CIRA) sobre los referidos predios, los que le fueron otorgados por la emplazada (Certificados 2005-26, 2006-025, 2006-049, 2006-163 y 2006-255). Del mismo modo, inscribió la habilitación urbana vía silencio administrativo positivo respecto del terreno del proyecto denominado Balneario Turístico La Herradura (cfr. folio 332 y siguientes del cuadernillo del Tribunal Constitucional); todo ello con la clara finalidad de proseguir con el desarrollo de los proyectos inmobiliarios.

Sobre las actuaciones posteriores que adoptó el INC

- Sin embargo, la institución demandada, que en un inicio otorgó a la empresa accionante los certificados de inexistencia de restos arqueológicos, posteriormente emitió la Resolución Directoral Nacional 1342/INC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de octubre de 2007, que aprobó el plano que establece delimitación de la "zona histórica intangible" del Morro Solar, zona que incluye los terrenos adquiridos por Gremcitel, con lo cual sus proyectos quedaron paralizados.

- En efecto, dentro del plano al que hace referencia esta resolución directoral, Gremcitel señala que se incluyen los predios de La Herradura, La Chira y Punta del Sol dentro de la "zona histórica intangible", lo que se ha inscrito en las partidas registrales correspondientes.

- Es más, la intención del INC de paralizar los proyectos al aprobar el plano que establece la zona histórica intangible es patente, conforme se aprecia de la propia resolución directoral, que en su parte pertinente señala literalmente lo siguiente:

> Visto el informe N.º 249-2007-DPHCR-DREPH/INC el cual da cuenta de la ejecución de obras inconsultas en las

inmediaciones de la playa La Herradura ubicada dentro del perímetro de la Zona Histórica Intangible del Morro Solar, en el distrito de Chorrillos.

- En su contestación de demanda, el INC sostiene básicamente lo siguiente:

  i) Los terrenos de la actora ya tenían la condición de intangibles por haberlo determinado así la Resolución Suprema 219-77-VC-1100, que declaró intangibles los terrenos del Morro Solar de Chorrillos y aledaños, indicados en las Láminas 5 y 6 del Plano de Zonificación General de Lima Metropolitana 1977-1990. Por lo tanto, la Resolución Directoral Nacional 1342/INC no habría restringido el derecho de propiedad de la actora; y

  ii) En concordancia con dicha resolución, la Resolución Ministerial 794-86-ED, del 30 de diciembre de 1986, declaró como "monumento" al Morro Solar de Chorrillos.

33. Como se aprecia, el INC, para impedir el desarrollo de los proyectos inmobiliarios, se apoya en dos resoluciones que, poniendo las cosas en su real contexto, fueron emitidas con anterioridad a la promulgación de la vigente Constitución Política del Perú (acontecida el 29 de diciembre de 1993), la que, como ya se señaló, contiene un capítulo atinente al régimen económico, cuyo objetivo ha sido, sin duda, incentivar el desarrollo económico, promoviendo, entre otros, la libre iniciativa privada y el pleno goce de las libertades patrimoniales.

34. Y si bien también ha sido intención del Constituyente proteger el Patrimonio Cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública (cfr. artículo 21 de la Constitución), tal protección tiene que ser compatibilizada con el resto de valores que protege y promueve el Estado constitucional peruano, lo que implica en puridad la toma de decisiones razonables y coherentes con lo que este modelo de Estado defiende.

35. En tal sentido, cabe preguntarse si ha sido razonable la actuación de la emplazada al establecer la intangibilidad de los terrenos de la accionante y si este accionar se condice con un marco de respeto

al impulso de la economía que ha elegido el Constituyente o, por el contrario, si ese accionar resulta arbitrario, desproporcionado y vulneratorio de bienes constitucionales.

36. Al respecto, este Tribunal debe señalar que no es lógico ni consecuente que el Estado otorgue un marco normativo para la inversión privada en determinado asunto para después trastocar completamente dicho marco, como lo ha hecho el INC en el presente caso con la aludida Resolución Directoral Nacional 1342/INC, que aprobó el plano que declara intangibles los terrenos de Gremcitel, y la Resolución Directoral Nacional 1669/INC, de fecha 11 de diciembre de 2007, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Gremcitel contra la primera.

37. Estas resoluciones directorales tienen, evidentemente, un impacto negativo en los proyectos inmobiliarios que, sobre los predios de su propiedad, Gremcitel tenía previsto desarrollar; y salta a la vista la violación del derecho a la libertad de empresa que se ha cometido contra esta, pues, habiendo invertido sumas considerables para desarrollar los proyectos urbanísticos en los terrenos circundantes al Morro Solar, que son de su propiedad, tenía, como es lógico, legítimas expectativas de llevar a cabo las obras, culminar los proyectos y obtener un beneficio económico por ello, lo que ahora ha sido impedido por las decisiones que ha tomado la emplazada.

Sobre la vulneración del principio de confianza legítima

38. Hay que añadir que la actuación del INC afecta el principio de confianza legítima, que es tributario de la seguridad jurídica.

39. Al respecto, en la Sentencia 0016-2002-AI/TC, publicada el 25 de noviembre de 2002, este Tribunal Constitucional señaló, en cuanto al principio de la seguridad jurídica, lo siguiente:

> *El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad 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) […].*

40. En dicha oportunidad, el Tribunal destacó el respeto que merecen los derechos fundamentales por parte del Estado, pues su accionar se encuentra vinculado con este principio:

> […] cuando se trata de vincular la seguridad jurídica al derecho de propiedad, tal como ocurre en el caso de autos, aquélla no sólo debe garantizar el mantenimiento del statu quo, de forma tal que al individuo se le asegure el mantenimiento de su situación jurídica en la medida en que no se presenten las condiciones que la ley haya previsto para su mutación, sino que el principio se convierte en requisito indispensable para el desarrollo de los pueblos, en tanto permite crear la certidumbre institucional que dota a los individuos de la iniciativa suficiente para […] dar lugar a la generación de riqueza.

41. El principio de seguridad jurídica es, claramente, una garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y consolida la interdicción de la arbitrariedad, pues permite afirmar la predictibilidad de las conductas, en especial, las de los poderes públicos frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho (cfr. Sentencia 01601-2012-AA/TC, fundamento 24).

42. Dentro de este principio subyace, como está dicho, el principio de confianza legítima, ahora regulado en el Artículo IV, numeral 1.15, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, modificada por el Decreto Legislativo 1272, que a la letra dispone:

> 1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

> Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.
>
> La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

43. Este principio, que se deriva de los postulados inherentes a un Estado constitucional, obliga en puridad a que la Administración Pública no realice cambios o alteraciones intempestivas e incongruentes que perjudiquen las expectativas legítimas de los administrados, de tal modo que constituye un límite de la potestad invalidante del Estado y garantiza que se mantengan las condiciones originarias por este ofrecidas.

44. Es evidente, entonces, que el accionar del INC, materializado en las resoluciones mencionadas, contraviene frontalmente este principio, pues, habiendo propiciado el Estado el desarrollo de proyectos inmobiliarios en los terrenos circundantes a la Costa Verde, la emplazada ha realizado, de forma intempestiva e incongruente con esa finalidad, actos posteriores que, a la postre, terminaron por frustrar los proyectos cercanos al Morro Solar de Chorrillos.

45. De este modo, el marco jurídico especial establecido por la Ley 26306 y su reglamento para el denominado Corredor Ribereño de la Costa Verde ha sido obviado por la emplazada en este distrito.

46. El INC pretende que una resolución directoral, que es norma infralegal, altere lo que establece la propia Constitución, así como también la citada Ley 26306, que son normas jerárquicamente superiores a las resoluciones directorales que emitiera. Se aprecia, por tanto, una vulneración grave y manifiesta del principio de jerarquía normativa, previsto en el artículo 51 de la Constitución.

Sobre la alegada intangibilidad de los terrenos de la demandante

47. De otro lado, respecto al argumento de la demandada en el sentido de que los terrenos de la actora ya tenían la condición de intangibles

por haberlo determinado así la Resolución Suprema 219-77-VC-1100, este Tribunal debe señalar que la propia Ley 26306, además de reconocer la propiedad del corredor ribereño denominado Costa Verde a diversas municipalidades distritales de la provincia de Lima y promover el desarrollo de esta zona mediante un Plan Maestro de Desarrollo que permitía la venta de los terrenos a particulares, dispuso claramente en su artículo 5 que quedaban derogadas todas las disposiciones que se oponían a dicha ley.

48. En consecuencia, la Resolución Suprema 219-77-VC-1100, norma que evidentemente entraba en contraposición con el Plan Maestro de Desarrollo de la Costa Verde, pues supuestamente decretaba la intangibilidad de los terrenos colindantes al Morro Solar, ha quedado sin efecto, por cuanto ¿qué sentido tiene que desde el Congreso se dicte una ley para promover la inversión privada, permitiendo la venta de terrenos en la Costa Verde para ejecutar proyectos de construcción, si estos terrenos son finalmente intangibles? De esto último se desprende que la tesis del INC, de considerar que los terrenos aledaños al Morro Solar mantuvieron la supuesta intangibilidad, no resiste el menor análisis.

49. Cabe señalar, además, que el Decreto Ley 19033, Normas sobre Bienes Muebles e Inmuebles del Patrimonio Monumental de la Nación, bajo cuyo amparo se dictó la Resolución Suprema 219-77-VC-1100, dispuso literalmente en su artículo 3 lo siguiente:

> Los inmuebles de las épocas Colonial y Republicana, que por sus méritos arquitectónicos, estéticos, urbanísticos, históricos o documentales, deben ser conservados y puestos en valor, requieren ser declarados expresamente como monumentos por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Educación, debiendo inscribirse la declaración en el Registro de la Propiedad Inmueble

Sin embargo, la Resolución Suprema 219-77-VC-1100 fue emitida por el Ministerio de Vivienda y no tuvo refrendo del Ministerio de Educación, acto por el que se le da validez a una norma como la citada. Además de eso, no se aprecia que se haya cumplido con inscribir la declaración en el Registro de la Propiedad Inmueble como disponía claramente el precitado artículo 3 del Decreto Ley 19033.

50. Más aún, en autos obran documentos oficiales emitidos por la Comisión Permanente de Historia del Ejercito del Perú, perteneciente al Ministerio de Defensa, comisión que, a la luz de los legajos y partes de guerra pertinentes, concluye que los terrenos adquiridos por la empresa Gremcitel para el desarrollo de sus proyectos inmobiliarios no se encuentran en el lugar que fue escenario de la Batalla de Chorrillos, por lo que no tiene sentido que haya hecho extensiva hasta estos una cuestionable intangibilidad, lo que hace denotar el proceder irrazonable y desproporcionado de la emplazada.

51. Así, a fojas 741 del expediente obra copia legalizada del Oficio 490- CPHEP/SCIH/7.00, de fecha 20 de diciembre de 2010, suscrito por el Coronel EP Alan Torrico Lapoint, en su calidad de director de la Comisión Permanente de Historia del Ejercito del Perú, en el que, entre otros aspectos, se detalla el sitio de combate:

> La línea de defensa de San Juan, estuvo ubicada entre los cerros San Francisco y el Morro Solar y estaba formada por: a) El ala derecha peruana, donde se hallaba el Primer Cuerpo del Ejercito comandado por el coronel Miguel Iglesias, que ocupaba las colinas al pie del cerro Marcavilca hasta la cumbre más al occidente de los cerros Zigzag. b) En el centro, el Cuarto Cuerpo de Ejército del coronel Andrés A. Cáceres, en las cumbres central y oriental del Zigzag hasta el cerro Viva el Perú, frente a la Hacienda San Juan. c) En la izquierda, el Tercer Cuerpo del Ejército con el coronel Pastor Dávila, que ocupaba la cerrillada de Pamplona hasta el cerro San Francisco y d) El Segundo Cuerpo de Ejército, con Belisario Suárez, ubicado como reserva en la Hacienda San Juan. Cerca de 15,000 hombres defenderían esta línea.
>
> Debido a que este informe se refiere específicamente al sector defendido por Miguel Iglesias, diremos que este cuerpo contaba con 8 batallones y cerca de 50 piezas de artillería, en donde prácticamente finalizó el combate, por eso es preciso señalar el lugar de su ubicación en el Morro Solar, elevación que comprende los siguientes puntos: Punta del Salto del Fraile, Brazo Marcavilca La Chira y Marcavilca Este.

[…]

Respecto a las defensas del Morro, nos remitiremos al Parte Oficial del Comandante General de las Baterías de Chorrillos y Miraflores, el Coronel Arnaldo Panizo, con fecha 9 de febrero de 1881, describe con detalle estas posiciones:

> "…En la eminencia que une el extremo Sur de la bahía de Chorrillos, i el comienzo de la altura más culminante, denominada 'Marcavilca', se habían establecido dos baterías: la primera i principal, nombrada 'Mártir Olaya', estaba situada en la planicie más elevada del Morro de Chorrillos
>
> La segunda batería, denominada 'Provisional', estaba situada en una meseta que avanzaba hacía el valle, quedando oculta del mar por su retaguardia, sin ser vista más que por la bahía, dominaba toda la campiña i caminos que conducen a San Juan y Villa a Chorrillos.
>
> Entre estas dos baterías, había una distancia próximamente de 1000 metros i las desigualdades del terreno, en dicha extensión, les hacía imposible verse ni observarse entre sí.
>
> La caleta de 'La Chira', situada al sur de estas fortificaciones, se encuentra separada de ellas i oculta por una gran eminencia, que se levanta a inmediaciones de la batería 'Provisional', denominada la 'Marcavilca'. Desde su cima se domina i defiende, no sólo la caleta nombrada, sino todos los arenales limitados por el valle i el más recóndito repliegue, en todas las direcciones de un círculo i una inmensa distancia. Era, pues, la llave de nuestras Baterías, i por consiguiente importante colocar allí artillería de menor calibre, que al mismo tiempo que ofendía al enemigo a larga distancia, impedía todo desembarque por la caleta 'Chira', i apoyada por una fuerte división del Ejército, impedía fuese tomada por el enemigo, que con sus fuegos de infantería, por completo, las baterías de mi mando.

Luego de hacer una prolija descripción de la batalla, acontecida el 12 de enero de 1881, el informe concluye en lo siguiente:

> Llegando al final de esta exposición, la Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú (CPHEP), puede afirmar, a la luz de los documentos o partes de guerra oficiales que, los terrenos adquiridos al Estado peruano por la empresa GREMCITEL y que se adjuntan en un plano demarcado en líneas azules, no constituyen escenario de esta heroica resistencia, no debiendo ser considerados dichos terrenos como Patrimonio Histórico Cultural de la Nación, en vista que en dichos lugares no se desarrollaron las acciones principales de la batalla de San Juan.

52. De fojas 748 a 753, aparecen planos que delimitan el lugar donde se desarrolló la Batalla de Chorrillos y están también visiblemente delimitados en estos los terrenos adquiridos por Gremcitel, apreciándose que no se superponen al escenario del conflicto.

53. Ahora bien, debemos señalar que no está mal que se observe el pasado para recordar y valorar la gesta de hombres y mujeres que dieron su vida por la patria en la Guerra con Chile, pero con la excusa de proteger una memoria histórica, que evidentemente debe existir en toda Nación, no se pueden cometer ni convalidar actos arbitrarios y antojadizos que afectan derechos fundamentales y menoscaban el desarrollo económico que propugna la Constitución; es decir, que tienen un impacto hacia el futuro. Es lógico que ahora se quiera también proteger el morro, por ser el teatro donde se desarrolló la Batalla de Chorrillos; lo que no es lógico ni razonable es que la cuestionada intangibilidad, como se ha señalado, se extienda más allá, a terrenos aledaños a este, comprendiendo un espacio de más de 1 500 000 de m^2, en el que no se realizó la resistencia del mismo.

54. Por lo demás, la vigente Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece en su artículo 6, numeral 6.4, expresamente lo siguiente:

> Todo bien inmueble integrante del Patrimonio cultural de la Nación de carácter prehispánico es de propiedad del Estado, así como sus partes integrantes y/o accesorias y sus

> componentes descubiertos o por descubrir [...]. Dicho bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación tiene la condición de intangible, inalienable e imprescriptible, siendo administrado únicamente por el Estado.
>
> [...]
>
> 6.4 El bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación que pertenezca al periodo posterior al prehispánico, de propiedad privada, conserva la condición de particular. Su propietario está sujeto a las obligaciones y límites establecidos en la presente Ley.

55. Vale decir, solo establece la intangibilidad en el caso de bienes que pertenecen a la etapa prehispánica de la historia del Perú. Empero, en el caso materia de análisis, la relevancia histórica y cultural del Morro Solar de Chorrillos radica en el hecho de haber sido escenario de una batalla ocurrida en la época republicana; por lo tanto, al habérsele dado la calificación de "intangible" a los terrenos de la empresa demandante, la resolución cuestionada contraviene el texto expreso de la Ley 28296, antes citada.

56. En cuanto al argumento de la emplazada referido a que en 1986 se declaró como "monumento" al Morro Solar de Chorrillos, este Tribunal debe señalar que ello no supone que cuando se adquirieron los terrenos de La Chira, La Herradura y Punta del Sol en virtud de lo dispuesto por la Ley 26306, estos ya formaban parte de una zona intangible, pues, como se ha precisado anteriormente, esta ley le otorgó la propiedad de los terrenos a las municipalidades ribereñas, las facultó a venderlos y, además, dejó sin efecto toda norma que se le opusiera.

57. A ello debe añadirse que, a diferencia de la resolución suprema de 1977, la Resolución Ministerial 794-86-ED, que declaró monumento al Morro Solar de Chorrillos, no estableció calificación de intangible para dicho bien.

58. Finalmente, la actuación del INC obliga a este Colegiado a pronunciarse y dejar en claro que la finalidad buscada por el INC, de proteger los monumentos históricos, en ningún modo le autoriza para actuar de la forma en que lo hizo, máxime si anteriormente se había

generado en la actora una confianza legítima, incluso por parte del propio INC (que primigeniamente le otorgó los CIRA); confianza de que sus inmuebles no podían ser afectadas por una declaratoria de intangibilidad que le impidiera finalmente ejercer la libertad de empresa. Tal accionar, a juicio de esta Alta Corte, visiblemente afecta este derecho fundamental de la recurrente.

59. Por ello, su pretensión resulta legítima y, por tanto, consideramos que las Resoluciones Directorales 1342/INC y 1669/INC, expedidas por la entidad demandada, deben ser declaradas inaplicables para la actora, así como sin efecto cualquier otro acto que se contraponga al desarrollo de los proyectos inmobiliarios en los terrenos de La Herradura, La Chira y Puente del Sol; proyectos que tienen que realizarse en estricto cumplimiento del marco establecido por la Ley 26306 y su reglamento.

60. En cuanto a la Resolución Directoral Nacional 1137/INC, mediante la cual, como ya se precisó, se desafectó la condición arqueológica del área ocupada por 13 asentamientos humanos en la Parcela A de la zona arqueológica monumental conocida como Armatambo-Morro Solar; se declaró como patrimonio cultural de la Nación a la referida zona; y se aprobó su expediente técnico, disponiendo que se realice el trámite de inscripción en los Registros Públicos; este Tribunal no advierte que esta resolución haya afectado los terrenos adquiridos por Gremcitel y, por ende, que haya afectado sus derechos constitucionales, por lo que debe desestimarse la demanda en este extremo.

Por las consideraciones expuestas, y con abstención del magistrado Sardón de Taboada aprobada en la sesión del Pleno del 2 de julio de 2019, nuestro voto es por lo siguiente,

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad de empresa y el principio de confianza legítima.

2. Declarar **INAPLICABLES** las Resoluciones Directorales 1342/INC y 1669/INC, emitidas por el Instituto Nacional de Cultura, fusionado en la actualidad al Ministerio de Cultura en virtud del Decreto Supremo 001-2010-MC, respeto de los terrenos de las partes demandantes cuyas partidas registrales constan en autos;

3. **ORDENAR** al Ministerio de Cultura que se abstenga de impedir a la empresa Gremcitel S.A. el desarrollo de sus proyectos inmobiliarios en los predios La Herradura, La Chira y Punta Sol, al amparo de la Ley 26306 y su reglamento, bajo sanción de aplicarse las medidas de apercibimiento que establece el artículo 22 del Código Procesal Constitucional; con el abono de costos del proceso; y

4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en relación al pedido de dejar sin efecto la Resolución Directoral Nacional 1137/INC.

SS.

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE BLUME FORTINI

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.2. PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS

Pleno. Sentencia 526/2021
EXP. N.° 01504-2019-PHC/TC
LIMA
MAHMOUD ALI HASSEIN ALI SHEHABALDEEN, REPRESENTADO POR JESÚS GUILLERMO CHANG MARTÍNEZ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 20 de abril de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) han emitido la siguiente sentencia:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho al debido procedimiento y el derecho de protección a la familia.

2. En consecuencia, **nulas** la Resolución de Gerencia 5750-2018- MIGRACIONES-SM-CCM y la Resolución de Gerencia 8742-2018-MIGRACIONES-SM-CCM;

3. Debiendo la demandada emitir un nuevo acto administrativo conforme a las precisiones efectuadas en esta sentencia.

Asimismo, el magistrado Ferrero Costa, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

Los magistrados Miranda Canales y Sardón de Taboada emitieron votos singulares, coincidiendo en declarar 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.

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 20 días del mes de abril de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, y con los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Sardón de Taboada, que se agregan. Asimismo, se deja constancia que el magistrado Ferrero Costa votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jesús Guillermo Chang Martínez a favor de don Mahmoud Ali Hassein Ali Shehabaldeen contra la resolución de fojas 227, de fecha 1 de marzo de 2019, expedida por la Sala Penal de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de habeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de agosto de 2018, don Jesús Guillermo Chang Martínez, en representación de la Asociación Civil de Defensa del Migrante, interpone demanda de habeas corpus contra el Gerente de Servicios Migratorios-MIGRACIONES, abogado Henry Paricahua Carcausto, en favor de Mahmoud Ali Hassein Ali Shehabaldeen, de nacionalidad palestina. Aduce la afectación de los derechos del beneficiado a la libertad individual - libre de tránsito, debido proceso administrativo, protección al matrimonio y familia, a elegir su residencia y a la dignidad humana, conexos con la libertad individual.

Señala que el favorecido es un ciudadano extranjero casado con una ciudadana peruana, por lo que se encuentra bajo los alcances del Decreto Legislativo 1350 y del Decreto Supremo N° 007-2017-IN; pero, que, no obstante ello, de manera arbitraria e ilegal se le ha denegado la residencia en territorio peruano con la calidad migratoria de familiar de residente. Precisa que el 21 de junio de 2017, el favorecido solicitó el cambio de su calidad migratoria de turista a familiar residente ante Migraciones, generándose el Expediente Administrativo N° LM170238240 y que en

el mismo se emitió la Resolución de Gerencia N° 5750-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 22 de marzo de 2018, que además de ser arbitraria e ilegal, carece de motivación suficiente. Agrega que cumplió con todos los requisitos y pagos establecidos para la reunificación familiar y/o la obtención de la calidad migratoria de familiar residente por estar casado con una ciudadana de nacionalidad peruana.

La denegatoria de su pedido se basó en el Acta De Verificación Domiciliaria No 117-2018-MIGRACIONES-SM-VF, de fecha 15 de febrero de 2018, la misma que concluyó que: i) No ha sido posible verificar el vínculo conyugal del citado extranjero en cuya razón no guarda convicción en relación al vínculo conyugal, al no tener respuesta alguna por el personal de la Subgerencia de Verificación y Fiscalización: ii) De la documentación proporcionada por el solicitante se advierte que el mismo se encuentra laborando bajo el cargo de chef, con una remuneración mensual de S/ 3,000.00 (Tres Mil y 00/100 Soles) para la empresa unipersonal Elhatel Ahmad de Hamide.

Sobre el primer punto, señala que de conformidad con lo regulado en el Código Civil, la prueba del matrimonio es la partida o acta de celebración de dicho acto jurídico; por otro lado, precisa que si bien en un primer momento manifestó que desarrollaba trabajo remunerado, pese a su condición de turista, ello podría significar una falta a la ley migratoria que debe ser sancionada, pero que en modo alguno puede ser un elemento legal para desestimar la unidad familiar y ocasionar el fracturamiento del matrimonio. Agrega que el acta de verificación se encuentra viciada de nulidad porque la misma persona que realizó la verificación también efectuó la toma de declaraciones sin las formalidades exigidas conforme a la Ley 27444.

La procuradora pública a cargo del Sector Interior contestó la demanda (f. 134) recordando lo previsto en el Decreto Supremo N° 007-2017-IN, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N” 1350 - Decreto Legislativo de Migraciones, en relación con el ingreso, permanencia y variación de calidad migratoria de los extrajeron en el territorio peruano.

A fojas 149 obra la declaración explicativa del demandado Henry Paricahua Carcausto, quien señaló, entre otras cosas, que el favorecido, pese a tener la calidad migratoria de turista, al presentar su solicitud de cambio de condición migratoria se encontraba realizando actividades

laborales remuneradas, lo que no se condice con su calidad migratoria de turista; además, la realidad no se correspondía con el vínculo conyugal que manifiesta tener con una ciudadana peruana y que su matrimonio tendría características de presunta simulación.

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima declaró infundada la demanda (f. 185) por estimar que en realidad lo que busca el demandante, a través del presente habeas corpus, es obtener una calidad migratoria que le permita la permanencia en territorio nacional, lo que no es competencia del Juez constitucional. Consideró, además, que la entidad demandada denegó al beneficiado el pedido de variación de su calidad migratoria, no sólo en base a la verificación domiciliaria efectuada, sino también porque venía realizando actividad laboral teniendo la visa de turista, calidad migratoria que no lo habilita para ello.

A su turno, la Sala revisora confirmó la sentencia de apelada (f. 227), fundándose en que el otorgamiento de la calidad migratoria es una potestad del Estado y que la entidad demandada denegó la solicitud de cambió de calidad migratoria del beneficiado tras realizar actos de verificación de la información proporcionada en relación con su vínculo conyugal. Además, considera que no es atendible el argumento del favorecido de que desconocía que no podría realizar trabajo remunerado teniendo la calidad de turista. Agrega que el derecho del extranjero a permanecer y circular libremente dentro de un país, no es un derecho absoluto sino que está supeditado a determinados requisitos y condiciones que previstos en los acuerdos, tratados o la legislación interna de cada Estado.

FUNDAMENTOS

I. Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme se aprecia de autos, la parte recurrente cuestiona la Resolución de Gerencia N° 5750-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, que declaró improcedente su solicitud de cambio de calidad migratoria de turista a familiar de residente. Alega la afectación de sus derechos a un debido proceso administrativo y a la protección de su matrimonio y familia por parte del Estado, en conexidad con el derecho a la libertad individual y al libre tránsito que le permita movilizarse regular y legalmente sin restricciones algunas dentro del territorio peruano.

2. Ahora bien, teniendo en consideración que en dicho procedimiento administrativo el actor interpuso recurso de reconsideración contra la resolución citada supra, el mismo que fue desestimado mediante Resolución de Gerencia N° 8742-2018- MIGRACIONES-SM-CCM, y contra la cual también se pronuncia en los argumentos que sirven de sustento a la demanda, ella también será materia de control.

II. Derecho al debido procedimiento administrativo

3. El Tribunal constitucional, en la sentencia emitida en el expediente 03891-2011- PA, reiterando lo que en más de una oportunidad dejó sentado en relación al debido procedimiento administrativo, señaló que

> 12. […] el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.
>
> 13. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).
>
> 14. El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el

> hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.

4. Cabe recordar, además, que, tal como se señaló en la sentencia 02744-2015-PA, en cuanto a las garantías formales del debido procedimiento administrativo, este Tribunal ha tenido oportunidad de reconocer, entre otros, los siguientes derechos: a la notificación del acto administrativo (STC 05658-2006-PA/TC), de acceso al expediente (STC 1109-2002–AA/TC), de defensa, a ofrecer y producir pruebas (STC 03741-2004-PA/TC), a una decisión motivada y fundada en derecho (STC 8495-2006-PA/TC), presunción de licitud (STC 2192-2004-AA/TC), al plazo razonable (STC 1966-2005-PHC/TC), a ser investigado por una autoridad competente e imparcial (STC 0071-2002-AA/TC), a impugnar las decisiones administrativas (STC 03741-2004-PA/TC), así como la garantía del ne bis in ídem (STC 2050-2002-AA/TC) y el principio de publicidad de las normas procedimentales (STC 01514-2010-PA/TC).

Derecho constitucional a la debida motivación

5. Por otro lado, en relación con el derecho a la motivación de las resoluciones, en la misma sentencia emitida en el en el expediente 03891-2011-PA, este Tribunal Constitucional ha dejado sentado que

> 16. En todo Estado constitucional y democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

17. La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3º y 43º de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso.

…

19. El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que la administración exprese las razones o justificaciones objetivas que la lleva a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

20. De otro lado, la motivación puede generarse previamente a la decisión –mediante los informes o dictámenes correspondientes– o concurrentemente con la resolución, esto es, puede elaborarse simultáneamente con la decisión. En cualquier caso, siempre deberá quedar consignada en la resolución. La Administración puede cumplir la exigencia de la motivación a través de la incorporación expresa, de modo escueto o extenso, de sus propias razones en los considerandos de la resolución, como también a través de la aceptación íntegra y exclusiva de lo establecido en los dictámenes o informes previos emitidos por sus instancias consultivas, en cuyo caso los hará suyos con mención expresa en el texto de la resolución, identificándolos adecuadamente por número, fecha y órgano emisor.

21. Es por ello que este Tribunal reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión; de modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no solo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

22. En esta misma dirección y ya en el plano legal, el artículo 6º, inciso 3º de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que: "(...) no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto". De otro lado, el numeral 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la citada Ley establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con el numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley.

23. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en tanto constituye una condición impuesta por la Ley N.° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.

Derecho a la protección de la familia

6. Al respecto cabe señalar que este Tribunal también ha tenido oportunidad de pronunciarse; así, en la sentencia emitida en el Expediente 2744-2015-PA, señaló que:

> 30. Este derecho deriva de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual: "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". Al respecto, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad", debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. A nivel regional, este derecho se desprende de lo establecido en el numeral 1 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que entiende que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".
>
> 31. Sobre el particular, la Corte IDH, en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina, donde el denunciante solicitaba que el Estado disponga la interrupción de la guarda y la restitución de su hija biológica de la pareja que la tenía consigo, ha indicado que este derecho "(…) conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar", de modo tal que considera: […] como una de las interferencias estatales más graves a aquella que tiene por resultado la división de una familia (…), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales […]. [Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 116].
>
> 32. En consecuencia una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran. Ello en tanto se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una

adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que esta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros. […].

Análisis del caso concreto

7. En el presente caso, de la copia certificada del expediente administrativo N° LM170238240, remitido por la Gerencia de Servicios Migratorios (f. 40), consta que con fecha 21 de junio de 2017, el favorecido solicitó el cambio de su calidad migratoria de turista a familiar de residente, acompañando para el efecto, el acta de matrimonio con la ciudadana peruana Nora Luzmila Huamán Enciso.

8. Mediante Carta N° 00694-2017-SM-VF-MIGRACIONES, notificada al beneficiado el 30 de noviembre de 2017 en la dirección señalada como su domicilio conyugal (fs. 112, anverso y reverso), la Sub Gerencia de Verificación y Fiscalización de la Superintendencia Nacional de Migraciones, encargada de verificar la información y documentación brindada por los administrados, solicitó al beneficiado que presentara los siguientes documentos:

   - Sustento fotográfico que evidencia su relación conyugal con su esposa, la ciudadana peruana Nora Luzmila Huamán Enciso, desde la época anterior al matrimonio (época de amistad, noviazgo) y demás eventos posteriores.

   - De realizar actividades laborales, copia de sus tres últimos recibos por honorarios o tres (3) últimas boletas de pago de los últimos meses, precisándonos si las actividades laborales que realiza las presta en forma independiente o en relación de dependencia, indicando los datos del empleador/empresa en la cual estaría trabajando.

   - En caso no tuviera vínculo laboral o no prestara servicios, sírvase remitir copia de otra documentación que acredite y sustente los ingresos económicos de su matrimonio con la ciudadana peruana Nora Luzmila Huamán Enciso.

   - Copia de cualquier documento público o privado que evidencien la adquisición y/o compra de bienes muebles e inmuebles de la sociedad conyugal.

> En caso de no poseer la documentación solicitada o de no encontrarse actualmente trabajando, sírvase igualmente precisar esta situación en su escrito de respuesta.

9. El beneficiado, mediante documento de la página 82, presentó las instrumentales que consideró pertinentes para subsanar las observaciones efectuadas por la Sub Gerencia de Verificación y Fiscalización. Por otro lado, a fojas 70 obra el Acta de Verificación Domiciliaria 117-2018-MIGRACIONES-SM-VF.

10. Mediante Resolución de Gerencia N° 5750-2018-MIGRACIONES-SM-CCM (fs. 67-68), el Gerente de Servicio Migratorios declaró improcedente la solicitud de cambio de calidad migratoria de turista a familiar de residente, formulado por el beneficiario, basándose en el Informe N° 5566-2017-MIGRACIONES-SM-IN (f. 68, anverso y reverso), así como el Acta de Verificación Domiciliaria 117-2018- MIGRACIONES-SM-VF (fs. 70-71) y en los documentos de subsanación presentados por el beneficiario a requerimiento de la Subgerencia de Verificación y Fiscalización. Así, en dicha resolución la autoridad migratoria concluyó que

> […] la Subgerencia de Verificación y Fiscalización, mediante Acta de Verificación Domiciliarla N° 117-2018-SM-VF-MIGRACIONES, de fecha 15 de febrero de 2018, concluye que en mérito de las diligencias efectuadas y de la evaluación de la documentación recabada se ha determinado, entre otros, lo siguiente "i) No ha sido posible verificar el vínculo conyugal del citado extranjero en cuya razón no guarda convicción en relación al vínculo conyugal, al no obtener respuesta alguna por el personal de la Subgerencia de Verificación y Fiscalización; ii) De la documentación proporcionada por el solicitante se advierte que el mismo se encuentra laborando bajo el cargo de cheff, con una remuneración mensual de S/ 3,000.00 (Tres Mil y 00/100 Soles) para la empresa unipersonal Elhatel Ahmad de Hamiden Lina.". (sic).

11. Contra dicha resolución, el favorecido interpuso recurso de reconsideración (fs. 48- 54) arguyendo que ni él ni su esposa fueron informados sobre el día y la hora en que se realizaría la verificación domiciliaria; señaló, además, que la impugnada se encuentra

afectada de vicios en la motivación pues no se explica cuáles fueron las diligencias efectuadas para concluir que su matrimonio no causaba convicción en la administración. Por otro lado, en relación con las actividades económicas que venía realizando, precisó que en realidad nunca efectuó trabajo remunerado y que presentó la documentación adjunta a su escrito de subsanación debido a una mala orientación de supuestos abogados que se encontraban en las afuera de la Oficina de Migraciones, pero que, en todo, caso habría incurrido en una falta administrativa que no debería implicar su expulsión, teniendo en cuenta su vínculo familiar, por lo que pide que se acceda a su solicitud de cambio de condición migratoria de turista a familiar de residente.

12. Mediante Resolución de Gerencia N° 8742-2018-MIGRACIONES-SM-CCM (fs. 42 y 43, anverso y reverso), la administración, basándose en el informe N° 12043-2018- MIGRACIONES-SM-IN (fs. 44 - 45) y en el acta de verificación domiciliaria referida en el fundamento 11 supra, declaró infundado el recurso formulado por el beneficiario, argumentando que las actuaciones conducentes a la verificación y validación de la información proporcionada para la tramitación de su solicitud de cambio de condición migratoria, se encausan dentro de los alcances de la figura de una visita inopinada realizada al domicilio conyugal, encontrándose la administración facultada para la elaboración de actas sobre las declaraciones que hayan sido recabadas, no sólo a los administrados, sino también a terceras personas que brinden credibilidad respecto de la indagación efectuada. En relación con los documentos referidos al trabajo remunerado del beneficiario, se señala que los mismos se encuentran revestidos por el principio de veracidad y que una declaración en contrario a lo inicialmente expuesto constituye una clara contravención al principio de buena fe procedimental y que la participación en la emisión de dichos documentos constituiría, incluso, un ilícito penal, y para el beneficiado acarrearía la imposición de una multa. Así pues, dicha resolución declaró infundado el recurso, básicamente por no considerar acreditada la existencia del vínculo conyugal y por no haber adecuado su actuación a la buena fe procedimental.

13. Ahora bien, estando a que ambas resoluciones administrativas se basaron en los informes legales de las páginas 44 y 68, los mismos que, a su vez, se fundaron en el Acta de Verificación Domiciliaria

117-2018-MIGRACIONES-SM-VF realizada por los funcionarios de la Oficina de Verificación y Fiscalización, para concluir que no se encontraba acreditada la relación conyugal del beneficiado, es menester analizar el contenido de ese último documento. Así, de su lectura se puede apreciar que en la misma los citados funcionarios dejaron constancia que el día 15 de febrero de 2018 acudieron a la dirección señalada por el beneficiado y doña Nora Luzmila Huamán Enciso como su domicilio conyugal y que

> […] toca[ron] el timbre en reiteradas ocasiones por un periodo de 10 minutos sin respuesta alguna. En ese mismo acto personal de la sub gerencia consultó al vigilante de la cuadra una persona de sexo masculino de aproximadamente 50 años el mismo que no se identificó manifestó que el administrado vive en el inmueble y que normalmente llega por las noches. Asimismo una persona de sexo femenino de aproximadamente 45 años que vive en la misma cuadra del administrado refirió que no lo ve hace aproximadamente un mes y que aparentemente es cheff por la forma como lo ve que se viste, asimismo añadió que una señora viene a recogerlo en una camioneta blanca. (sic).

14. Examinadas las resoluciones materia de cuestionamiento, con vista al contenido del acta de visita en que se respaldan, se puede concluir que ambas carecen de suficiente motivación en la medida en que no justifican de una manera lógica y razonable, cómo es que en ellas el Gerente de Servicios Migratorios llega a la conclusión de que no se evidencia el vínculo conyugal del beneficiado con Nora Luzmila Huamán Enciso, únicamente a partir de la información consignada en el acta de verificación antes citada. En efecto, en dicha acta consta que los funcionarios de la Subgerencia de Verificación y Fiscalización tocaron el timbre del inmueble visitado, pero nadie abrió la puerta, lo que significa que ni el beneficiado ni su cónyuge se encontraban allí en la fecha y hora en que se realizó la única visita inopinada de verificación; al respecto, debe señalarse que autos obra la copia certificada del cargo de recepción firmado por el beneficiado (fs. 112, anverso y reverso), de la Carta N° 00694-2017-SM-VFMIGRACIONES que le fuera remitida a esa misma dirección requiriéndole la presentación de los documentos referidos en el fundamento 8 de esta resolución.

Por otro lado, en la mencionada acta también se hace referencia a la entrevista efectuada a dos personas que no se identificaron, una de ellas sería el vigilante de la cuadra, quien habría manifestado que el favorecido sí vive en el inmueble visitado pero que llega en las noches; en tanto que la otra, una persona de sexo femenino, sería una vecina de la cuadra que, a diferencia del vigilante, habría manifestado que no ve al favorecido hace un mes y que lo recoge una señora en una camioneta blanca, no constando que alguno de los entrevistados hubieran brindado información sobre la cónyuge del beneficiado ni que se les hubiera formulado alguna pregunta al respecto.

15. Así pues, si bien en cierto la Superintendencia Nacional de Migraciones, de conformidad con los dispuesto en los artículos 166 y 167, inciso 2), del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, aprobado por Decreto Supremo 007-2017-IN, tiene la facultad de efectuar actos de verificación y fiscalización de la información y documentos presentados por los solicitantes y, de ser el caso, denegar las solicitudes formuladas; empero, ello no enerva la obligación legal y constitucional que tiene de motivar debidamente sus resoluciones, es decir, expresar las razones objetivas para tomar determinada decisión, las mismas que deben estar respaldas en hechos acreditados y en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, más si se trata de desestimar un pedido que podría tener incidencia sobre otros derechos, como en este caso, la unidad familiar y el matrimonio.

16. Por otro lado, en lo que concierne a la segunda observación efectuada por la entidad demandada para desestimar la solicitud de cambio de calidad migratoria formulada por el beneficiado, esto es, la presentación de documentos relacionados con el trabajo remunerado que habría estado efectuando, pese a no estar autorizado para el efecto, debe tenerse en cuenta que ello constituiría una falta administrativa que daría lugar a la imposición de una multa, tal como lo estipula el artículo 189, literal e), del Reglamento de la Ley de Migraciones, no así una razón para rechazar su solicitud de cambio de calidad migratoria, tanto más cuanto esta tiene relación directa con la unidad familiar. En todo caso, en relación a la declaración y documentos presentados por el beneficiado en su recurso de reconsideración para demostrar que en realidad no habría efectuado trabajo remunerado, la autoridad migratoria puede iniciar las

investigaciones pertinentes y, de ser el caso, comunicar a la autoridad policial competente, conforme a las disposiciones de la Ley de Migraciones y su reglamento.

17. Así pues, al haberse desestimado la solicitud del favorecido para cambiar su condición de migrante turista a familiar de residente, en virtud de resoluciones que no se encuentran debidamente motivadas, también se afectó el derecho del favorecido a la protección de la familia y el matrimonio, por lo que debe estimarse la demanda.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho al debido procedimiento y el derecho de protección a la familia.

2. En consecuencia, **nulas** la Resolución de Gerencia 5750-2018-MIGRACIONES-SMCCM y la Resolución de Gerencia 8742-2018-MIGRACIONES-SM-CCM;

3. Debiendo la demandada emitir un nuevo acto administrativo conforme a las precisiones efectuadas en esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien me encuentro de acuerdo con la posición en mayoría en el sentido que la demanda de habeas corpus debe ser declarada **FUNDADA**, estimo necesario hacer algunas precisiones.

Inicialmente, la migración internacional fue asumida como un fenómeno de corte laboral económico, sin embargo, el carácter universal e inalienable de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la vigencia del principio derecho de igualdad y no discriminación en su goce, permite afirmar que en la actualidad los alcances del proceso de migración internacional han trascendido ampliamente dicho ámbito. En esa lógica, el primer intento por establecer un documento internacional donde se precise los derechos de las personas migrantes, sin alusión a su condición laboral, se advierte en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de fecha 13 de diciembre de 1985, en la que se reconoce que, según la Declaración Universal de Derechos Humanos: "[. ..] todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, y que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esa declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

Lo propio se advierte en nuestra Constitución, que acoge un tratamiento jurídico igualitario en materia de derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros, con limitaciones excepcionales en el ejercicio de determinados derechos (libertad de tránsito –artículo 2.11–, propiedad –artículo 71–, entre otros). Ello se desprende de lo dispuesto en la parte introductoria de su artículo 2, que prescribe que "toda persona tiene derecho a [...]", sin efectuar distinción alguna entre ambas condiciones jurídicas; y también se colige de lo establecido en el inciso 2 de la misma disposición, que reconoce 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".

Ahora bien, dentro del universo de migrantes es posible distinguir dos condiciones esenciales, aquellos cuya estancia en el Estado del que no son nacionales es regular, y aquellos que por no haber respetado las normas de ingreso o por haber permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados, se encuentran en una situación jurídica irregular. En ese sentido, resulta innegable la relevancia constitucional que adquiere la situación de los migrantes cuya condición jurídica es irregular, pues como puso en evidencia la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución sobre Protección de los migrantes, estos tienen una especial condición de vulnerabilidad. Y ello porque, al no encontrarse en sus países de origen, enfrentan diversas barreras de idioma, costumbres y culturas, además de dificultades económicas, sociales y obstáculos para regresar a su país de origen; y también porque, dada su situación de irregularidad, se encuentran expuestos a ser víctimas de violencia, xenofobia u otras formas de discriminación o trato inhumano o degradante, pese a lo cual evitan ponerse en contacto con las autoridades por el temor a ser puestas en detención migratoria y eventualmente deportadas [Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución sobre Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo].

En tal contexto, se considera de fundamental importancia destacar que, si bien los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, en tanto se trata de medidas destinadas a garantizar la seguridad nacional y el orden público, el ejercicio de esta potestad no puede soslayar dos premisas esenciales:

> En primer lugar, que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas, por lo que el recurso a una eventual detención administrativa debe ser excepcional y siempre que dicha medida se encuentre prescrita por la ley, además de que sea necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar. La privación de libertad de un migrante en situación irregular solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando la persona representa un peligro para

> su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan.
>
> En segundo lugar, que los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria.

La primera premisa resulta acorde con la preocupación manifestada en su oportunidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a propósito del Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, expedido el 2 de abril de 2012, donde se destaca que:

> (...) la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Es importante subrayar que los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y no deben ser tratados como tales. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que "tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias. [Consejo de Derechos Humanos, 20° período de sesiones, párrafo 13].

En ese sentido, se concluye y recomienda que:

> 70. La detención administrativa no debe aplicarse como medida punitiva en caso de infracción de las leyes y reglamentos de inmigración, ya que dicha infracción no debe considerarse delito.

A nivel interno, este aspecto es reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1350, que establece la actual regulación migratoria, cuando reconoce el principio de no criminalización de la migración irregular, en los siguientes términos: "El Estado formula y ejecuta su política migratoria bajo el principio de no criminalización de la migración irregular".

La segunda deriva del tratamiento jurídico igualitario que acoge nuestra Norma Fundamental respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros y que solo admite restricciones excepcionales, razonables y proporcionales vinculadas con la

seguridad nacional (artículo 44), salud pública (artículo 2.11) y el orden interno (artículos 118.4 y 166). Asimismo, se encuentra respaldada por lo dispuesto en el punto 1 de la antes mencionada Resolución sobre Protección de los migrantes, expedida por la Asamblea General de Naciones Unidas [Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución sobre Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000], y a nivel regional, por lo establecido en la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, la cual entiende que:

> [...] la situación [migratoria] regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, corno ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio.

En esa misma línea, la Corte IDH en el caso Vélez Loor vs. Panamá, ha establecido que:

> [...], el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. [Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo, 248].

Ello no implica que los Estados no puedan iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que, al adoptar las medidas que correspondan, estos deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento de su obligación de garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Así, la

legitimidad de las restricciones que establezca el Estado en el ejercicio de los derechos de los migrantes en situación irregular, está sujeta a que se demuestre su condición de límites razonables y proporcionales de tales derechos. La sola condición migratoria irregular de una persona no puede ser invocada, sin más, como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales.

En todo caso, corresponderá a la autoridad administrativa garantizar que, en el ejercicio de sus competencias, la vigencia de los bienes jurídico-constitucionales de seguridad nacional, salud pública y orden interno sea compatible con el respeto a los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular. En torno a ello, la CIDH, en el caso Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos, donde se cuestionaba que la deportación de los peticionarios a su país de origen era lesiva de su derecho a la vida familiar, entre otros, manifestó que:

> De conformidad con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha encontrado que en esta área no son absolutos, ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es ciudadana. En cambio, la CIDH ha coincidido con muchos órganos internacionales en que debe haber una prueba de equilibrio, conforme a la cual se pesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general vis-a-vis los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar.

Por otro lado, respecto a la garantía y derecho al debido procedimiento, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que, este derecho presenta dos dimensiones: procesal y material. La dimensión material, supone la observancia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad. En ese entendido, el Tribunal Constitucional ha señalado que en el caso de restricciones a los derechos o de imposición de sanciones, estas deben contar con una "motivación cualificada" (cfr. Sentencia 00728-2008-HC, fundamento 7; Sentencia 03864 2014-PA, fundamento 27, f; Sentencia 03035- 2012-HD, fundamento 2 y ss.).

En el caso de autos, examinadas las resoluciones materia de cuestionamiento, con vista al contenido del acta de visita en que se respaldan, se aprecia que ambas carecen de una motivación suficiente en la

medida en que no justifican de una manera lógica y razonable, cómo es que en ellas el Gerente de Servicios Migratorios llega a la conclusión de que no se evidencia el vínculo conyugal del beneficiado con Nora Luzmila Huamán Enciso, únicamente a partir de la información consignada en el acta de verificación antes citada. Conforme consta en dicha acta, ni el beneficiado ni su cónyuge se encontraban allí en la fecha y hora en que se realizó la única visita inopinada de verificación.

En la precitada acta se hace referencia también a la entrevista efectuada a dos personas que no se identificaron, una de ellas sería el vigilante de la cuadra, quien habría manifestado que el favorecido sí vive en el inmueble visitado pero que llega en las noches; en tanto que la otra, una persona de sexo femenino, sería una vecina de la cuadra que, a diferencia del vigilante, habría manifestado que no ve al favorecido hace un mes y que lo recoge una señora en una camioneta blanca, no constando que alguno de los entrevistados hubieran brindado información sobre la cónyuge del beneficiado ni que se les hubiera formulado alguna pregunta al respecto.

Si bien es cierto que la Superintendencia Nacional de Migraciones, de conformidad con los dispuesto en los artículos 166 y 167, inciso 2), del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, aprobado por Decreto Supremo 007-2017-IN, tiene la facultad de efectuar actos de verificación y fiscalización de la información y documentos presentados por los solicitantes y, de ser el caso, denegar las solicitudes formuladas; ello no enerva la obligación legal y constitucional que tiene de motivar debidamente sus resoluciones, es decir, expresar las razones objetivas para tomar determinada decisión, las mismas que deben estar respaldas en hechos acreditados y en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, más si se trata de desestimar un pedido que podría tener incidencia sobre otros derechos, como en este caso, la unidad familiar y el matrimonio.

Del mismo modo, en relación con la segunda observación efectuada por la entidad demandada para desestimar la solicitud de cambio de calidad migratoria formulada por el beneficiado, es decir, la presentación de documentos relacionados con el trabajo remunerado que habría estado efectuando, pese a no estar autorizado para el efecto, se debe tener en consideración que ello constituiría una falta administrativa que daría lugar a la imposición de una multa, tal como lo estipula el artículo

189, literal e), del Reglamento de la Ley de Migraciones, pero no a rechazar su solicitud de cambio de calidad migratoria, más aún si existe una relación directa con la unidad familiar.

En consecuencia, al haberse desestimado la solicitud del favorecido para cambiar su condición de migrante turista a familiar de residente, sobre la base de resoluciones que incurren en vicios de motivación, se vulneró el derecho al debido procedimiento, por ende, considero que corresponde declarar fundada la demanda.

S.

RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Estando de acuerdo con el proyecto de sentencia, en el sentido que se declara fundada la demanda. No obstante, considero necesario hacer algunas precisiones.

2. En primer lugar, la migración ha sido desde siempre un fenómeno complejo. En efecto, las grandes movilizaciones o desplazamientos humanos, tanto internos como hacia el extranjero son, además de problemas en sí mismos, reflejo de otros problemas o fenómenos sociales. En ese contexto, considero que los jueces constitucionales deben atender debidamente este fenómeno y entenderlo con especial sensibilidad, afirmando así que todas las personas son titulares de un conjunto de derechos básicos, los cuales no pueden ser dispuestos o vaciados de contenido por el poder político por el solo hecho de tratarse de extranjeros (o en el caso de las migraciones internas, por provenir de otras circunscripciones del mismo Estado). Asimismo, corresponde destacar aquí el deber especial que tiene el Estado con respecto de las personas migrantes, y en especial, aquellas en situación vulnerable, como son, sin ánimo exhaustivo, las personas víctimas del delito de trata de personas (en especial, las mujeres, niñas, niños y adolescentes[78]) y las personas desplazadas por la violencia[79]. Esta exigencia, qué duda cabe, debe operar en todo Estado Constitucional, pues la legitimidad y el límite para el poder político reside en

78 Cfr. Tercer informe alternativo. Balance de la sociedad civil sobre la situación de la trata de personas en el Perú 2014-2015. Capital Humano y Social Alternativo, USAID y Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2015; disponible en: y el Informe Defensorial n.º 158, La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes. Defensoría del Pueblo, Lima, 2013, disponible en: disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-Defensorial-158.pdf

79 Ver la sección sobre "El desplazamiento interno" contenida en el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, disponible en: http://www.cverdad.org.pe /ifinal/pdf/TOMO%20VI/SECCION%20CUARTA-Crimenes%20y%20violaciones%20DDHH/FINAL-AGOSTO/1.9.0%20DESPLAZAMINETO.pdf

el valor de la persona humana, independientemente de su condición de nacional o extranjero, migrante o no.

3. Sobre esa base, es necesario afirmar que, efectivamente, las personas migrantes en el país son titulares de los derechos fundamentales, los cuales deben ser respetados y garantizados por el Estado. Al respecto, como se sabe, el reconocimiento de los derechos y garantías de las personas migrantes ha transitado desde su incorporación en forma general en las normas internacionales de derechos humanos hasta la adopción de instrumentos específicos sobre derechos de las personas migrantes.

4. Asimismo, es importante comprender el fenómeno de la denominada migración o movilidad humana desde un enfoque de derechos humanos, entendiendo que es necesaria la protección de todos los derechos de las personas migrantes. Ello en virtud de que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles. Por ende, es fundamental la protección no solo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales.

5. En esa línea, los derechos humanos de las personas migrantes se encuentran reconocidos tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, dada la dispersa cantidad de normas jurídicas que las recogen, se reseñarán los principales derechos que se reconocen a la persona migrante, a efectos de su relevancia para el presente caso, por lo que la enumeración de derechos que se haga no es limitativa.

6. En primer lugar, el derecho a la igualdad y no la discriminación se encuentra reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 3 del "Protocolo de San Salvador", entre otros. Este derecho garantiza que los migrantes gozan de los mismos derechos humanos al igual que cualquier persona humana. Por ello, y al ser todas las personas iguales ante la ley, se proscribe la diferencia de trato arbitraria.

7. En segundo término, el derecho a la libre circulación goza de reconocimiento en artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A través de este derecho, se garantiza el circular libremente dentro del país en el que se reside legalmente, la libertad de salir de cualquier Estado, incluido el propio país de origen, y el derecho de regresar al propio país. Sin embargo, no implica reconocer el derecho a ingresar a cualquier país, y así lo ha precisado el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 15, "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto", que señala:

> "5. El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.
>
> 6. El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo. Un Estado puede imponer también condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto.".

8. Por otro lado, el debido proceso (o lo señalado como protección de las garantías judiciales) encuentra reconocimiento en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, se reconocen garantías mínimas en los procedimientos migratorios, como son el derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento, derecho a ser

oído, derecho a un juez natural e imparcial, derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos, asistencia consular, entre otros.

9. Finalmente, otro derecho que se garantiza es la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, que está reconocido en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, y en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Este derecho salvaguarda la integridad de las personas migrantes y proscribe cualquier trato inhumano o degradante que menoscabe su dignidad humana, ya sea en los países receptores o en los de tránsito.

10. Respecto del derecho de no ser objeto de tratamientos arbitrarios, como se recordará, existe abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que, lamentablemente, se da cuenta de diversos excesos por parte del gobierno, que en muchas ocasiones ha terminado con la expulsión de personas migrantes. También de manera frecuente, y directamente relacionada a lo anterior, encontramos muchos casos en los que ha constatado la vulneración de los derechos al debido procedimiento administrativo y a la protección de la familia. En este orden de ideas, incluso en su oportunidad se estableció como un "estado de cosas inconstitucional" la ausencia de procedimiento que contenga suficientes "garantías formales y materiales de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador" (Sentencia 02744 2015-PA).

11. Ahora bien, respecto a la garantía y derecho al debido procedimiento, es menester reconocer que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este derecho tiene en efecto una dimensión procesal y otra material. Con respecto a esta última dimensión, ella alude a la observancia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales buscan evitar que incurran en arbitrariedad aquellas decisiones que restringen derechos o imponen sanciones, como puede ocurrir en el caso del procedimiento migratorio sancionador. Más específicamente, el Tribunal Constitucional ha señalado que en el caso de restricciones a los derechos o de imposición de sanciones, estas deben contar con una

"motivación cualificada" (cfr. Sentencia 00728-2008-HC, fundamento 7; Sentencia 03864 2014-PA, fundamento 27, f; Sentencia 03035-2012-HD, fundamento 2 y ss.).

12. Asimismo, y con base en la jurisprudencia de este Tribunal (por todas, Sentencia 03644-2017-AA), la motivación en este ámbito no puede incurrir en defectos en la motivación, que a su vez pueden ser problemas de motivación interna, cuando la solución del caso no se deduce de las premisas normativas o fácticas contenidas en la resolución, o cuando la resolución analizada carece de alguna de estas premisas necesarias para resolver; o de motivación externa, esto es, cuando se han utilizado indebida o injustificadamente premisas normativas (por ejemplo, si se aplican disposiciones que ya no se encuentran vigentes o que nunca formaron parte del ordenamiento jurídico) o fácticas (por ejemplo, la resolución se sustenta en hechos no probados o en pruebas prohibidas) (vide Sentencia 00728-2008-HC, fundamento 7, b y c).

13. En este mismo orden de ideas, la motivación tampoco puede ser insuficiente (inexistente, aparente, insuficiente, incongruente o fraudulenta). Se incurre en estos defectos de motivación cuando las resoluciones analizadas carecen de una fundamentación mínima y solo se pretende cumplir formalmente con el deber de motivar; cuando se presenta una justificación que tiene apariencia de correcta o suficiente, pero que incurre en vicios de razonamiento; cuando esta carece de una argumentación suficiente para justificar lo que resuelve (que incluye aquellos casos en los que se necesita de una motivación cualificada y esta no existe en la resolución); cuando lo resuelto no tiene relación alguna con lo contenido en el expediente o lo señalado por las partes; o cuando incurre en graves defectos o irregularidades contrarios al Derecho, entre otros supuestos (cfr. Sentencia 00728-2008-HC, fundamento 7, a, d, e y f; Sentencia 0009-2008-PA, entre algunas).

14. En el presente caso, en relación con el derecho al debido procedimiento y más específicamente, respecto del derecho a la motivación, encontramos que la Resolución de Gerencia N° 5750-2018-MIGRACIONES-SM-CCM incurre en un supuesto de falta de *motivación interna* de. En efecto, esta resolución se basó en el Acta de Verificación Domiciliaria N° 117-2018-MIGRACIONES-SM-VF, sin

embargo, de esta última es imposible concluir, como se hace, que no se encontraba acreditada la relación conyugal del beneficiado. Y es que, conforme al acta mencionada, solo se acredita que nadie respondió al llamado luego de tocar el timbre, asimismo, que se hicieron consultas a dos personas en la calle, que no se identificaron. Estas personas serían, al parecer, el vigilante de la cuadra, quien señaló que el favorecido sí vive en el inmueble visitado, pero llega en las noches, así como una persona de sexo femenino, quien indicó que no ve al favorecido hace un mes y que lo recoge una señora en una camioneta blanca. Como puede apreciarse, lo constatado no aporta nada significativo, ni a favor ni en contra, de esclarecer la situación conyugal o familiar del recurrente.

15. Con base en lo indicado, además de un problema de falta de motivación interna, encontramos asimismo uno de falta de motivación aparente, pues, si bien se señaló como prueba lo contenido en el acta mencionada, lo cierto es que de ella (que hace las veces de "premisa fáctica") no se deduce que la relación matrimonial sea solo ficticia o fraudulenta, pese a ser ella la razón (la ratio decidendi) por la cual se rechazó su solicitud de cambio de calidad migratoria de "turista" a "familiar de residente", conforme a lo regulado en el Decreto Legislativo 1350 y del Decreto Supremo N° 007-2017-IN.

16. En similar vicio encontramos en lo referido a los documentos relacionados con la demostración de contar con un trabajo remunerado. Al respecto, de ser el caso, dicho accionar podría constituir una falta administrativa (a la cual le correspondería la imposición de una multa, conforme al artículo 189, literal e, del Reglamento de la Ley de Migraciones), pero ella no se encuentra relacionada con la decisión de rechazar el pedido de cambio de calidad migratoria, máxime tomando en cuenta que se encuentra involucrado el derecho a la unidad familiar, por lo que nuevamente nos encontramos con un vicio de motivación aparente.

17. En suma, al incurrir la Resolución de Gerencia N° 5750-2018-MIGRACIONES-SMCCM en los referidos vicios de motivación, y por ende, en una infracción del derecho al debido procedimiento, corresponde declarar fundada la demanda.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Emito el presente voto, a fin de precisar que estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia presentada que declara 1. **FUNDADA** la demanda de habeas corpus por haberse acreditado la vulneración del derecho al debido procedimiento y el derecho de protección a la familia; en consecuencia, **NULAS** la Resolución Gerencial N° 5750-2018- MIGRACIONES-SM-CCM y la Resolución de Gerencia N° 8742-2018- MIGRACIONES-SM-CCM; debiendo la demandada emitir un nuevo acto administrativo conforme a las precisiones efectuadas en esta sentencia.

Lima, 21 de abril de 2021.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por la ponencia de mi colega magistrada, emito el presente voto singular porque considero que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, por los siguientes argumentos:

1. La parte demandante cuestiona la Resolución de Gerencia 5750-2018- MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 22 de marzo de 2018, que denegó la solicitud de cambio de calidad migratoria de turista a familiar de residente, presentada por el beneficiario Mahmoud Ali Hassein Ali Shehabaldeen.

2. Sobre el particular, considero que este Tribunal Constitucional puede efectuar un control constitucional a través del habeas corpus respecto de determinadas decisiones en materia migratoria, siempre, claro está, que se cumpla con el requisito de la "conexidad". Ello se dará, ciertamente, en resoluciones que restringen el derecho de transitar por el territorio nacional (artículo 2.11 de la Constitución).

3. Este Tribunal, en la Sentencia 06327-2015-PHC - caso Yosvany Damas Denis, conoció el fondo de la controversia, tras advertir que la decisión que se cuestionaba disponía la expulsión del país, así como el impedimento de ingreso al territorio nacional del beneficiario; por lo que no solo se violentaba el derecho de protección a la familia, sino también, por conexidad, el derecho a la libertad de tránsito.

4. En el caso de autos, no se advierte que la decisión que rechaza el pedido de cambio de situación migratoria determine una restricción de las posibilidades con las que cuenta el favorecido de transitar por el territorio nacional.

5. Aunado a lo anterior, es evidente que si bien la Administración, mediante la Resolución de Gerencia 8742-2018-MIGRACIONES-SM-CCM, de fecha 30 de mayo de 2018 (f. 16), dispuso remitir los actuados a la Procuraduría Pública del Ministerio del Interior para

que dé inicio a las acciones correspondientes, por presumir la comisión de diversos ilícitos, ello en modo alguno supone una amenaza, cierta e inminente, de su derecho a desplazarse libremente por el territorio nacional.

6. En consecuencia, al no advertirse que el requisito de conexidad ha sido cumplido, en la medida en que la resolución cuestionada no comporta restricción o limitación alguna al derecho a la libertad de tránsito del favorecido, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, al discrepar con la sentencia de mayoría, por lo siguiente:

1. El recurrente presenta demanda de habeas corpus a favor de don Mahmoud Ali Hassein Ali Shehabaldeen, ciudadano palestino que ingresó al país el 25 de enero de 2017 como turista. Posteriormente, inició una relación sentimental con la ciudadana peruana, Norma Luzmila Huamán Enciso; y, el 27 de abril de 2017, contrajeron matrimonio civil.

2. El 21 de junio de 2017, el favorecido solicitó el cambio de calidad migratoria de turista a familiar de residente, lo que dio origen al expediente administrativo LM170238240, en el que se expidieron las resoluciones de gerencia 5750-2018- MIGRACIONES-SM-CCM y 8742-2018-MIGRACIONES-SM-CCM. El 22 de marzo de 2018, la primera de estas resoluciones declaró improcedente el cambio de calidad migratoria de turista a familiar de residente. El 30 de mayo de 2018, la segunda declaró infundado el recurso de reconsideración contra la primera.

3. El derecho a la libertad de tránsito es un derecho fundamental. Sin embargo, en este caso, considero que no ha sido afectado, pues la Resolución de Gerencia N º 5750- 2018-MIGRACIONES-SM-CCM, indica que no se ha acreditado debidamente el vínculo matrimonial entre la ciudadana peruana y el favorecido; además, que este habría realizado actividades laborales como turista sin haber obtenido previamente la calidad migratoria habilitante, sin que dicha denegatoria, en sí misma, afecte su libre tránsito en tanto no se determina alguna medida que afecte dicho derecho.

4. En la demanda se señala que el propósito de esta es: "debilitar un acto administrativo; arbitrario, ilegal y dañino que ha resuelto denegar la residencia en el territorio peruano con la condición o calidad

migratorio". Como se aprecia, el objeto de la presente demanda es cuestionar actos de carácter administrativo referidos al otorgamiento de la calidad migratoria de familiar de residente. Además, de autos no se aprecia que contra la Resolución de Gerencia N º 8742-2018- MIGRACIONES-SM-CCM se haya presentado recurso de apelación.

Por estas consideraciones, estimo que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE.**

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 162/2021
EXP. N° 03085-2019-PHC/TC
LIMA
CLEMENCIA JARA AQUINO,
REPRESENTADA POR DIANA YAIMI
ALANIA JARA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de enero de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) Ramos Núñez, Sardón de Taboada (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido la siguiente sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULA** la resolución expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes, de fecha 15 de agosto de 2012, en el extremo que, por mayoría, condenó a quince años de pena privativa de la libertad a doña Clemencia Jara Aquino por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas; así como **NULA** la resolución confirmatoria de fecha 6 de diciembre de 2012, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

2. **ORDENAR** el inicio de un nuevo juzgamiento por el delito contra la salud pública - tráfico ilícito de drogas a la favorecida, que debe estar orientado por las garantías del debido proceso, preservándose una especial protección a su derecho de defensa de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

3. **PRECISAR** que la expedición de la presente sentencia no genera como consecuencia la puesta en libertad de doña Clemencia Jara Aquino.

Asimismo, el magistrado Ferrero Costa, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

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 21 días del mes de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores 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, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, y con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia que el magistrado Ferrero Costa votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Diana Yaimi Alania Jara, en representación de su señora madre doña Clemencia Jara Aquino, contra la resolución de fojas 266, de fecha 2 de mayo 2019, expedida por la Sexta Sala Penal – Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de febrero de 2017, doña Diana Yaimi Alania Jara interpone demanda de habeas corpus (f. 1) a favor de su madre, doña Clemencia Jara Aquino, y la dirige contra los señores jueces del Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, señores Javier Salazar Flores y Noemí Colmenares Urupeque, y contra los jueces de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, señores Torre Muñoz, Cerrón Rengifo y Guillermo Felipe. Solicita la nulidad de: (i) la Resolución 12, de fecha 15 de agosto de 2012 (f. 9), sentencia condenatoria; y (ii) de la Resolución 14, de fecha 6 de diciembre de 2012 (f. 26), que la confirma. Alega la vulneración de los derechos al debido proceso y de defensa. Arguye que la favorecida se encuentra recluida en el penal de mujeres del INPE Puerto Pizarro-Tumbes, por haberse vulnerado su derecho a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva, por lo cual debe disponerse su inmediata libertad.

Manifiesta que por resolución de fecha 15 de agosto de 2012, el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes, por mayoría, condenó a doña Clemencia Jara Aquino y a su coprocesada doña Carmen María Villanueva Apolinar a quince años de pena privativa de la libertad por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas; que, interpuesto el recurso de apelación, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes confirmó la apelada mediante resolución de fecha 6 de diciembre de 2012.

Sobre el particular, la recurrente precisa la existencia de un pronunciamiento previo de este Tribunal de fecha 9 de diciembre de 2015, a raíz del recurso de agravio constitucional interpuesto por don Walter Tolentino Villanueva en representación de la coprocesada doña Carmen María Villanueva Apolinar, en concreto la Sentencia 07731-2013-PHC/TC, que declaró nula la resolución expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes, en el extremo que por mayoría dicta condena de 15 años de pena privativa de la libertad, así como nula la resolución de fecha 6 de diciembre de 2012, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, y se ordenó un nuevo juzgamiento por el tráfico ilícito de drogas. Agrega que el referido fallo de este Tribunal se sustentó básicamente en la condición de analfabeta y quechuahablante de la coprocesada doña Carmen María Villanueva Polinar, considerando que dicha situación ha podido incidir de manera negativa en el ejercicio debido de su defensa en la medida de sus limitaciones para la comprensión de su situación jurídica; y que el derecho de defensa no es posible si en el seno de un proceso no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano, pues esta no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales. Señala la recurrente que un nuevo juicio sería inejecutable en razón del fallecimiento de la coprocesada doña Carmen María Villanueva Apolinar, acaecido el 27 de abril de 2016, conforme consta de la partida de defunción que se anexa a la demanda (f. 53).

Asevera que, en ese contexto, por el carácter vinculante de la Sentencia 07731- 2013-PHC/TC, expedida por este Tribunal, debe entenderse que ella se hace extensiva a su representada y coprocesada doña Clemencia Jara Aquino, quien también tiene la condición de analfabeta y quechuahablante, y que resulta injusta la situación que viene atravesando.

Alega que la favorecida es quechuahablante y que entiende mínimamente el idioma castellano, por lo que se debió asignarle un intérprete durante el proceso penal seguido en su contra. Sostiene que tampoco contó con un intérprete al momento de rendir su declaración en las diligencias preliminares, y que dicha declaración fue introducida como prueba en el juicio oral.

A fojas 116, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda y sostiene que lo que se pretende es que los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaídas a la ya fallecida doña Carmen María Villanueva Polinar, le sean extensivos a la favorecida dada su condición de analfabeta y quechuahablante, que la limitaría a conocer su situación jurídica.

A fojas 133 de autos obra la declaración de la favorecida, la cual refiere que al momento en que la procesaron y la condenaron, no entendía el castellano porque hablaba quechua, y que los jueces la condenaron a pesar de que no entendía lo que estaba pasando.

El Sétimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, mediante resolución de fecha 5 de noviembre de 2018 (f. 221), declaró infundada la demanda, por considerar que la favorecida no solicitó que se le traduzca o se le aclare si no comprendía lo que se venía desarrollando en el juzgamiento.

A su turno, la recurrida confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y determinación de la controversia

1. Del contenido de la demanda queda establecido que el petitorio del habeas corpus está dirigido a que se declare la nulidad de: (i) la Resolución 12, de fecha 15 de agosto de 2012 (f. 9), sentencia que condena a la favorecida; y (ii) de la Resolución 14, de fecha 6 de diciembre de 2012 (f. 26), que la confirma. Se alega la vulneración del derecho de defensa, toda vez que la favorecida es quechuahablante y debió ser asistida por un intérprete.

2. La fundamentación de la presente demanda se basa medularmente en la Sentencia 07731-2013-PHC/TC, que declaró fundada la

demanda de habeas corpus de la coprocesada de la favorecida, doña Carmen María Villanueva Polinar (fallecida), sosteniéndose que la favorecida se encontraría en la misma situación que su coprocesada. En tal sentido, la controversia en el presente caso está vinculada con el desarrollo del proceso penal seguido a la favorecida y las garantías otorgadas a su defensa tomando en cuenta su condición de quechuahablante. No obstante, este Tribunal observa que doña Clemencia Jara Aquino también es una persona analfabeta como su coprocesada doña Carmen María Villanueva Polinar, por lo que considera que dicha situación ha podido incidir de manera negativa en el ejercicio debido de su defensa, en la medida en que tendría limitaciones para la comprensión de su situación jurídica. Por ello, en atención a lo prescrito por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal es de la opinión que el pronunciamiento a emitir en el presente caso, si bien tiene como eje principal el análisis de una supuesta afectación al derecho de defensa, ello no se podrá llevar a cabo sin verificar cuáles habrían sido las consecuencias de procesar penalmente a una persona quechuahablante y analfabeta, sin la debida asistencia técnica de un intérprete para el efecto.

Sobre el derecho de defensa

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, inciso d) reconoce el derecho de defensa como aquel "derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor". En tanto que el artículo 139, inciso 14 de la Constitución lo enuncia del siguiente modo: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente, y por escrito, de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

4. Sobre el derecho de defensa, este Tribunal ha dejado claro 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. Sentencias 05085-2006-PA/TC, 04719-2007-PHC/TC, entre otras).

5. Asimismo, cabe recordar que el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

Sobre el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete

6. Lo establecido en los fundamentos precedentes sobre 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.

7. En esa línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.3 ha dejado establecido las siguientes garantías mínimas para las personas: "a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella", y "f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal". En tanto que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en el artículo 8.2.a el "derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal".

8. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, ha dejado sentado 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, del 28 de agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa "incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos".

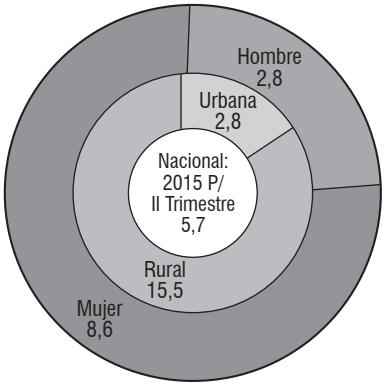
9. La Constitución, como ya ha tenido ocasión de precisar este Tribunal en las Sentencias 04719-2007-PHC/TC y 04789-2009-PHC/TC, no es solo una obra normativa, sino que en su dimensión cultural es "expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la auto representación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas", que contiene en su seno distintas reglas como expresión de su identidad cultural fundada en la diversidad. De ahí que el artículo 2, inciso 19 de la Constitución establece en su segundo párrafo que "todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad". Con esta norma constitucional se busca asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados, a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales como es el caso del derecho de defensa.

10. Por tanto, se desprende de lo expuesto que el ejercicio del derecho de defensa no es posible si al recurrente no se le designa traductor o intérprete, y –acorde con la Convención Americana– que este derecho es una garantía mínima del procesado para el respeto de sus derechos al debido proceso y a su identidad cultural, y en consecuencia, para su validez. Así lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha manifestado que "toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor" (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Mismito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d).

El derecho de las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y a una debida defensa acorde a su condición

11. Para las Naciones Unidas, una persona analfabeta es aquella que no puede leer ni escribir un breve y simple mensaje que guarda relación con su vida diaria[80]. También lo es, aquella que solo puede leer, pero no escribir, o puede escribir, pero no leer. A pesar de que existe la obligación constitucional del Estado peruano de garantizar la erradicación del analfabetismo (artículo 17 in fine), y que la educación básica es un derecho fundamental; y si bien es cierto que en las últimas décadas este derecho es ejercido por la mayoría de personas, en el Perú todavía hay muchos niños y jóvenes que no asisten a los centros educativos. Así lo demuestran las últimas cifras sobre analfabetismo del Instituto Nacional de Estadística e Informática[81]:

PERÚ: TASA DE ANALFABETISMO DE LA POBLACIÓN DE 15 Y MÁS AÑOS DE EDAD SEGÚN ÁREA DE RESIDENCIA Y SEXO, 2015 - II Trimestre



P/ Información preliminar para el año 2015

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI

80 Consulta en línea http://unstats.un.org/unsd/demographic/products/socind/iliteracy.htm

81 Consulta en línea https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_ digitales/Est/Lib1292/libro.pdf

12. Como se aprecia, a pesar de que el analfabetismo se ha ido reduciendo (5.7 %), todavía no podría afirmarse que el Perú es un país libre de este si se toma en cuenta que la ONU fija como parámetro para el efecto un porcentaje no superior al 5 %. De ello se concluye que la obligación constitucional de articular desde el Estado las medidas necesarias para alcanzar esa concreta política pública educativa, como es la erradicación total del analfabetismo, debe ser cumplida de manera comprometida y efectiva. Más aún porque la alfabetización constituye un requisito necesario para la defensa, el desarrollo de habilidades y la materialización de derechos implicados en el ejercicio de una ciudadanía plena. La alfabetización hace posible que las personas puedan acceder, elegir y apropiarse de las oportunidades que ofrece la vida en sociedad, y a la vez, enriquecerla, a través de su participación activa[82].

13. Ahora bien, en el marco de las relaciones procesales, es decir, tratándose de controversias judiciales, el Estado tiene la obligación de procurar a las personas analfabetas una protección especialmente garantista; y ello porque, al estar desnaturalizada su capacidad de comprensión por no contar con las herramientas cognitivas necesarias, tal condición especial las coloca en una situación de desventaja frente a la otra parte. Con dicha protección, el Estado no solo justifica su inacción social en materia educativa, sino que habilita la posibilidad de que las personas analfabetas asistan a un proceso en mejores condiciones y puedan exigir de manera efectiva el respeto de sus derechos.

14. En tal sentido, a partir del contenido del derecho al debido proceso y del deber constitucional de garantizar la defensa de las personas en juicio, más aún, cuando se trata de personas analfabetas, este Tribunal entiende que entre dicho derecho y tal deber existe una relación que bien puede ser expresada en el derecho de las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y, por tanto, a recibir una debida defensa acorde a su condición en los procesos judiciales. Es decir, sin necesidad de apelar a la cláusula

82 Cfr. Sistema de Información de Tendencias Educativas en América Latina (1993) "El analfabetismo en América Latina". En línea: http://www.siteal.iipe-oei.org/sites/default/files/siteal_datodestacado20130218.pdf

de los derechos no enumerados o derechos no escritos recogida en el artículo 3 de la Constitución, que está reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita (cfr. Sentencia 00895- 2001-AA/TC, fundamento 5); se puede considerar que el derecho de defensa supone la existencia del derecho que tienen las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y, por tanto, a recibir una debida defensa acorde a su condición en los procesos judiciales.

15. En tal sentido, corresponderá a este Tribunal determinar el contenido esencial de dicho derecho, es decir, ese núcleo mínimo que resulta indisponible y, por consiguiente, proyectado como vinculante, directamente desde el artículo 139, incisos 14 y 16 de la Constitución. Por tanto, a criterio del Tribunal, prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a ser asistida por un abogado y a recibir una debida defensa acorde a su condición, el derecho de toda persona analfabeta a lo siguiente:

    a) Recibir la asistencia técnica de un abogado libremente elegido o uno de oficio; y, en este último supuesto, a que el Estado no renuncie en ninguna circunstancia a su deber constitucional de otorgar defensa.

    b) Que la autoridad judicial promueva las medidas necesarias a fin de que pueda conocer la naturaleza, el objeto y alcances del proceso seguido en su contra.

    c) Que la autoridad judicial le garantice el conocimiento de las principales decisiones emitidas en el proceso, y no será suficiente el acto de notificación para dicho efecto.

Análisis del caso

16. Como ya se ha expuesto en el fundamento 2 supra, la controversia en el presente caso está vinculada con el desarrollo del proceso penal seguido a la favorecida y las garantías otorgadas a su defensa, tomando en cuenta su condición de quechuahablante y analfabeta.

17. Sobre el particular, a fojas 197 se advierte que efectivamente la favorecida posee la condición de analfabeta y de fojas 185 se aprecia que ella manifiesta dominar el idioma quechua y entender "a medias" el idioma español, por lo cual estaría en la misma situación que su coprocesada.

18. Este Tribunal observa que las autoridades jurisdiccionales no otorgaron una debida tutela, en la medida que no ofrecieron las garantías necesarias, a fin de que el derecho de defensa de la recurrente en su calidad de analfabeta y quechuahablante se encuentre plenamente protegido. En tal sentido, la autoridad judicial debió asignar un intérprete a la favorecida para que pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones con el objeto de que pueda ser oída en el proceso; asimismo, debió exhortar al abogado para que no deje de asistir a ninguna de las audiencias y le comunique a la favorecida todo lo ocurrido en cada una de las etapas del proceso, dejando expresa constancia de ello.

19. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha vulnerado el derecho de defensa de la favorecida, doña Clemencia Jara Aquino.

Efectos de la sentencia

20. Al haberse acreditado la vulneración de sus derechos correspondientes, se debe declarar la nulidad de la sentencia y que en el día de notificada la sentencia se determine la situación jurídica de la favorecida, doña Clemencia Jara Aquino.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULA** la resolución expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes, de fecha 15 de agosto de 2012, en el extremo que, por mayoría, condenó a quince años de pena privativa de la libertad a doña Clemencia Jara Aquino por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas; así como **NULA** la resolución confirmatoria de fecha 6 de

diciembre de 2012, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

2. **ORDENAR** el inicio de un nuevo juzgamiento por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas a la favorecida, que debe estar orientado por las garantías del debido proceso, preservándose una especial protección a su derecho de defensa de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

3. **PRECISAR** que la expedición de la presente sentencia no genera como consecuencia la puesta en libertad de doña Clemencia Jara Aquino.

Publíquese y notifíquese.

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

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien en términos generales estoy de acuerdo con la sentencia emitida y con los alcances de lo allí dispuesto, considero necesario hacer algunas precisiones dirigidas a complementar esta decisión:

1. 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 a 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 a la 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).

2. A través de la sentencia emitida en el expediente 0889-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucionales, la ausencia de vigencia efectiva del derecho a que el Estado peruano se comunique 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.

3. Si bien es cierto que la educación pública peruana y el programa de alfabetización y continuidad educativa, en su generalidad, están diseñados 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 quechua, y el castellano que es una lengua de origen latino.

4. 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.

5. Siendo ello así, la sentencia emitida en el expediente 0889-2017-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.

6. 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 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 0889-2017-PA/TC.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien concuerdo con el sentido resolutivo propuesto en la sentencia, considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA**, por los siguientes fundamentos.

En autos se pretende la nulidad de la sentencia de 15 de agosto de 2012 así como la de su confirmatoria de 6 de diciembre del mismo año, mediante las cuales el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes y la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes condenaron a Clemencia Jara Aquino por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas. Se alega la vulneración del derecho de defensa, pues la favorecida es quechuahablante y no fue asistida por un intérprete.

En un proceso penal se afecta el derecho de defensa cuando el procesado resulta impedido, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Si los procesados tienen como idioma materno uno distinto al empleado en los tribunales, se les debe nombrar un intérprete para que comprendan y ejerzan su defensa en el idioma empleado en el tribunal respectivo.

En este caso, la favorecida declaró en el proceso penal que es analfabeta (f. 197); asimismo, expuso que domina el idioma quechua y entiende "a medias" el español (f. 185). Sin embargo, las autoridades jurisdiccionales no le asignaron un intérprete para que pueda ser informada adecuadamente del objeto del proceso, ser oída y para que pueda defenderse en el mismo.

En consecuencia, se ha vulnerado el derecho de defensa de Clemencia Jara Aquino, por lo que la demanda debe declararse **FUNDADA**; y, en consecuencia, **NULA**, la sentencia de 15 de agosto de 2012, en el extremo que condenó a la favorecida a quince años de pena privativa de la libertad; y, **NULA** su confirmatoria, la resolución de 6 de diciembre de 2012 expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, en dicho extremo.

Por ello, corresponde **ORDENAR** que se realice un nuevo juzgamiento en el que se preserve su derecho de defensa, proporcionándole un intérprete durante todo el proceso penal. Además, corresponderá al juez penal competente, determinar la situación jurídica de la procesada, conforme a la legislación procesal vigente.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia, en la medida que declara **FUNDADA** la demanda de habeas corpus y **ORDENA** el inicio de un nuevo juzgamiento por el delito contra la salud púbica - tráfico ilícito de drogas.

Lima, 22 de enero de 2021

S.
FERRERO COSTA

Pleno. Sentencia 729/2021

EXP. N.° 01543-2019-PHC/TC
AMAZONAS
JOSÉ FERNÁNDEZ DÍAZ, REPRESENTADO POR JUAN FIGUEROA ACOSTA (ABOGADO)

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada (con fundamento de voto) y Espinosa Saldaña Barrera (con fundamento de voto), han emitido, por mayoría, la sentencia que resuelve:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de *habeas corpus.*
2. En lo sucesivo, las autoridades jurisdiccionales emplazadas deben evitar el uso de términos peyorativos para las personas con discapacidad, tal y como ha sido expuesto en los fundamentos 16 a 21 de esta sentencia.

Se deja constancia de 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 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, al primer día del mes de julio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Blume Fortini, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Figueroa Acosta en representación de don José Fernández Díaz contra la resolución de fojas 447, de fecha 5 de diciembre de 2018, expedida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora Transitoria de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que declaró infundada la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 31 de julio de 2017, don Juan Figueroa Acosta interpone demanda de habeas corpus a favor de don José Fernández Díaz, y la dirige en contra de don Manuel Ricardo Sotelo Jiménez, don William Suárez Zelada y don Pedro Henri Flores Onofre, jueces del Primer Juzgado Penal Colegiado de Moyobamba; y contra don Fernando Augusto Zubiate Reina y don Miguel Angel Saavedra Palomino, jueces integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Como petitorio, solicita la nulidad de la Resolución 89, de fecha 31 de mayo de 2016, expedida por el Primer Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial de la Corte Superior de Justicia de San Martín, la cual condenó a José Fernández Díaz a quince años de pena privativa de la libertad; y de la Resolución 94, de fecha 29 de agosto de 2016, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba, que, en mayoría, confirmó la decisión de primera instancia. Del mismo modo, requiere que se ordene la ampliación de la investigación a fin que se actúen los medios probatorios pendientes.

Sostiene que, en virtud de las decisiones ahora impugnadas, se condenó al ahora beneficiario de este habeas corpus por el delito de violación de persona en incapacidad de resistir en agravio de una menor de dieciséis años, y que estas resoluciones vulneran los derechos al debido proceso, de defensa, el principio de legalidad y la presunción de inocencia.

Al respecto, sostiene que, de conformidad con el Título Preliminar del Código Procesal Penal, para establecer la responsabilidad de una persona imputada de la comisión de un delito se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En ese sentido, advierte que la agraviada fue intervenida quirúrgicamente, y alumbró mediante un parto por cesárea. Sin embargo, refiere que, una vez practicada la prueba de ADN a los tres involucrados en el caso, dio como resultado que el padre era el imputado Pedro Vilcamango Fernández, y que, pese a ello, el padre de la menor denuncia a José Fernández Díaz como autor de estos hechos.

Por otro lado, refiere que, de acuerdo con el lnforme psicológico Nro. 006-2009, practicado a la menor agraviada, ella mostraba un aparente "Coeficiente lntelectual de Promedio Normal de Acuerdo al Nivel alcanzado y Funcionando de Acuerdo a ello". En ese sentido, precisa que una persona de más de catorce años de edad puede determinar libremente su sexualidad. Agrega que de conformidad con las declaraciones de la menor agraviada, era el señor Pedro Vilcamango quien habría efectuado conductas inapropiadas. Asevera por ello que en realidad ha sido él quien sugirió a la menor la posibilidad de acusar a José Fernández Díaz, a fin que sea este último quien responda por el delito. Agrega que, de haberse actuado las pruebas mencionadas en el voto en minoría de la sentencia, se podría comprobar la inocencia de su patrocinado. Al no brindarse esta posibilidad, según sostiene, se ha vulnerado el derecho al debido proceso.

El juez de primera instancia del presente habeas corpus, mediante Resolución 2 de fecha 7 de agosto de 2017, declaró improcedente liminarmente la demanda. Precisa que los cuestionamientos relativos a la culpabilidad o inculpabilidad, así como la valoración de las pruebas penales y su suficiencia, no están relacionados con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, ya que son asuntos que deben ser analizados en la jurisdicción ordinaria. Esta

decisión, sin embargo, fue declarada nula por parte de la Sala Penal Apeladora y Liquidadora de Bagua a través de la Resolución 7 de fecha 24 de otubre de 2017. Este órgano jurisdiccional estima que, en principio, los hechos expuestos en la demanda inciden de forma negativa y concreta en los derechos constitucionales invocados.

Luego de ser admitida a trámite la demanda, el juez de primera instancia, mediante Resolución 22 de fecha 28 de septiembre de 2018, la declara infundada. Sostiene que el habeas corpus en contra de resoluciones judiciales solo puede ser empleado de forma excepcional y cuando sea posible advertir vulneraciones groseras y manifiestas de los derechos del imputado, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora Transitoria de Bagua, mediante Resolución 27 de fecha 5 de diciembre de 2018, confirmó la decisión adoptada por la primera instancia. Precisa que las decisiones ahora cuestionadas se encuentran debidamente motivadas y que se fundamentaron en función a las pruebas ofrecidas y admitidas.

Con fecha 28 de enero de 2019, la defensa de don José Fernández Díaz interpone recurso de agravio constitucional, en el que, en esencia, reproduce los argumentos expuestos en la demanda.

FUNDAMENTOS

&. Delimitación del petitorio

1. La parte recurrente solicita que se declare la nulidad de las sentencias que condenaron a José Fernández Díaz como autor del delito de violación sexual de menor de edad en incapacidad de resistir, y solicita que se actúen las pruebas expuestas por una de las juezas en su voto en minoría. Alega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, de defensa, el principio de legalidad y la presunción de inocencia.

&. Consideraciones del Tribunal Constitucional

2. Este Tribunal advierte que los alegatos de la parte recurrente abarcan distintos puntos controvertidos. En ese sentido, se procederá a abordar, de forma separada, cada uno de ellos.

a) Derechos al debido proceso, principio de legalidad y a la defensa

3. En el escrito de demanda, la parte recurrente alega que la vulneración de estos derechos obedece a que no se ha evaluado la prueba de descargo que obra en el proceso y que, según afirma, demostraría que su patrocinado era inocente de las imputaciones que le han realizado. En este mismo sentido, también refiere que la inobservancia de estas libertades se advierte por el hecho que no se ha permitido la actuación de los medios probatorios que fueron referidos en el voto en minoría de la magistrada Román Robles, lo cual, según sostiene, ha impedido particularmente el ejercicio de su derecho a la defensa.

4. Como ha sido reiterado de forma continua en la jurisprudencia de este Tribunal, el derecho al debido proceso es una libertad de estructura compleja que alberga diversos ámbitos específicos. En ese sentido, es posible concluir que, cuando el recurrente hace una referencia genérica a este derecho, en realidad pretende abordar los tópicos que serán evaluados en esta sentencia, tales como la presunta vulneración del derecho a la defensa, a la motivación de las resoluciones judiciales o a la presunción de inocencia.

5. En relación con el derecho a la defensa, este se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución. Su contenido queda particularmente afectado cuando, en el desarrollo de un proceso, alguna de las partes resulta impedida, por actos atribuíbles a los órganos jurisdiccionales, "de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos" [Sentencia 06648-2006-HC, fundamento 4]. De similar forma, este Tribunal en su jurisprudencia ha precisado que este derecho ostenta 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 de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho

> de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar [Sentencia 00910-2011- HC, fundamento 4].

6. En el presente caso, el recurrente sostiene que la no valoración de las pruebas de descargo, así como la falta de actuación de los medios probatorios mencionados por el voto en minoría de una de las juezas que integraban el colegiado, supone una vulneración de este derecho. Al respecto, este Tribunal advierte que, de conformidad con lo expuesto en la Resolución 89, de fecha 31 de mayo de 2016, y que condenó en primera instancia al ahora beneficario de este *habeas corpus*,

> la agraviada le contó a su padre lo sucedido sobre la violación sexual de que habría sido víctima por parte de los tres acusados, aunque esto a partir del suceso de su embarazo, como ha quedado anotado precedentemente; relato que ha mantenido de manera espontánea en la Pericia Psicológica, como en su declaración testimonial en el presente juicio oral […].

7. Del mismo modo, respecto de la configuración del tipo penal en el extremo de la situación de incapacidad de resistencia, se indica que "[e]stá probado que el acusado José Fernández Diaz, conocía, pese a su negativa en este juicio oral, que la agraviada presentaba retardo mental leve; conclusión a la que este colegiado arriba, a partir de que el mismo acusado admitió conocerla por ser del mismo caserío Santa Rosa del distrito de Soritor, además de conocerla por ser prima de su esposa".

8. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba sostuvo, sobre la posibilidad de atribuir el hecho delictivo al ahora beneficiario del presente *habeas corpus*, que

> queda firme con lo expresado por el psicólogo y lo concluido en la Pericia Psicológica N"1773-2011, practicado a la agraviada, dado que se advierte que existe una narrativa clara, espontanea y coherente por parte de la menor agraviada de acuerdo a su limitación, siendo que en la pericia psicológica, se concluye que Ia menor tiene indicadores psicológicos de agresión sexual y reacción ansiosa

> asociada a evento de tipo sexual, además en esta pericia sindica al sentenciado que puso su pene en su vagina, que es hermano de Delicia, añadido a ello el sentenciado sostiene que es inocente que no es verdadera la imputación, pero sin embargo señala que tiene su chacra cerca de la victima, que lo conocen como “”RUDE””; además en su declaración ha señalado que entregaba propina de s/. 1.00 sol a la agraviada y a sus hermanos, pero que nunca dio S/.5.00 soles, lo que guarda relación con la aseveración expresada por la agraviada, pues en su declaración de primera instancia afirma que cuando el recurrente terminaba le daba cinco soles con Ia finalidad de no contar nada sobre lo sucedido, por otro lado cuando se alega que la victima señala que fue Turle el que la violó y no Rude, no se descarta que sea el apelante, pues se debe tener presente que el perito en dicha pericia, a fojas 47,tomo I, indica que la examinada tiene dificultad en la pronunciación la cual es lentificada y además que se expresa en forma parafraseada, omite sonidos y distorsiona los fonemas, pero que identifica a las personas de su entorno, tal es asi que señala que el hoy sentenciado es hermano de Delicia y esposo de su prima Graciela, siendo que con tales prerrogativas pese a existir un resultado de ADN, que lo excluye de Ia paternidad, no se le excluye de la sindicación de violación que hace Ia víctima.

9. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba sostuvo, en relación con la configuración de la condición de persona en incapacidad de resistir, que

> [e]I conocimiento del imputado del estado en que se encuentra la víctima, que para el presente caso seria por un retardo mental, siendo este conocimiento un elemento constitutivo del delito, por tanto debe analizarse si la alienación mental de la agraviada estaba al alcance del conocimiento del sentenciado, ante ello tenemos que el apelante, en sus declaraciones sostuvo, al responder preguntas aclaratorias del A quo, sobre la agraviada que: “[...] se veía chiquita, su carita no es normal, porque curiosito habla,

> […] así ha sido de niña, porque siempre se le ha visto así […] respuesta que para criterio de este colegiado al igual que para el plenario de primera instancia, genera certeza sobre este conocimiento del acusado en torno a la condición mental de la agraviada".

10. Es importante recordar que, de conformidad con la jurisprudencia constante de este Tribunal, la valoración de los medios de prueba, así como de las circunstancias de la comisión de un hecho delictivo, son asuntos que, en principio, corresponden a la justicia penal. En efecto, solo una vulneración de los parámetros desarrollados en nuestra jurisprudencia a propósito del deber de motivar adecuadamente las resoluciones judiciales puede generar que pueda cuestionarse el criterio adoptado por parte de los órganos que administran justicia en asuntos penales. En el presente caso, las autoridades jurisdiccionales emplazadas han cumplido con motivar adecuadamente la sentencia de pena privativa de la libertad en contra de José Fernández Díaz, ya que han expuesto el contexto en el que se desarrolló el evento delictivo, así como han explicado suficientemente la configuración del tipo penal.

11. Respecto de la presunta falta de valoración de las pruebas de descargo, este Tribunal nota que, a lo largo de las decisiones impugnadas, se ha hecho constante referencia a los argumentos y las pruebas invocadas por la defensa técnica del imputado. Evidentemente, el que el ahora recurrente disienta de la argumentación expuesta por las autoridades jurisdiccionales no genera que se configure una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia o a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En ese sentido, y en la medida en que las decisiones jurisdiccionales han sido motivadas, corresponde declarar como infundada la demanda en este punto.

12. Por otro lado, en relación con el argumento de que no se vulneraron los medios probatorios indicados en el voto en minoría de la magistrada Román Robles, este Tribunal nota que, como suele ocurrir en el desarrollo de la administración de justicia, es natural que no en todos los casos exista unanimidad al momento de adoptar alguna decisión en particular. De este modo, los argumentos expuestos en un voto minoría, aunque importantes de ser tomados en cuenta, no

son per se vinculantes, y menos aún cuando se trata de alguna orden de practicar determinados medios de prueba. Esto se confirma por el hecho que, como se pudo ya advertir, el resto de magistrados que integraban la Sala Penal de Apelaciones expusieron, con suficiente prolijidad, tanto el contexto del hecho delictivo como la conexión que el ahora beneficiario tuvo con él. En consecuencia, tampoco se ha vulnerado el derecho a la defensa respecto de este punto.

13. Finalmente, no nota este Tribunal el desarrollo de algún alegato específico relativo al principio de legalidad, y cómo es que este se habría vulnerado en este caso. Siendo ello así, también corresponde desestimar este extremo de la demanda.

b) Derechos a la motivación de las resoluciones judiciales y a la presunción de inocencia

14. En el escrito de demanda, no se argumentan de forma específica las razones que sustentarían las vulneraciones de estos derechos. No obstante, este Tribunal nota que, de lo expuesto en el escrito de habeas corpus, es posible colegir que lo que cuestiona la parte recurrente en este punto es que no se haya valorado que el padre de la menor era el imputado señor Pedro Vilcamango Fernández, así como el hecho relativo a que las pericias psicológicas arrojaron como conclusión que la menor de edad agraviada podía determinar libremente su sexualidad. De similar forma, ella habría indicado que todas las conductas inapropiadas en su contra fueron efectuadas por este mismo imputado.

15. El Tribunal advierte que los argumentos expuestos en este punto ya han sido abordados a propósito del análisis de las supuestas vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia y de legalidad. En consecuencia, no corresponde efectuar consideraciones adicionales sobre este punto.

c) Acerca del empleo de ciertos conceptos peyorativos en las resoluciones cuestionadas

16. Ahora bien, aunque se trata de una materia que ciertamente no fue abordada en la demanda, este Tribunal nota que, de forma recurrente, en las resoluciones judiciales impugnadas se hace constante referencia a una condición de "retardo mental" de la menor.

17. Al respecto, es importante recordar que, en muchas oportunidades, el lenguaje y los términos que son empleados en el quehacer jurídico pueden impactar considerablemente en la perpetuación de prejuicios o estigmas en contra de diversos colectivos. Esto es algo que ocurre, de forma particular, en el caso de las personas con discapacidad. En numerosas oportunidades, es usual advertir en nuestra sociedad que, para referirse a los integrantes de este colectivo, se emplean términos denigrantes como "discapacitado", "retardado", "inválido" o "limitado".

18. El uso de esta clase de términos no solamente afecta la dignidad de las personas con discapacidad, sino que además es un sólido factor que perpetúa la discriminación en su contra. Es por ello que deben adoptarse todas las medidas que sean necesarias para desterrar su uso, y ello con mucho mayor urgencia en el caso de instituciones estatales.

19. De hecho, es posible advertir que, en la actualidad, tanto las leyes nacionales como los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano emplean el término "persona con discapacidad" para referirse a aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. El uso de este lenguaje va de la mano con el modelo social de discapacidad, el cual ha sido reconocido en nuestra jurisprudencia e implica que

> la discapacidad [es un] resultado de la interacción o concurrencia de una situación particular del sujeto con las condicionantes u obstáculos que la sociedad, con o sin intención, impone a este grupo de personas. Así las cosas, contrariamente a lo que se percibía desde el anterior modelo médico o rehabilitador –que entendía la discapacidad como un atributo puramente personal–, la vigencia de este nuevo paradigma que trae la aludida Convención traslada la discapacidad, por decirlo de alguna manera, al diseño de las estructuras y comportamientos de la sociedad. De esta manera, por ejemplo, mientras que el hecho de presentar dificultades visuales es una condición de la diversidad humana, el no poder realizar un examen escrito en un centro

> de estudios porque éste no adopta los necesarios ajustes razonables supone una situación de discapacidad [Sentencia 00194-2014-HC, fundamentos 11 y 12].

20. La relevancia de un uso del lenguaje ajeno al establecimiento o perpetuación de prejuicios en contra de las personas con discapacidad no solo se ha destacado en el diseño y desarrollo de diversas políticas públicas, sino que también ha sido destacado en la jurisprudencia de otros tribunales relevantes en la región. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que

> Aunque expresiones hacen parte de subsistemas normativos que buscan la protección de los sujetos a los que hacen referencia, la Corte considera que el lenguaje utilizado sí atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues no se trata de palabras o frases que respondan a criterios definitorios de técnica jurídica; son solamente formas escogidas para referirse a ciertos sujetos o situaciones, opciones para designar que no son sensibles a los enfoques más respetuosos de la dignidad humana. Los fragmentos acusados generan discriminación porque corresponden a un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a los sujetos por una sola de sus características, que además no les es imputable a ellos, sino a una sociedad que no se ha adaptado a la diversidad funcional de ciertas personas. No cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-458/15].

21. En virtud de lo expuesto, este Tribunal estima que corresponde exhortar a las autoridades jurisdiccionales para que, a futuro, no empleen términos como "retardado mental" o similares en las resoluciones judiciales para referirse a las personas con discapacidad.

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 habeas corpus.

2. En lo sucesivo, las autoridades jurisdiccionales emplazadas deben evitar el uso de términos peyorativos para las personas con discapacidad, tal y como ha sido expuesto en los fundamentos 16 a 21 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

En el Expediente 01543-2019-PHC/TC, coincido parcialmente con los fundamentos y fallo, por lo que me aparto de los fundamentos 16 a 21, así como del segundo punto resolutivo, toda vez que no son necesarios para resolver la controversia de autos.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

Una cuestión importante en casos como el presente es tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad múltiple en la que se encuentra la víctima. En efecto, además de lo resuelto justificadamente a nivel de la judicatura penal, considero que es importante recordar que, con base en el artículo 1 de la Constitución, las personas no son solo objeto de las decisiones del Estado, sino sujetos de derechos humanos y merecedoras de un trato que las respete en su condición de personas, lo cual es dejado de lado cuando se les trata o se hace referencia a ellas con palabras que no reconocen su valía y respeto.

Ya en anteriores ocasiones me he referido con detalle al respeto que le debemos a niños y niñas, inclusive con el uso de nuestras palabras (por ejemplo, en mi fundamento de voto en la Sentencia 01587-2018-PHC). Asimismo, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, de manera amplia y prolija, sobre la protección especial que merecen las personas en situación de discapacidad (Sentencia 05048-2016-AA). También hemos insistido en la importancia que las instituciones públicas, y de manera especial el sistema de justicia, enfrenten los casos de violencia contra la mujer, en especial, protegiendo de manera intensa y efectiva a las mujeres víctimas (Sentencias 03378-2019-PA y 05121-2015-PA).

Lo que corresponde en un caso como este es, precisamente, advertir que, por una parte, la víctima se encontraba en diferentes situaciones de vulnerabilidad, y a la vez que el trato tuitivo que ella merece no se reduce a la mera resolución de un conflicto jurídico que le atañe, sino al respeto a su condición de persona y el deber de empoderar a quien se encuentra en situaciones de desventaja estructural.

En este sentido, me encuentro de acuerdo con la advertencia que aparecen en el fundamento 16 y siguientes, en relación con el empleo indebido de expresiones peyorativas contra la víctima, máxime en casos como este, en el que existe reiterada y clara jurisprudencia con contenidos que deben ser tomados en cuenta por todos los juzgadores. Recordemos, pues, que el deber que tenemos las autoridades al resolver una controversia no es solo atender a una cuestión puramente jurídica, sino que detrás de cada caso hay personas que deben ser tratadas con el respeto que les corresponde y la observancia de sus derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda, por haberse vulnerado el principio institucional de jerarquía en el Ministerio Público.

Mis fundamentos son los siguientes:

1. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 07713-2013-PHC/TC, ha precisado que el artículo 158 de la Constitución reconoce la autonomía del Ministerio Público. A su vez, dicha característica ha sido recogida en el artículo 1 del Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP). Por tanto, los fiscales gozan de autonomía funcional y pueden actuar con independencia, tal como lo establece el artículo 5 de la LOMP cuando refiere lo siguiente:

   > Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

2. No obstante, del contenido del artículo 5 in fine, también se precisa que el Ministerio Público es un órgano jerárquicamente estructurado; es decir, que los fiscales de menor grado deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores. De este modo, en función de las competencias que les son atribuidas podrán actuar según su criterio o conforme a lo dispuesto por sus superiores. Por tanto, la estructura orgánica del Ministerio Público se rige por el "principio institucional de jerarquía" y así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia de la República. A fin de resolver el Recurso de Nulidad 1347-2013/Lima, la Sala Penal Transitoria, de aquel entonces, aplicando el citado principio institucional de jerarquía, ha precisado que "la posición del superior en grado prima sobre la expuesta en la sede anterior por el fiscal inferior".

3. En el caso de autos, mediante sentencia de fecha 31 de mayo de 2016 (f. 2 vuelta), el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Martín condenó al favorecido, don José Fernández Díaz, a quince años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistir. Contra dicha sentencia, el favorecido interpuso un recurso de apelación solicitando que se le revoque la condena que se le impuso.

4. Posteriormente, el fiscal superior opinó que debía declararse la nulidad de la sentencia condenatoria recurrida, argumentando que esta resolución no contiene una debida motivación y que en el proceso penal no existió una imputación concreta (f. 27). Sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, mediante Resolución 94, de fecha 29 de agosto de 2016 (f. 22), confirmó la sentencia condenatoria de fecha 31 de mayo de 2016.

5. De lo expuesto y de lo obrante en el expediente, cabe inferir que la fiscalía superior se apartó y no convalidó el dictamen acusatorio formulado por el fiscal provincial. Más aún, a diferencia de este, concluyó que, "(…) en los medios probatorios no hay una imputación concreta, sino una imputación insubsistente, por lo que existe una falsa motivación, por lo que se considera bajo el principio de legalidad que se debe declarar la nulidad de la resolución recurrida" (f. 29).

6. En consecuencia, de acuerdo con lo señalado supra, en el sentido de que la estructura orgánica del Ministerio Público se rige por el principio institucional de jerarquía, la opinión que debió prevalecer en el presente caso era aquella emitida por el fiscal superior por ser este el superior jerárquico representante del Ministerio Público en el proceso penal. Sin embargo, la Sala superior emplazada solo tomó en consideración el dictamen emitido por el fiscal provincial para confirmar la sentencia emitida en primera instancia.

7. Por otro lado, conviene destacar que la autonomía e independencia del Poder Judicial, al igual que la del Ministerio Público, también está garantizada constitucionalmente. De ahí que las opiniones fiscales no proyecten vinculación en los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, cuando de materia penal se trata, el Poder Judicial no puede actuar al margen de las atribuciones constitucionales conferidas

al Ministerio Público por ser este el titular de la acción penal, por lo que debió considerar la opinión de la fiscalía superior penal.

8. Por lo tanto, en mi opinión, al haberse acreditado la vulneración del principio institucional de jerarquía del Ministerio Público, corresponde que se declare la nulidad de la Resolución impugnada.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, NULA la Resolución 94, de fecha 29 de agosto de 2016, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, debiendo esta instancia emitir nuevo pronunciamiento.

S.

BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 789/2021
EXP. N.° 01004-2021-PHC/TC
LIMA
ALVARO MARTÍN LINARES CANO,
representado por MARÍA ROCÍO CANO
GUERINONI-MADRE

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de agosto de 2021, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) y Ramos Núñez han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad individual de don Álvaro Martín Linares Cano.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo relativo a la vulneración del derecho a la integridad personal e **IMPROCEDENTE** con relación a la vulneración del derecho de petición, según los fundamentos 29 al 32 de la presente sentencia.

3. **ORDENAR** a la Clínica Pinel SRL que restituya la libertad de don Álvaro Martín Linares Cano.

4. **DISPONER** que el juez de ejecución del presente proceso de habeas corpus informe a don Álvaro Martín Linares Cano sobre la posibilidad de contar con apoyos y salvaguardias si así lo desea, según lo establecido en el fundamento 26 de la presente sentencia.

5. **DISPONER** que las partes emplazadas informen cada 120 días sobre el estado de salud de don Álvaro Martín Linares Cano tanto al juez de ejecución del presente proceso como a la Defensoría del Pueblo, según el fundamento 27 de la presente sentencia.

6. **DISPONER** que las partes emplazadas en el presente caso informen a este Tribunal sobre lo dispuesto en el fundamento 25 de la presente sentencia luego de transcurridos 30 días hábiles desde la fecha de notificación de la misma.

Asimismo, la magistrada Ledesma Narváez, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

El magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular declarando fundada la demanda en todos sus extremos.

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de agosto de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia. Sin la participación del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, por encontrarse con licencia por motivos de salud el día de la audiencia pública. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia de que la magistrada Ledesma Narváez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Rocío Cano Guerinoni, a favor de don Álvaro Martín Linares Cano, contra la resolución de fojas 459, de fecha 29 de diciembre de 2020, expedida por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de diciembre de 2019, doña María Rocío Cano Guerinoni interpone demanda de habeas corpus a favor de don Álvaro Martín Linares Cano, y la dirige contra la Clínica Pinel SRL, don Luis Otoya Camino y don Walter Ricardo Linares Arenaza. De manera específica, la recurrente solicita lo sigueinte:

(i) Que se ordene la invalidez del internamiento involuntario del favorecido realizado por la Clínica Pinel SRL;

(ii) Que se ordene a la clínica demandada liberar de forma inmediata al favorecido, sin la exigencia de los requisitos adicionales en razón de que su internamiento fue inválido;

(iii) Que se ordene a la clínica demandada la entrega del historial médico completo del favorecido; y,

(iv) Que se declare que la clínica demandada y los médicos tratantes del favorecido cometieron tratos crueles en perjuicio de su integridad. Alega la vulneración de los derechos a la libertad personal y a la integridad física.

La demandante sostiene que su hijo, el favorecido, quien tiene 27 años de edad y es una persona con Asperger, se encuentra detenido en la clínica demandada y se le impide salir. Señala que sufre tratos crueles, pues se encuentra amarrado, inyectado y sedado contra su voluntad por parte de personal de la clínica. Refiere que hasta el año 2018 asistía al colegio "Andares" y recibía tratamiento ambulatorio por parte de una psicóloga, de un psiquiatra y de un terapista. Según la demandante, en dicha institución educativa el Madre favorecido experimentaba con la ciencia y la computación, y aprendía matemáticas y geografía, además de que participó en talleres y en actividades deportivas.

Doña María Rocío Cano Guerinoni señala que en setiembre del año 2015 fue víctima de violencia por parte del padre del favorecido, por lo que abandonó el hogar y que al retornar a los pocos días, cambió la cerradura de su domicilio y contrató personal para que controle su puerta. Por este hecho interpuso una denuncia por violencia familiar y se le otorgaron medidas de protección. Refiere que desde el año 2005 el favorecido fue obligado por su padre para que viva con él, tiempo en el cual pudo mantener contacto con el favorecido, lo cual también le fue facilitado por el citado colegio; sin embargo, su directora le advirtió que su progenitor limitaba la participación en las actividades escolares.

Alega también que el 15 de marzo de 2018 el favorecido, a la edad de 26 años, fue internado sin su consentimiento en la clínica demandada, pese a tener plena capacidad jurídica y a no existir sentencia que lo declare interdicto; internamiento que ha sido sufragado por su progenitor. La recurrente sostiene que el favorecido no tiene posibilidad alguna de salir y que permanece en una habitación enrejada; además, su internamiento es severo y selectivo, no se le permite que interactúe con él; que se le impuso horarios para las visitas familiares, pese a que desea ver a sus parientes (en particular a su hermana) y que se le impide recibir ciertas visitas, pues la clínica le comunicó que sólo podrán visitarlo su padre, su madre y sus familiares paternos, pero no su hermana, los médicos externos u otros allegados.

Precisa que desde el año 2018, mediante cartas de fechas 15 de junio de 2018 y 30 de octubre de 2019, y cartas notariales, solicitó a la clínica y a sus médicos información sobre el estado de salud del favorecido, su tratamiento, análisis y exámenes que se le practicaron, así como su historia clínica; sin embargo, señala que se le ha denegado dicha información; que se le indicó que sólo podrían entregarle información si lo ordenaba un juez. La madre del favorecido señala también que el 13 de febrero de 2018 se le informó que a la fecha del ingreso a la clínica pesaba 64 kilogramos y un mes después, en abril de 2018, pesaba 58 kilogramos; luego su peso bajó a 55 kilogramos.

La demandante añade que percibió cambios en la salud y en el estado de ánimo de su hijo; que disminuyó de forma drástica su peso, que presentaba moretones y heridas en las muñecas y en las manos y que según le explicó fueron ocasionados por el personal de la clínica. Refiere que su hijo le hizo saber que dicho personal lo empuja, lo golpea y lo ata; que es víctima de represalias y de tratos crueles; que es atacado a traición cuando duerme o está desprevenido; que es castigado de forma física "por hacer travesuras" y por acceder al cuarto piso de la clínica; represalias que han sido incriminadas tras la publicación de un reportaje en un programa periodístico.

El representante legal de la Clínica Pinel SRL, don José Enrique Verdeguer Herrera, a fojas 126 de autos alega que el favorecido fue internado en la clínica por su padre en compañía de un médico psiquiatra, quien ordenó su internamiento en marzo de 2018, y que llegó muy inquieto; que recibe las visitas de su padre y de su tía; que recibe tratamiento odontológico y psiquiátrico y que es sedado; que su madre lo visita de forma libre sin restricciones durante el horario de visita; que no ha tenido conocimiento de algún otro familiar, como su hermana, que lo haya querido visitar; que su médico responsable es de la clínica, a quien su progenitora podrá solicitarle la información sobre el estado de salud del favorecido; que dicha señora ha solicitado que un laboratorio externo le practique los exámenes; que ella solicitó mediante carta notarial su historia clínica para utilizarla en un proceso judicial, pero la clínica no pudo entregarle por el alto costo que tenían las fotocopias; que es falso que el favorecido haya sido objeto de maltratos, y que la actora presentó fotografías trucadas donde aparecen los maltratos, las cuales han sido desvirtuadas por los médicos de EsSalud.

El representante legal de la clínica demandanda agrega que si la actora desea retirar al favorecido de la misma debe solicitar a la administración el alta médica, lo cual resulta imposible por su estado clínico, y que ella deberá suscribir los documentos en los que conste que se responsabilizará por la prosecución de su tratamiento y por daños que este le pudiera causar por el retiro de la clínica; que la recurrente se comprometió a ello el 25 de noviembre de 2019 y no lo hizo; también el 4 de diciembre de 2019, y no lo ha retirado; y que el padre del favorecido cubre sus gastos, pero no de forma directa, porque se encuentra como diplomático en Canadá, pero delegó dicha responsabilidad a su hermana, quien concurre casi a diario para verlo y su padre llama todos los días a la clínica; y que el favorecido tiene apoyo individual las 24 horas del día. Añade que el favorecido se encuentra con un adecuado tratamiento y controlado en su salud física y mental; además, tiene recreación y recibe alimentación y es atendido por enfermeras, personal de psicología y por el médico psiquiatra; además, que recibió la visita inopinada de los médicos de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud).

Don Edmundo Martín Johanson Lazarte, en su condición de representante del demandado don Walter Ricardo Linares Arenaza, a fojas 198 alega que la recurrente estaría tergiversando los hechos correspondientes a la relación matrimonial con su representado para fabricar un escenario de victimización, para lo cual invoca diversas causas judiciales; que el internamiento del favorecido en la clínica demandada es lícito conforme a lo previsto por el artículo 4 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y no fue necesario el consentimiento de la demandante ante la situación de emergencia psiquiátrica en que se encontraba y por el documento suscrito por su padre al existir una alteración mental que pone en peligro su integridad y la de terceros, que fue determinada en su historia clínica; y que no es la primera vez que la actora se victimiza e inventa la afectación de los derechos fundamentales del favorecido; además, interpuso contra su representado una denuncia penal por el delito de abandono de persona en peligro, para lo cual alegó que abandonó a su hijos (el favorecido), denuncia que fue archivada; y que se declaró infundada una anterior demanda de habeas corpus con una similar pretensión, que fue signada con el número de Expediente 01388-2016-0-1801-JR-PE-02 y que se encuentra en trámite en el Tribunal Constitucional [Expediente 03597-2017-PHC/TC].

En el acta de fecha 6 de diciembre de 2019, que obra a fojas 107 de autos, consta que el juzgado ordenó al médico psiquiatra del Instituto de Medicina Legal de Lima que evalúe al favorecido para determinar su estado de salud mental; que de forma previa verificó su historia clínica y luego de evaluarlo concluyó que el favorecido brindó poca información, se mostró heteroagresivo con tendencia a la impulsividad; y, que repite de forma reiterada que quiere escapar matando a todos los de la clínica; que no colaboró con la entrevista y que demuestra signos y síntomas de un síndrome orgánico cerebral; que se requiere de un informe médico a cargo de un psiquiatra y de informes de pruebas psicológicas que se le practiquen; además, es poco colaborador y no brinda mayor información o información inadecuada; que se le preguntó al favorecido si prestó su consentimiento para estar internado, ante lo cual respondió que no; que si desea quedarse en la clínica y respondió que quiere irse matando; y que con quien desea quedarse, y respondió que "con su papito", e irse con él.

El Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 10 de agosto de 2020, declaró infundada la demanda, por considerar que el favorecido fue internado porque, según el informe del psiquiatra, debe continuar con su tratamiento farmacológico, psicoterapéutico y debe contar con personal de enfermería para que lo supervise de forma constante por los brotes de agresividad que presenta, conclusión similar a la que aparece en la evaluación psiquiátrica emitida por el psiquiatra del Instituto de Medicina Legal de Lima, quien señaló que presenta trastorno del espectro autista, síndrome psicótico y que requiere continuar con tratamiento médico especializado por psiquiatría bajo supervisión de persona y/o institución responsables en forma permanente, médico que junto con la juzgadora se constituyeron en la clínica y apreciaron que se encontraba en un aparente buen estado de salud.

A su turno, la Segunda Sala Especializada en lo Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por similares consideraciones.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene como objeto que: (i) se ordene la invalidez del internamiento involuntario de don Álvaro Martín Linares

Cano realizado por la Clínica Pinel SRL; (ii) se ordene a la clínica demandada que libere de forma inmediata Álvaro Martín Linares Cano sin la exigencia de los requisitos adicionales, en razón de que su internamiento fue inválido; (iii) se ordene a la clínica demandada la entrega del historial médico completo de don Álvaro Martín Linares Cano; y, (iv) se declare que la clínica demandada y los médicos tratantes del favorecido cometieron tratos crueles en perjuicio de su integridad. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad personal y a la integridad física.

Análisis de la controversia

2. La Constitución Política del Perú establece en su artículo 200, inciso 1, que a través del 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 derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus.*

3. En el caso de autos, este Tribunal advierte que la demanda de habeas corpus está dirigida a cuestionar el hecho concreto de que al favorecido, quien es una persona con síndrome de Asperger, se le haya internado en una clínica en contra de su voluntad, vulnerándose así su derecho a la libertad individual. En consecuencia, se trata de un caso en el que se hace patente recordar ciertas consideraciones sobre el derecho a la libertad personal, como contenido del derecho a la libertad individual, de las personas con discapacidad.

4. Pues bien, lo primero que se debe señalar es que en el pasado este Tribunal ha tenido oportunidad de conocer casos que indirectamente estaban vinculados con el derecho a la libertad personal de personas con discapacidad mental en contextos de tratamientos médicos llevados a cabo en algún un centro de salud. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 3081-2007-PA/TC se reconoció que "[d]esde una perspectiva panorámica del derecho internacional de los derechos humanos en materia de salud mental, se advierte que los principios que lo inspiran están destinados al logro de la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la

autosuficiencia y la integración social del discapacitado con proscripción del método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales" (sic). De igual forma, en la sentencia recaída en el Expediente 02480-2008-PA/TC este Tribunal estableció que la familia también debe asumir una posición de garante para garantizar el derecho a la salud de las personas con discapacidad mental, al ser la más indicada para activar los servicios de salud a favor de sus familiares [Cfr. fundamento 18]. Por lo tanto, se reiteró que las personas con discapacidad mental tienen derecho a una atención de salud no intramural [Cfr. fundamento 26].

5. En esa línea, si bien es cierto que en el fundamento 58 de la sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC este Tribunal dejó evidenciado que "desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existe aún un consenso absoluto en cuanto a la comprensión del derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad, en general, y la interpretación del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular, en lo referente a la posibilidad de restringir dicho derecho por motivos conducentes a garantizar la seguridad de la propia persona y de terceros", es oportuno ahora recordar lo señalado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental:

> "El Relator Especial (…) reitera su llamamiento anterior a favor de un cambio de paradigma en el terreno de la salud mental, que deje de lado medidas superadas cuya consecuencia es el internamiento forzoso en instituciones psiquiátricas de personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Insta a los Estados, las organizaciones internacionales y otros interesados a que emprendan iniciativas concertadas para reducir radicalmente la utilización de la institucionalización en situaciones de atención de la salud mental, con miras a eliminar esas medidas e instituciones. (…)" [Cfr. ONU. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/HRC/38/36, 10 de abril de 2018, párrafo 51]

6. En consecuencia, recogiendo lo que se había señalado en las sentencias recaídas en los Expedientes 03081-2007-PA/TC y 03426-2008-PHC/TC, en el fundamento 38 de la sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC este Tribunal expuso la necesidad de contar "con un marco legislativo adecuado, coherente y específico que regule lo concerniente a la salud mental en nuestro país, atendiendo siempre al respeto de la dignidad de la persona humana". Es así que, recién el 23 de mayo de 2019 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley 30947, Ley de Salud Mental. Posteriormente, con fecha 5 de marzo de 2020, se publicó el Decreto Supremo 007- 2020-SA que aprobó el reglamento de dicha ley.

7. El caso recaído en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, así como todos los anteriores que de alguna u otra manera permitieron al Tribunal Constitucional esgrimir consideraciones con respecto a la libertad individual de las personas con discapacidad y los internamientos, fueron sentencias que se expidieron antes de la entrada en vigor de la la Ley 30947, Ley de Salud Mental. Es recién en la sentencia recaída en el Expediente 05048-2016-PA/TC que este colegiado tuvo la oportunidad de analizar dichas cuestiones estando ya vigente la referida ley.

8. La importancia de la sentencia recaída en el Expediente 05048-2016-PA/TC radica en que en ella se ratificó que, de los modelos de atención de la salud mental existentes, nuestro ordenamiento jurídico se decanta actualmente por el modelo de atención comunitaria. Según el artículo 5, numeral 6, de la Ley 30947, Ley de Salud Mental, se trata de un "modelo de atención de la salud mental 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". Además, según lo establece el artículo 21 de la misma ley, el modelo comunitario de atención de la salud mental tiene las siguientes características: (i) se implementa continuamente, según las necesidades; (ii) satisface las necesidades de una población jurisdiccionalmente determinada en una red de servicios de salud; (iii) promueve la participación de la comunidad organizada, y (iv) promueve la recuperación total, 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.

9. Así, con respecto a medidas como la hospitalización en el marco de este modelo de atención de la salud mental, el artículo 27, numeral 1, de esta nueva ley señala a la hospitalización como un "recurso terapéutico de carácter excepcional, revisable periódicamente, y que solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos para la persona atendida que el resto de intervenciones posibles. Se realiza por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario."

10. Sin embargo, junto con lo señalado anteriormente, se debe recalcar que en el modelo de atención comunitaria resulta fundamental el concepto de consentimiento informado que debe brindar la propia persona en el contexto de los tratamientos médicos. El artículo 9, inciso 7, de la Ley 30947, Ley de Salud Mental, establece incluso al consentimiento informado como un derecho "que 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 habérsele proporcionado información precisa, suficiente y comprensible sobre el diagnóstico, tratamiento, medidas alternativas posibles y efectos secundarios y riesgos".

11. Esta disposición, además, debe leerse en concordancia con lo que dispone el Decreto Legislativo 1384 y su reglamento que introducen una serie de modificaciones al Código Civil, al Código Procesal Civil y al Decreto Legislativo del Notariado a fin de establecer el denominado sistema de apoyos y salvaguardias en la toma de decisiones para las personas con discapacidad. Resulta crucial, en este punto, recordar que el referido decreto legislativo ha modificado el artículo 42 del Código Civil para establecer que toda persona mayor de dieciocho años, incluyendo a todas las personas con discapacidad, tiene plena capacidad de ejercicio independientemente de si usan o requieres apoyos para la manifestación de su voluntad.

12. En ese sentido, este Tribunal recuerda lo que se dejó establecido en el fundamento 39 de la sentencia recaída en el Expediente 05048-2016-PA/TC:

> [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."

13. Sin embargo, sobre lo antes expuesto, se debe precisar que la situación económica de una familia no puede ser tomada como un factor determinante al momento de considerar si es que una persona con discapacidad debe, como medida excepcional, ser tratada a través de una medida de internamiento. En todo caso, podría ser un factor más a tomarse en cuenta, pero no ser un factor determinante. De lo contrario, podría correrse el riesgo que las personas con discapacidad que provienen de familias de escasos recursos se vean condenadas, en todos los casos, a ser internadas u hospitalizadas por su situación económica.

Análisis del caso concreto

14. De acuerdo con la información que obra en el expediente y a la luz de las consideraciones de este Tribunal, en el presente caso se puede advertir lo siguiente:

    a. La persona a favor de quien se interpone la presente demanda de habeas corpus, don Álvaro Martín Linares Cano, es una persona con síndrome de Asperger que a la fecha tendría 28 años de edad (fojas 37). Según la parte demandante (madre del favorecido), don Álvaro Martín Linares Cano se encuentra internado, contra su voluntad, en la Clínica Pinel SRL desde el 15 de marzo de 2018. La madre del favorecido señala que su

hijo es objeto de tratos crueles e inhumanos al interior de dicha clínica.

b. Don Álvaro Martín Linares Cano habría sido internado en la Clínica Pinel SRL a la edad de 26 años por su padre, don Walter Ricardo Linares Arenaza (el codemandado). Dicho internamiento habría sido llevado a cabo sin el consentimiento del favorecido, pese a que don Álvaro Martín Linares Cano no era una persona que, para esa fecha, estuviera bajo un régimen de interdicción según las disposiciones legales vigentes en aquel entonces.

c. Hasta antes de su internamiento, don Álvaro Martín Linares Cano asitía a la institución educativa Andares y recibía tratamiento médico ambulatorio por parte de una psicóloga, un pisquiatra y un terapista de manera regular.

d. La demandante, en su calidad de madre, habría solicitado la historia clínica de su hijo a la clínica demandada, recibiendo como respuesta que la misma le sería proporcionada cuando les hiciera llegar la resolución judicial que la designe como curadora de don Álvaro Martín Linares Cano. Señala, al respecto, que la solicitud la realizó mediante carta de fecha 3 de abril de 2019; fecha en la cual ya se encontraba en vigor el Decreto Legislativo 1384 que eliminó la figura de la interdicción y curatela para las personas con discapacidad.

e. La demandante refiere que desde que su hijo fue internado en la Clínica Pinel SRL ha tenido poco contacto con él. Refiere, además, que en las pocas visitas que ha podido tener ha observado cambios radicales en su salud y en su estado de ánimo. Señala que desde que ingresó a la referida clínica se ha podido evidenciar, entre otras cosas, una reducción preocupante en su peso.

f. En noviembre de 2019 se publicó en un programa televisivo un reportaje en el cual se daba cuenta de la situación por la que atraviesa el hijo de la demandante dentro de la Clínica Pinel SRL. Según refiere la recurrente, luego de la publicación de dicho reportaje su hijo habría sido víctima de represalias por parte del personal del establecimiento de salud (fojas 10).

g. Conforme se aprecia del Acta de fecha 6 de diciembre de 2019, el médico psiquiatra del Instituto de Medicina Legal de Lima tuvo a la vista la historia clínica del favorecido y, luego de evaluarlo, concluyó que brindó poca información, que se mostró heteroagresivo con tendencia a la impulsividad; que repite de forma reiterada que quiere escapar matando a todos los de la clínica; que no colaboró con la entrevista y que demuestra signos y síntomas de un síndrome orgánico cerebral; que es poco colaborador y no brinda mayor información o información inadecuada; que se le preguntó si prestó su consentimiento para estar internado, ante lo cual respondió que no; que se le preguntó si deseaba quedarse en la clínica y respondió que quiere irse matando; que se le preguntó con quién desea quedarse y respondió que "con su papito", e irse con él.

h. Asimismo, del Acta de visita inopinada de Susalud de fecha 5 de noviembre de 2019 (fojas 161), se advierte que el favorecido no presenta lesiones en tobillos y muñecas; que del examen de uñas de pies y manos se evidencia ausencia de lesiones y que presenta cambios de humor y repetida ideación de fugar y de ocasionar masacres.

i. En el informe evolutivo de fecha 6 de diciembre de 2019 (fojas 135), se advierte que el favorecido padece de trastorno generalizado, trastorno obsesivo compulsivo y trastornos delirantes, por lo que para su tratamiento requiere de apoyo de técnicos de enfermería de forma permanente las veinticuatro horas del día; y que requiere también de un tratamiento farmacológico y psicoterapéutico, entre otras medidas y medicinas.

j. De la Evaluación Psiquiátrica 073223-2019-PSQ, de fecha 9 de diciembre de 2019 (fojas 138), se aprecia que el favorecido presenta trastorno del espectro autista, síndrome psicótico y que requiere de tratamiento médico especializado por psiquiatría, bajo supervisión por persona y/o institución responsable permanente y de la Historia Clínica (fojas 166); además, se observa que el favorecido tiene cuadros de autismo, heteroagresivo, con ideas obsesivas y con comportamientos compulsivos, que lo llevan a episodios de agresividad; presenta, además, inestabilidad, agresividad, autismo y psicosis orgánica, y que recibe diversa medicación.

k. Según el recurso de agravio constitucional, el favorecido todavía se encontraría internado en la Clínica Pinel S.R.L. (fojas 473).

15. De lo expuesto en el párrafo precedente se pueden advertir una serie de situaciones que no pueden ser pasadas por alto y que, de hecho, demostrarían la configuración de la vulneración del derecho a la libertad individual en perjuicio de don Álvaro Martín Linares Cano.

16. Al respecto, se debe tener en cuenta en primer lugar que, a la fecha en la que el favorecido fue internado en la Clínica Pinel SRL (15 de marzo de 2018), el marco normativo dedicado a las situaciones de internamiento de personas con discapacidad mental en nuestro país se encontraba regulado esencialmente por la Ley 26842, Ley General de Salud; la Ley 29889, que modificó el artículo 11 de la Ley 26842; el Decreto Supremo 033-2015-SA que aprobó el Reglamento de la Ley 29889, la Ley 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud; la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo 002-2014-MIMP.

17. Sin embargo, como ya se expuso supra, a la fecha nuestro país cuenta con una ley específica que se ocupa de la salud mental, en general, y de los internamientos y hospitalizaciones, en particular. Dicha ley, como también ya se señaló, acoge una nueva perspectiva en el tratamiento de la salud mental. Este nuevo enfoque, que encuentra además sus fundamentos en el modelo social de la discapacidad, busca la atención desinstitucionalizada de las personas con discapacidad mental, priorizando de esa manera su libertad y su capacidad de decisión. Además, no se puede olvidar, tal y como se señaló en el fundamento 54 de la sentencia recaída en el Expediente 05048-2016-PA/TC, que la Ley 29889 (vigente a la fecha del internamiento del favorecido y hoy derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30947, Ley de Salud Mental) ya había incorporado parcialmente el modelo de atención comunitaria, dando prioridad a la atención ambulatoria en la atención de la salud mental.

18. Sin embargo, en el caso de autos no se aprecia que se haya llevado a cabo un análisis de las alternativas al tratamiento intramural y,

mucho menos, que se haya buscado y respetado la manifestación de voluntad de don Álvaro Martín Linares Cano sobre quien, además, no pesaba ninguna sentencia de interdicción que le nombrase algún curador que tomase las decisiones en su lugar (lo que si podía haber ocurrido dado el ordenamiento jurídico vigente en marzo del 2018).

19. La ausencia de consentimiento se puede apreciar, además, del Acta de fecha 6 de diciembre de 2019 (fojas 107) en la que consta la evaluación del médico psiquiatra del Insituto de Medicina Legal de Lima en la que don Álvaro Martín Linares Cano manifestó que no había prestado su consentimiento para estar internado y que deseaba irse de la clínica.

20. Ahora, si bien es cierto que don Edmundo Martín Johanson Lazarte, en su condición de representante del demandado don Walter Ricardo Linares Arenaza, a alegado que el internamiento del favorecido en la clínica es lícito conforme a lo que preveía el artículo 4 de la Ley 26842, Ley General de Salud, por tratarse de una situación de "emergencia psiquiátrica", lo cierto es que esta no era la única norma vigente en esa fecha que abordaba esta cuestión. De hecho, como ya se indicó supra, ya se encontraba vigente la hoy derogada Ley 29889 que supuso un primer paso hacia la erradicación de la institucionalización en la atención de la salud mental.

21. El Reglamento de la otrora Ley 29889, aprobado por Decreto Supremo 033-2015- SA, regulaba en su artículo 16 lo relativo al consentimiento informado. De manera específica, el literal c) establecía que para el caso de la "emergencia psiquiátrica", si es que la persona no se encontraba en capacidad de discernir, su familiar directo podría firmar los documentos de autorización para el internamiento u hospitalización. Tambien se establecía que, ante la imposiblidad de que dicho consentimiento sea prestado por un familiar directo, se debía proceder a comunicar a la fiscalía de turno correspondiente la necesidad del internamiento u hospitalización o del procedimiento, para que la autoridad expida los documentos de autorización pertinentes. Por su parte, el artículo 3, numeral 5, del mismo reglamento definía el concepto de "emergencia psiquiátrica" como la "alteración mental que pone en riesgo la integridad del paciente y/o de terceros, determinada por el médico evaluador."

22. Tal y como se puede apreciar, la normativa vigente al 15 marzo del 2018 (fecha en la que don Álvaro Martín Linares Cano fue internado en la Clínica Pinel SRL) establecía una condición para aplicar un internamiento con prescindencia del consentimiento de la persona en una situación de emergencia psiquiátrica: no encontrarse en capacidad de discernir. Esta condición de falta de capacidad de discernimiento, según la normativa vigente en aquella fecha, se determinaba judicialmente a través de lo que se conocía como interdicción en donde se nombraba a una persona como curadora de la persona con discapacidad mental para que la sustituya en la toma de decisiones (un paradigma que ciertamente ya ha sido superado en la actualidad por el Decreto Legislativo 1384).

23. Sobre el particular, este Tribunal debe recordar que en la sentencia recaída en el Expediente 05842-2006-PHC/TC consideró como un hecho vulneratorio del derecho a la libertad personal de un grupo de personas internadas en el Instituto de Salud Mental "Honorio Delgado-Noguchi" del Ministerio de Salud el que muchas de ellas hayan sido internadas sin prestar su consentimiento de manera personal o a través de un curador designado en el marco de un proceso judicial de interdicción [Cfr. fundamentos 114 y 139].

24. En consecuencia, este Tribunal considera que, a la luz de los hechos expuestos y de las circunstancias que rodean al presente caso, el internamiento de don Álvaro Martín Linares Cano en la Clínica Pinel SRL constituye una vulneración de su derecho a la libertad individual en la medida que el procedimiento para su internamiento se llevó a cabo sin cumplirse los párametros exigidos por la legislación vigente en aquella fecha.

Efectos de la presente sentencia

25. En vista que don Álvaro Martín Linares Cano no está sujeto a ninguna medida de interdicción (lo que ciertamente no sería posible actualmente) ni tampoco cuenta con apoyos establecidos al amparo del Decreto Legislativo 1384, según la información con que dispone este Tribunal, corresponde ordenar que se restablezca la libertad del favorecido y que se garantice la continuación de un tratamiento médico ambulatorio bajo los parámetros que exige el modelo de atención comunitaria de la salud mental.

26. Asimismo, para efectos de los procedimientos y tratamientos médicos que sean necesarios, en lo sucesivo deberá tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 30947, Ley de Salud Mental y su reglamento, con especial énfasis en lo referido al consentimiento informado. Para tal fin, el juez de ejecución del presente proceso de habeas corpus además deberá informar a don Álvaro Martín Linares Cano sobre la posibilidad que tiene, bajo las modificaciones normativas actuales, de contar con apoyos y salvaguardias para la toma de decisiones según lo establece el Decreto Legislativo 1384 si así lo desea.

27. Por otro lado, en virtud de las particularidades propias del caso concreto, este colegiado dispone que las partes emplazadas informen a este Tribunal sobre lo dispuesto en el fundamento 25 de la presente sentencia luego de transcurridos 30 días hábiles desde la fecha de notificación de la misma. Así también deberá informarse cada 120 días sobre el estado de salud de don Álvaro Martín Linares Cano tanto al juez de ejecución del presente proceso como a la Defensoría del Pueblo, entidad que deberá realizar el seguimiento que corresponda conforme a sus funciones.

28. Además, tal y como lo hizo en las sentencias recaídas en los Expedientes 02480- 2008-PA/TC y 05048-2016-PA/TC, este Tribunal debe recordar la importancia del papel que desempeña la familia que, en el presente caso, debe asumir una posición de garante en beneficio de la salud mental de don Álvaro Martín Linares Cano. Sobre el particular, este colegiado no puede pasar por alto que esta no es la primera vez que se judicializa un caso relacionado con la salud y la libertad de don Álvaro Martín Linares Cano. En efecto, en el Expediente 03597-2017-PHC/TC este colegiado resolvió una demanda de habeas corpus interpuesta también por la madre del favorecido y, aunque en aquella ocasión el objeto de la demanda era distinto a la del caso de autos, no deja de llamar la atención que en aquella oportunidad se alegaran hechos vinculados con la condición de salud de don Álvaro Martín Linares Cano. Este Tribunal considera que todas estas situaciones no hacen más que poner en vilo la tranquilidad y el bienestar que el favorecido requiere. Por lo tanto, es necesario instar a la familia, y en general a quienes rodean a don Álvaro Martín Linares Cano, a poner su voluntad, su bienestar y su salud (tanto física como mental) en el centro de todas sus actuaciones.

29. Por otro lado, este Tribunal también advierte que en el presente caso la parte demandante sostiene que el favorecido habría sido objeto de tratos crueles e inhumanos por parte del personal médico de la clínica demandanda. Al respecto, este Tribunal no encuentra en el expediente elementos que demuestren la ocurrencia de tales tratos que, de ser el caso, significarían una vulneración del derecho a la integridad personal del favorecido. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada en este extremo.

30. Finalmente, en un extremo de la demanda se solicita que se ordene a la clínica demandada la entrega del historial médico completo de don Álvaro Martín Linares Cano a la demandante, madre del favorecido. Se alega la vulneración del derecho de petición por la negativa de la clínica demandada de hacer entrega de dicha información.

31. Al respecto, se debe recordar que en la sentencia recaída en el Expediente 00404- 2015-PHC/TC, se estableció que si en un proceso de habeas corpus se alega la vulneración del derecho de petición, lo primero que se debe dilucidar es si corresponde analizar la alegada vulneración del derecho de petición en esta vía. Al respecto, como se sabe, el objeto protegido por el proceso de habeas corpus es la libertad individual. Sin embargo, por mandato del artículo 200, numeral 1, de la Constitución, puede protegerse además los derechos constitucionales conexos.

32. En el presente caso, lo solicitado no tendría incidencia directa y negativa en el derecho a la libertad individual de la recurrente o del favorecido, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente en lo que corresponde a la alegada vulneración del derecho de petición. Ello, al no haberse acreditado suficientemente la conexidad. Por consiguiente, en este extremo resulta de aplicación el artículo 7, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad individual de don Álvaro Martín Linares Cano.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo relativo a la vulneración del derecho a la integridad personal e **IMPROCEDENTE** con relación a la vulneración del derecho de petición, según los fundamentos 29 al 32 de la presente sentencia.

3. **ORDENAR** a la Clínica Pinel SRL que restituya la libertad de don Álvaro Martín Linares Cano.

4. **DISPONER** que el juez de ejecución del presente proceso de habeas corpus informe a don Álvaro Martín Linares Cano sobre la posibilidad de contar con apoyos y salvaguardias si así lo desea, según lo establecido en el fundamento 26 de la presente sentencia.

5. **DISPONER** que las partes emplazadas informen cada 120 días sobre el estado de salud de don Álvaro Martín Linares Cano tanto al juez de ejecución del presente proceso como a la Defensoría del Pueblo, según el fundamento 27 de la presente sentencia.

6. **DISPONER** que las partes emplazadas en el presente caso informen a este Tribunal sobre lo dispuesto en el fundamento 25 de la presente sentencia luego de transcurridos 30 días hábiles desde la fecha de notificación de la misma.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia de autos, considero necesario señalar que la referencia a la libertad personal que se hace en la misma, debe ser entendida como libertad individual, la que, de acuerdo al artículo 200, inciso 1, de la Constitución, es la protegida por el hábeas corpus, además de los derechos constitucionales conexos, siendo la libertad individual un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, entre los que se encuentra, por supuesto, la libertad personal o física, pero no únicamente ella; derechos que, enunciativamente, están reconocidos en los diversos incisos del artículo 33 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

BLUME FORTINI

VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Coincido con el sentido de la ponencia, en razón a lo allí expresado. En consecuencia, considero que se debe:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad individual de don Álvaro Martín Linares Cano.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo relativo a la vulneración del derecho a la integridad personal e **IMPROCEDENTE** con relación a la vulneración del derecho de petición.

3. **ORDENAR** a la Clínica Pinel SRL que restituya la libertad de don Álvaro Martín Linares Cano.

4. **DISPONER** que el juez de ejecución del presente proceso de habeas corpus informe a don Álvaro Martín Linares Cano sobre la posibilidad de contar con apoyos y salvaguardias si así lo desea.

5. **DISPONER** que las partes emplazadas informen cada 120 días sobre el estado de salud de don Álvaro Martín Linares Cano tanto al juez de ejecución del presente proceso como a la Defensoría del Pueblo.

6. **DISPONER** que las partes emplazadas en el presente caso informen a este Tribunal sobre lo dispuesto en el fundamento 25 de la sentencia luego de transcurridos 30 días hábiles desde la fecha de notificación de la misma.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, al discrepar por lo resuelto en la sentencia de mayoría.

La demanda pretende que: (i) se ordene la invalidez del internamiento involuntario de don Álvaro Martín Linares Cano realizado por la Clínica Pinel SRL; (ii) se ordene a la clínica demandada que libere al favorecido; (iii) se ordene a la clínica demandada la entrega del historial médico completo del favorecido; y, (iv) se declare que la clínica demandada y los médicos tratantes del favorecido cometieron tratos crueles en perjuicio de su integridad.

Como se expuso en el Expediente 01833-2019-PHC/TC, cuando la atención de la salud mental del paciente hace necesario su internamiento en una institución médica adecuada, se requiere su consentimiento informado; si ello no es posible, la decisión la deben tomar sus representantes legales, conforme lo definía el artículo 45 del Código Civil vigente al momento en el que el favorecido fue internado (15 de marzo de 2018).

Distinto es el caso cuando media una situación de urgencia y no se ha iniciado el procedimiento de designación de representantes. El legislador ordinario no ha previsto tales situaciones. En tal situación, las reglas previstas para la sucesión intestada permiten suplir el vacío normativo respecto a qué familiares han de participar en esta decisión. Los artículos 816 y 817 del Código Civil dicen:

> Artículo 816.- Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

> El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.
>
> Artículo 817.- Los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación.

Una decisión como el internamiento de una persona sin su consentimiento no debe ser adoptada por uno solo de sus familiares. Tal decisión debe ser tomada cuando menos por dos o más de ellos, que representen una mayoría de los derechos sucesorios correspondientes. Esta participación debe constar por escrito, con la firma de los familiares que intervinieron en su adopción.

Además, cuando se adopte una decisión de este tipo, esta debe ser puesta en conocimiento del juez que conoce de la solicitud de ayudas o salvaguardas, si existiese una en trámite; o comunicada en el escrito de solicitud de las mismas al juez competente, para que tome conocimiento de ello y las apruebe, e inmediatamente nombre ayudas y salvaguardas provisionales, en tanto emita una decisión final.

No es la primera vez que la justicia constitucional recurre a normas ordinarias para resolver un proceso de habeas corpus; anteriormente, ha recurrido, por ejemplo, a la servidumbre de paso para proteger el derecho al libre tránsito.

En este caso, el favorecido fue internado en la Clínica Pinel SRL el 15 de marzo de 2018, sin su consentimiento o sin que haya mediado una situación de urgencia que pudiera incidir sobre su vida o salud. Al respecto, la autorización suscrita por el padre del favorecido (f. 56) solo refiere que el internamiento se realiza para seguir el tratamiento indicado por el médico.

En autos se cuenta con diversa información médica, como la constatación judicial donde consta la entrevista realizada por el médico psiquiatra del Instituto de Medicina Legal de 6 de diciembre de 2019, donde consta que aquel no quería seguir en la clínica (f. 107); el acta de visita inopinada de SuSalud de 5 de noviembre de 2019 (f. 161); el informe evolutivo de 6 de diciembre de 2019 (f. 135); y, la evaluación

psiquiátrica 073223-2019- PSQ, de 9 de diciembre de 2019 (f. 138). Esta última refiere que el favorecido presenta:

1. Trastorno de espectro autista.
2. Síndrome sicótico.
3. Requiere continuar con tratamiento médico especializado por psiquiatría, bajo supervisión por persona y/o institución responsables en forma permanente.

Sin embargo, no consta en autos que los familiares hayan iniciado o seguido un proceso para declarar su incapacidad, o para la designación de ayudas o salvaguardas, conforme a la legislación vigente. Por ello, corresponde ordenar su salida de la clínica emplazada.

No obstante, el favorecido tiene necesidades especiales de cuidado y debe recibir la medicación necesaria. Por ello, el egreso del favorecido debe producirse siempre y cuando un familiar directo lo recoja y se haga responsable de su cuidado, protección y salud; dicha persona, además, debe hacerse responsable de los actos que ejecute el favorecido sobre sí mismo y respecto de terceros, desde que egrese de la clínica.

De otro lado, la demandante, en su condición de madre del favorecido, ha solicitado la entrega de la historia clínica. Dicha solicitud es razonable pues es uno de los familiares directos que puede adoptar decisiones para la protección y cuidado del favorecido. Negarle dicha información impediría que ella conozca el real estado de salud del favorecido, y el tratamiento de que es objeto. En ese sentido, la entrega de dicha información solo está sujeta al pago del costo de reproducción respectivo.

En consecuencia, considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA** en todos sus extremos.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 973/2021

EXP. N.° 02825-2017-PHC/TC
JUNÍN

ELEODORO ROJAS CARHUALLANQUI, representado por ERICK LUIS ROJAS LÁZARO - REPRESENTANTE

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 23 de noviembre de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto), Sardón de Taboada (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

2. Disponer que, en lo sucesivo, las personas detenidas y sobre las cuales no se haya desvanecido la presunción de inocencia deben ser tratadas y consideradas como tales, en tanto no existe un pronunciamiento definitivo por parte de las autoridades jurisdiccionales que revierta esta condición.

3. La Policía Nacional del Perú y las entidades competentes deben abstenerse de presentar en ruedas de prensa a las personas que han sido detenidas, y sobre las cuales aun no se ha desvanecido la presunción de inocencia.

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
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre de 2021, 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 Ferrero Costa, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Erick Luis Rojas Lázaro, abogado de don Eleodoro Rojas Carhuallanqui, contra la resolución de fojas 56, de fecha 11 de mayo de 2017, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de abril del 2017, don Erick Luis Rojas Lazaro interpone demanda de hábeas corpus a favor de Eleodoro Rojas Carhuallanqui, y la dirige contra el Director de la Sexta Macre Regional Policial, don José Luis Cueva Velarde; el Ministro del Interior, don Carlos Basombrio Iglesias; el equipo de investigación de la DIVINCRI; solicitando que se disponga la suspensión de la rueda de prensa programada para el 17 de abril del 2017, a las 15:00 horas, en la DIVINCRI, en la que se presentará a nivel nacional a don Eleodoro Rojas Carhuallanqui como integrante de la organización criminal "La Gran Familia del Centro".

Alega que, exponerlo públicamente en la rueda de prensa como integrante de dicha organización criminal, pese a que, no media ninguna sentencia condenatoria dirigida en su contra, afecta el principio de presunción de inocencia; así también, señala que dicha exposición constituye un trato inhumano y degradante por presentarlo ante los medios de comunicación nacional como un delincuente. Por otro lado, sostiene que se exige un cierto nivel de diligencia al momento de narrar y enfocar la

noticia, si su contenido podría resultar lesivo para el honor de una persona, lo cual no ocurre en el presente caso.

El Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Junín, con fecha 18 de abril del 2018, declara improcedente la demanda, puesto que, la exposición en la rueda de prensa como un integrante de una banda criminal no es un acto que suponga la afectación de su derecho a la libertad personal o de sus derechos conexos. Por otro lado, no es procedente analizar la alegada afectación del principio de presunción de inocencia, pues no constituye un derecho conexo a la libertad personal, en razón de que, no se evidencia de que forma la exposición en la rueda de prensa afectaría su libertad personal; así tampoco, supone un acto degradante e inhumano.

La Sala Penal de Apelaciones de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, con fecha 11 de mayo del 2017, confirma la improcedencia de la demanda de habeas corpus; pues la alegada afectación de los derechos conexos a la libertad personal, tales como, la presunción de inocencia, el derecho al honor y la buena reputación, no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, no tienen incidencia alguna que pretenda afectar o vulnerar el derecho a la libertad personal del actor; en vista de que, el beneficiario esta privado de su libertad en mérito de una orden judicial desde el 17 de abril del 2017.

FUNDAMENTOS

& Delimitación del petitorio

1. La presente demanda de habeas corpus, tiene por objeto la suspensión de la rueda de prensa programada para el 17 de abril del 2017, a las 15:00 horas, en la DIVINCRI, en la que se presentará a nivel nacional a don Eleodoro Rojas Carhuallanqui como integrante de la organización criminal "La Gran Familia del Centro", por considerar que afecta al principio de presunción de inocencia, el derecho al honor, la buena reputación, y no someterse a tratos crueles e inhumanos.

& Sobre la eventual sustracción de la materia

2. Este Tribunal advierte, en primer lugar, que la rueda de prensa a la que se refiere la parte recurrente se habría realizado el 17 de abril

de 2017, a las 15:00 horas, en la sede de la Divincri. En ese sentido, en este caso, en principio, correspondería declarar la sustracción de la materia, ya que el daño alegado en el escrito de demanda habría devenido en irreparable.

3. Sin embargo, el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone que "[s]i luego de presentada la demanda, cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda […]. De este modo, si este Tribunal estimara que la demanda debe ser declarada como fundada, estará habilitado para emitir un pronunciamiento en estos términos, a fin que conductas como las que fueron cuestionadas por la parte demandante no se repitan.

4. En este caso, se cuestiona una práctica recurrente, que es la relativa a la exposición en ruedas de prensa de las personas detenidas. Es por ello que, independientemente que, en este caso, se haya vuelto irreparable la vulneración de los derechos de la parte recurrente, este Tribunal estima relevante emitir un pronunciamiento de fondo con la finalidad de determinar si es que dicho proceder resulta o no compatible con los derechos y principios que se reconocen tanto en la Constitución como en los diversos tratados internacionales que han sido suscritos por el Estado peruano.

5. De este modo, el pronunciamiento de este Tribunal se ceñirá a determinar si es que la exposición de los detenidos a las ruedas de prensa es una práctica que resulta o no permisible en virtud del cuadro de principios, derechos y valores de nuestro texto constitucional.

& Sobre la exposición de los detenidos en ruedas de prensa

6. En este caso, la parte recurrente solicita que se disponga la suspensión de la rueda de prensa programada para el 17 de abril del 2017, a las 15:00 horas, en la DIVINCRI, en la que se presentará a nivel nacional a don Eleodoro Rojas Carhuallanqui como integrante de la organización criminal "La Gran Familia del Centro".

7. Se alega que la exposición pública del favorecido en la rueda de prensa como integrante de dicha organización criminal, pese a que, no media ninguna sentencia condenatoria en su contra, afecta el principio de presunción de inocencia. También, señala que dicha exposición constituye un trato inhumano y degradante por presentarlo ante los medios de comunicación nacional como un delincuente. Por otro lado, sostiene que se exige un cierto nivel de diligencia al momento de narrar y enfocar la noticia, si su contenido podría resultar lesivo para el honor de una persona, lo cual no ocurre en el presente caso.

8. Los hechos expuestos por la parte recurrente suelen ser frecuentes en las prácticas policiales. Esto obedece a la existencia de determinadas disposiciones que habilitan la presentación pública de las personas detenidas. En efecto, el Decreto Supremo Nº 005-2012-JUS se ha dispuesto, específicamente en el artículo 1, la derogación del Decreto Supremo Nº 01-95-JUS. Este último cuerpo normativo prohibía la presentación pública por parte de la autoridad policial de los detenidos con motivo de la comisión de cualquier delito, aunque exceptuando de esta prohibición a las personas que, en calidad de cabecillas, jefes u otras equivalentes se encontraran implicadas en los delitos de traición a la patria o terrorismo.

9. Es importante destacar que este decreto supremo fue declarado como inconstitucional por la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. En efecto, en la Acción Popular Nº 16682-2016-LIMA, el referido órgano jurisdiccional precisó que

> se ha producido un desmejoramiento de la situación de protección brindada a los detenidos en virtud de lo dispuesto por el principio constitucional de presunción de inocencia, pues, en efecto, el carácter optimizador del Decreto Supremo 001- 95-JUS se ha visto cancelado por el Decreto Supremo N°005- 2012-JUS.
>
> En tal sentido, el Decreto Supremo derogatorio está contraviniendo el mandato de optimización que se desprende de todo principio - derecho constitucional [considerando décimo séptimo].

10. En la parte resolutiva de la sentencia, se resolvió declarar inconstitucional el Decreto Supremo Nº 005-2012-JUS, por lo que se dispuso su expulsión del ordenamiento jurídico de conformidad con el tercer párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional del año 2004. Del mismo modo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 del referido cuerpo de normas, las sentencias recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen la autoridad de cosa juzgada, "por lo que vinculan a todos los poderes pú licos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación".

11. Este Tribunal advierte que no se ha adoptado, desde la fecha en que se declaró la inconstitucionalidad del Decreto Supremo Nº 005-2012-JUS, algún decreto supremo o reglamento en el que exista alguna pretensión de regular la situación relativa a la exposición pública de las personas detenidas. Ahora bien, el hecho que no se haya adoptado alguna regulación específica con posterioridad a la expedición de este decreto no significa que se trata de un escenario no regulado por el derecho, ya que existen diversos principios constitucionales y penales que son aplicables y que corresponde que sean resaltados por este Tribunal.

    a) Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la presunción de inocencia

12. Uno de los principios que pueden verse afectados por la exposición en ruedas de prensa de personas no condenadas es el de la presunción de inocencia. Este derecho constitucional se debe garantizar en, por lo menos, dos niveles: a) como regla de juicio o prueba; y, b) como regla de trato.

13. En relación con el primer ámbito en el que se destaca la presunción de inocencia, es importante recordar que "no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido pro ar como descargo en defensa de su inocencia" [TC 00156- 2012-HC, fundamento 12]. De esta primera regla también se deriva el deber de no condenar a una persona mientras que no exista certeza de su responsabilidad penal, por lo que, en el caso que las pruebas actuadas no permitan deducir esta conclusión,

corresponderá que la autoridad jurisdiccional proceda a la absolución del imputado. De esta manera, la presunción de inocencia "es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probando corresponde a quien acusa" [Corte IDH. Caso Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C Nº 275, párr. 233].

14. En lo que respecta al segundo ámbito de la presunción de inocencia, esto es, como regla de trato, este Tribunal ha precisado 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" [STC 01768-2009-PA, fundamento 5]. En un sentido similar, la Corte IDH a indicado que "[e]l derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella" [Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C Nº 275, párr. 235].

15. La referencia a la presunción de inocencia como regla de trato que informa el desarrollo del proceso también se ha trasladado a la normatividad infraconstitucional. En efecto, el Código Procesal Penal del 2004 reconoce que "[…] toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, o tenida y actuada con las de idas garantías procesales".

16. Una vez precisado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la presunción de inocencia, corresponde examinar la situación de aquellas personas que, sin una sentencia firme, son expuestas en ruedas de prensa, particularmente ante los medios de comunicación. Con este propósito, este Tribunal examinará cómo esta situación se ha analizado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una vez examinado este punto, se examinará el contexto nacional, y se determinará si es que la exposición en ruedas de prensa de personas detenidas resulta o no compatible con la Constitución.

b) La exposición de detenidos ante los medios de comunicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

17. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es posible advertir la existencia de pronunciamientos a propósito de la situación de las personas que, sin contar con una sentencia firme, son expuestas ante los medios de comunicación. De hechos, los dos principales tribunales regionales de derechos humanos -esto es, tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo- se han pronunciado sobre este punto.

18. En el caso de la Corte Interamericana de Derechos, se ha sostenido que la exposición ante los medios de comunicación con un traje infamante, cuando la persona en cuestión aun no ha sido procesada ni condenada, supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y esto se precisó a propósito de una denuncia en contra del Estado peruano [Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C Nº 33, párr. 119].

19. En lo que respecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicho órgano jurisdiccional, en el caso Lizaso Asconobieta vs. España, tuvo la oportunidad de pronunciarse a propósito de la realización de ruedas de prensa en las que se presentaba a una persona ante los medios de comunicación como culpable. En ese sentido, en este pronunciamiento se precisó lo siguiente:

> 40. En el presente asunto, el Tribunal o serva que, el de junio de 1 4, sólo tres días después del arresto y detención del demandante en el marco de una operación policial

> llevada a cabo contra la organización terrorista .T. ., el Gobernador civil de Guipúzcoa organizó una rueda de prensa.
>
> 41. Identificó al demandante por su nombre en dos ocasiones, a petición de los periodistas. Se refirió al demandante, sin matices ni reservas, como uno de los miembros de un comando terrorista que a habían sido detenidos en una operación policial. A este respecto, el Tribunal señala que el Gobernador civil no se refirió al demandante como un presunto miembro del comando, aun cuando la investigación policial no había finalizado en el momento en el que se celebró la rueda de prensa. Por otra parte, el Gobernador civil se aló que las fuerzas y cuerpos de seguridad habían llegado a la convicción de que este comando era el responsable de tres atentados mortales cometidos en la provincia de Guipúzcoa.
>
> 42. El Tribunal observa que la rueda de prensa convocada por el Gobernador civil tuvo lugar cuando el demandante no había sido aun puesto a disposición del Juez para hacer su declaración [TEDH. Asunto Lizaso Azconobieta vs. España. Sentencia de 28 de junio de 2011, párr. 40 al 42].

20. En relación con estos hechos, el Tribunal precisó que era "particularmente importante en esta fase precoz, es decir antes incluso de la apertura de diligencias penales contra el demandante, no formular alegaciones públicas que pudieran ser interpretadas como una confirmación de que el demandante había sido considerado culpable o, al menos, miembro de un comando terrorista asesino" [TEDH. Asunto Lizaso Azconobieta vs. España. Sentencia de 28 de junio de 2011, párr. 43].

21. Este Tribunal advierte que los pronunciamientos de los principales tribunales regionales de derechos humanos son una fuente importante para la interpretación de los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución. Y ello no solo por el mandato expreso de la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional o en virtud de lo previsto en el artículo IX del Nuevo Código Procesal Constitucional, sino porque, además, reflejan un importante consenso internacional en relación con la idea que la

presentación pública de detenidos representa una vulneración del derecho a la defensa.

22. Precisado lo anterior, corresponde que el Tribunal determine si la exposición en ruedas de prensa de personas sobre las cuales aun no se ha revertido la presunción de inocencia supone una vulneración de la Constitución.

c) La exposición de detenidos en ruedas de prensa en el ordenamiento peruano

23. En el escenario peruano, se generaría la impresión que la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Supremo Nº 005-2012-JUS ha producido un vacío normativo respecto de la manera de cómo se debe tratar a las personas que no cuentan con condena frente a los medios de comunicación. Sin embargo, ello no es así. Al respecto, el Código Procesal Penal del año 2004 contiene una disposición a propósito del caso de las personas expuestas ante los medios de comunicación. Así, el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar dispone que "[h]asta antes de la sentencia firme, **ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido"** (énfasis agregado).

24. De este modo, dicho cuerpo normativo establece, de forma diáfana, la forma en que las autoridades involucradas en la persecución del delito deben proceder cuando se trata de personas que no cuentan aun con una sentencia firma que pueda revertir la presunción de inocencia.

25. Este Tribunal estima que, en la práctica, esto supone que las autoridades deben abstenerse de, por ejemplo, promover prácticas en las que a las personas involucradas con la comisión de un delito se las exhiba públicamente a la prensa. En ese sentido, se suele hacer referencia en la doctrina a la existencia de los denominados "juicios paralelos". Se suele entender que esta clase de "enjuiciamientos fuera del proceso" son efectuados por parte de los medios de comunicación, y versan, por lo general, sobre una persona cuya situación jurídica está pendiente de ser resuelta por una autoridad jurisdiccional. En el desarrollo de esta labor informativa, suele ser natural que los integrantes de la prensa formulen algún juicio de valor en relación con los hechos.

26. Para este Tribunal, es parte de la labor de la prensa el informar sobre hechos delictivos. De hecho, no se discute la trascendental labor que desarrollan como vehículo para la conducción de la información en una sociedad democrática. Sin embargo, cuando esta clase de situaciones se advierten a propósito de las ruedas de prensa, la exhibición de la persona, aunado a diversos juicios de valor sobre su condición, incentivan y fortalecen los estigmas que puedan generarse en relación con las personas detenidas.

27. Ciertamente, las autoridades estatales suelen invocar razones a favor de la exposición pública de los detenidos. Por ejemplo, el ya declarado inconstitucional Decreto Supremo 005-2012-JUS precisaba, para justificar esta clase de prácticas, que "las agencias de control penal requieren contar con los mecanismos que permitan combatir eficazmente el delito y el crimen organizado" o que "la lucha frontal contra la criminalidad organizada en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, exige indefectiblemente la adopción de medidas concretas destinadas a afrontar de la manera más efectiva posible a los responsa les de los diversos actos ilícitos que afectan la esta estabilidad socio-económica y que socavan las ases mismas del orden jurídico-social".

28. Sin embargo, estas finalidades, aunque constitucionalmente legítimas, no guardan una relación directa o inmediata con las herramientas o medios empleados por el Estado para conseguirlas. En efecto, la lucha contra la criminalidad organizada -o, agregaríamos, contra la delincuencia en general- no exige, para su materialización, que una persona ya detenida sea expuesta públicamente ante los medios de comunicación.

29. De similar forma, no aprecia este Tribunal que exista una conexión inevitable entre el establecimiento de medidas para afrontar de forma más efectiva la realización de hechos delictivos y la exposición pública de las personas detenidas. De hecho, la presentación en ruedas de prensa se efectúa cuando la política criminal del Estado ya se concretó en la detención de la persona. Una vez efectuado este acto, las autoridades tanto del Ministerio Público como las del Poder Judicial cuentan con una serie de herramientas legales -como la prisión preventiva, o el establecimiento de otras restricciones a la libertad personal- para asegurarse que el proceso judicial pueda continuar

con normalidad, y sin que se afecte la presunción de inocencia del imputado, la cual, en todo caso, podrá ser revertida en el caso que existan las pruebas suficientes para acreditar su culpabilidad.

30. Finalmente, este Tribunal debe precisar que esta clase de exposiciones ostentan un mayor nivel de gravedad cuando a la persona se le exhibe ante los medios de comunicación con los chalecos de "detenido" o "procesado". n todo caso, más allá que dicha condición pueda ser cierta al interior del proceso judicial respectivo, lo cierto es que esta exposición ante los medios de comunicación genera un estigma social difícilmente superable para la persona. En efecto, aunque con posterioridad la autoridad jurisdiccional expida un fallo absolutorio, en realidad la imagen de la presentación del detenido ante la sociedad como si fuera culpable ocasiona una huella que suele perseguirla incluso cuando el proceso ha culminado.

31. Sin perjuicio de lo expuesto, se podría argumentar por parte de las autoridades responsables de la persecución del delito que el uso de chalecos o de otros distintivos en los que se resalte la condición de "detenido" o "procesado", se suele realizar con la finalidad de identificar a la persona involucrada con el hecho delictivo. Sin embargo, tampoco estime este Tribunal que la consecución de este propósito solo sea realizable con la colocación de chalecos. En efecto, ya existen disposiciones en los cuerpos normativos penales que regulan la forma en cómo se debe conducir a los detenidos. Por ejemplo, el artículo 367.6 del Código Procesal Penal del a o 2004 dispone que "el imputado preso preventivo, en todo el curso del juicio, comparecerá sin ligaduras ni prisiones, acompañado de los efectivos policiales para prevenir el riesgo de figua o de violencia […]". Si bien es cierto esta regla aplica, en principio, para las personas sobre las cuales ya existe una resolución que ordena la prisión preventiva, se trata de una medida que bien se puede aplicar para evitar que las personas detenidas puedan eludir la acción de la justicia.

32. De este modo, para el Tribunal Constitucional la exhibición de personas detenidas en ruedas de prensa, y el uso de chalecos en los que se indique que la persona tiene la condición de "detenida" o "procesada" genera una severe afectación del derecho a la presunción de inocencia. En ese sentido, las autoridades involucradas con la persecución del delito deben abstenerse, en lo sucesivo, de realizar o

promover esta clase de prácticas. La Defensoría del Pueblo también se ha pronunciado en términos similar al sostener que considera necesario

> que la Policía Nacional adopte mecanismos de seguridad acorde con el respeto a la presunción de inocencia, por ende debe evitar el uso de indumentaria que haga alusión a la situación procesal de los investigados. Corresponde al Poder Judicial en su rol garante de derechos humanos corregir situaciones en las cuales se otorgue a los detenidos un trato que afecte este derecho y pueda de forma adicional lesionar su dignidad personal [Defensoría del Pueblo. Pronunciamiento Nº 025/DP/2018, de fecha 17 de octubre de 2018, punto 5].

33. Ahora bien, en el presente caso, como ya se ha advertido, no resulta posible reponer la situación del recurrente al estado anterior de la vulneración. En efecto, la rueda ya se habría realizado el 17 de abril de 2017, a las 15:00 horas, en la sede de la Divincri. Sin embargo, en virtud del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, este Tribunal opina que la demanda debe ser estimada con el propósito de prevenir que conductas similares ocurran en el futuro, y ello no solo en relación con el ahora recurrente, sino respecto de cualquier detenido en general.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

2. Disponer que, en lo sucesivo, las personas detenidas y sobre las cuales no se haya desvanecido la presunción de inocencia deben ser tratadas y consideradas como tales, en tanto no existe un pronunciamiento definitivo por parte de las autoridades jurisdiccionales que revierta esta condición.

3. La Policía Nacional del Perú y las entidades competentes deben abstenerse de presentar en ruedas de prensa a las personas que han

sido detenidas, y sobre las cuales aun no se ha desvanecido la presunción de inocencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues, si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, no suscribo sus fundamentos 19, 20 y 21 (parcialmente).

La razón es que no existe un «mandato expreso» (fundamento 21) ni implícito de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sea una fuente para la interpretación de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, pues el Perú, como es evidente, no es parte del tratado que crea dicho tribunal, esto es, el Convenio Europeo de Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950.

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la resolución de autos, considero necesario señalar que la referencia a la libertad personal que se hace en la misma, debe ser entendida como libertad individual, la que, de acuerdo al artículo 200, inciso 1, de la Constitución, es la protegida por el hábeas corpus, además de los derechos constitucionales conexos, siendo la libertad individual un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, entre los que se encuentra, por supuesto, la libertad personal o física, pero no únicamente ella; derechos que, enunciativamente, están reconocidos en los diversos incisos del artículo 33 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Comparto lo resuelto en el Expediente 02825-2017-PHC porque el apartado f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; y, en consecuencia:

> Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Además, el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal precisa que:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales

   En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido [énfasis añadido].

La presunción de inocencia requiere, pues, la protección y el respeto a todo persona sometida a una investigación o juicio. La Constitución y la ley obligan a las autoridades a otorgarle un trato digno y no presentarlo como culpable, mientras no haya una sentencia condenatoria firme. La práctica de exhibir públicamente a personas investigadas o procesadas con esposas en las muñecas afecta la presunción de inocencia y convierte a la administración de justicia en un espectáculo circense abominable. Quienes incurran en ella deben ser castigados ejemplarmente, así cuenten con el aplauso fácil de la prensa o las redes sociales.

Dicha práctica puede presionar a las personas a adoptar medidas extremas, como ocurrió con el dos veces expresidente constitucional de la República Alan García Pérez. La madrugada del 17 de abril de 2019, el representante del Ministerio Público tocó la puerta de su domicilio acompañado no solo por agentes policiales sino también por reporteros del principal canal de televisión y de la principal radio del país. Antes de ser vejado públicamente, el expresidente prefirió suicidarse. Solo han transcurrido dos años: el juez debe determinar cómo los medios –e incluso las redes sociales– sabían que se efectuaría esa detención, siendo la prisión preventiva una disposición de carácter estrictamente reservado; debe determinar si entonces se buscaba la justicia y no el escarnio político.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero en base a las consideraciones que a continuación expongo:

1. Como lo he expresado en votos anteriores, considero enfáticamente que la exhibición pública de un detenido contraviene la presunción de inocencia establecida en el artículo 2 inciso 24 parágrafo e) de la Norma Fundamental. Y es que debe recordarse que toda persona debe ser considerada inocente mientras no cuente con una sentencia condenatoria firme que determine su culpabilidad.

2. A mayor abundamiento, el principio de presunción de inocencia, como regla de trato, *"supone que el Estado no puede tratar al ciudadano de otra forma que como inocente hasta que un juez o tribunal, después de un proceso con todas las garantías, declare probada su culpabilidad"*.[83] Inclusive, la presunción de inocencia va más allá y también tiene efectos en las relaciones entre privados, en la medida que *"(...) los medios de comunicación tendrían la obligación de tratar a cualquier ciudadano como no autor de un ilícito y la persona objeto de la información el derecho a ser tratada como tal. En otros términos, los medios de comunicación tienen prohibido atribuir a una persona la comisión o participación en un delito (o infracción no penal) hasta que no haya sentencia condenatoria al respecto"*.[84]

3. Estas dimensiones de la presunción de inocencia son las que dan sustento a la prohibición de exhibir a los presuntos responsables de un hecho delictivo frente a los medios de comunicación, sin que

83 FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En: J.L. Martí, J.J. Moreso (eds.): "Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010", Marcial Pons, 2012. p. 172.

84 FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En: J.L. Martí, J.J. Moreso (eds.): "Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010", Marcial Pons, 2012. pp. 169-170.

previamente se haya determinado a ciencia cierta su responsabilidad penal en los hechos materia de investigación. Así lo ha señalado en el plano internacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo Reparaciones Y Costas):

> 160. El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.

4. También en el plano internacional, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 32 titulado "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia" (2007), se ala en su parte pertinente lo siguiente:

> 30. (…) Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado[85]. Normalmente, los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia.

5. Mientras que, a nivel interno, la presunción de inocencia en el tratamiento de personas detenidos y la prohibición de ser exhibidas ya ha merecido diversos pronunciamientos por parte de diversas entidades garantes de derechos humanos. En primer lugar, la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia de fecha 12 de abril de 2017 (Acción Popular 16682-2016) confirmó la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 005-2012-JUS, al considerar que dicha normativa, en la medida que *"(...) permite la exhibición frente a*

85 Comunicación Nº 770/1997, *Gridin c. la Federación de Rusia*, párrs. 3.5 y 8.3.

la prensa de un detenido, sin fijar, en forma alguna, como deberán cumplirse los requisitos de discreción y cautela exigidos por la Corte Interamericana, lesiona de manera manifiesta el derecho a la presunción de inocencia" (Fundamento décimo séptimo).

6. Por su parte, este Tribunal Constitucional también se pronunció sobre el tema en la Sentencia 569/2021 recaída en el Expediente 02570-2018- PA/TC. Así, este colegiado expuso lo siguiente:

> (…)
>
> 17. Teniendo en cuenta los hechos antes señalados, se aprecia que tanto la elaboración de la nota cuestionada, así como su difusión, se efectuó en el marco del inicio de una investigación EXP. N.° 02825-2017-PHC/TC JUNÍN ELEODORO ROJAS CARHUALLANQUI, REPRESENTADO POR ERICK LUIS ROJAS LÁZARO - REPRESENTANTE policial sobre un presunto hecho reconocido por los recurrentes, etapa en la cual prima el principio de presunción de inocencia, dado que aún no ha habido una determinación judicial de la responsabilidad penal.
>
> 18. En tal sentido, aun cuando a nivel policial es necesario que durante el día se tomen nota de los diversos actos en los que han participado el personal de la Policía Nacional en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, ello no implica que en dicha etapa se pueda atribuir con cierta probabilidad o certeza, responsabilidades penales a los investigados, pues dicha determinación es una competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial a través de los órganos jurisdiccionales competentes.
>
> 19. Por tal motivo, la elaboración y posterior difusión de una nota informando la presunta responsabilidad penal de los investigados sí lesiona el principio constitucional a la presunción de inocencia (…)

7. En el mismo sentido, la Defensoría del Pueblo, en su Pronunciamiento 025/DP/2018, de fecha 17 de octubre de 2018, señaló expresamente que la presentación pública de personas con distintivos que hagan alusión a su condición de "detenido" contraviene el derecho a la presunción de inocencia previsto en el literal e) del

artículo 2.24 de la Constitución. En ese sentido, exhortó a la Policía Nacional a adoptar mecanismos de seguridad acorde con el respeto a la presunción de inocencia, evitando el uso de indumentaria que haga alusión a la situación procesal de los investigados; mientras que al Poder Judicial le recomendó, en su rol garante de derechos humanos, a corregir situaciones en las cuales se otorgue a los detenidos un trato que afecte este derecho y pueda de forma adicional lesionar su dignidad personal.

8. Al respecto, concuerdo con todo lo expuesto anteriormente. Ello, en razón a que la presentación como delincuentes de presuntos implicados, sin que se haya determinado su responsabilidad sobre los hechos, hace de la misma una suerte de condena anticipada, que podría incidir en el resultado e imparcialidad de los jueces(az) penales competentes.

9. Ahora bien, además de que la demanda incide sobre el derecho de presunción de inocencia, considero que en el presente caso confluye o concurre el derecho al honor, sobre el cual conviene detenerse y realizar algunas precisiones. El honor sería un derecho derivado de la dignidad humana, consistente en no ser escarnecido o humillado ante uno mismo (honra u honor propiamente dicho) o ante los demás (buena reputación) [STC 4099-2005-PA/TC, FJ. 5]. Así, el tema central para su comprensión es que se verifique la existencia de un desmerecimiento en la consideración propia o ajena.

10. A mi juicio, esta situación de exhibición pública de un detenido vulnera el honor tanto en el sentido de honra como en el de buena reputación. En cuanto a honra, es pertinente señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación vulnera el artículo 5.2 de la Convención Americana (caso Loayza Tamayo vs Perú, párr. 58), el cual se establece la prohibición de someter a cualquier persona a penas o tratos degradantes. De otro lado, la exhibición pública de los detenidos vulnera su buena reputación en tanto y en cuanto son presentados como autores de delitos, sin que exista un pronunciamiento judicial firme. Lo expuesto puede generar estigmas que afectan los ámbitos de sus vidas y familiares, más aún si en la actualidad las plataformas digitales y los diversos medios sociales almacenan estos datos que pueden

detectarse continuamente a través de los distintos buscadores de internet.

11. Por último, es necesario recordar que toda actuación de cualquier persona que cuente con una cuota de autoridad debe desenvolverse dentro de las pautas de un Estado Constitucional, el cual prohíbe por cierto el sacrificio (total) de bienes o derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 982/2021
EXP. N.° 01660-2018-PHC/TC
VENTANILLA
VÍCTOR ALFREDO POLAY CAMPOS y otros

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de noviembre de 2021, los magistrados Ledesma Narváez (con fundamento de voto), Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda conforme a los fundamentos 9 y 28.
2. Declarar **FUNDADA EN PARTE** por vulneración del derecho a la educación de los beneficiarios.
3. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo y a las autoridades competentes a dar cumplimiento a lo que se ordenó en el expediente 1711- 2014-PHC/TC, a fin de no vulnerar el derecho a la educación de los beneficiarios.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto del resto de lo que contiene.

Por su parte, el magistrado Sardón de Taboada emito un voto singular declarando improcedente la demanda en todos sus extremos.

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
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2021 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada, pronuncian la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, y se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Alfredo Polay Campos, don Miguel Rincón Rincón, don Oscar Alberto Ramírez Durand y don Florindo Eleuterio Flores Hala contra la resolución de fojas 400, de fecha 14 de marzo de 2018, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de junio de 2017, los recurrentes interponen demanda de habeas corpus contra el jefe del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (Cerec), capitán de Navío Manuel Parrales Rospigliosi (f. 1). Denuncian lo siguiente: (i) se ha dispuesto que las visitas se realicen en la sala adjunta al locutorio; (ii) el interno Flores Hala es mantenido en aislamiento durante cinco años; (iii) se incumplen y restringen sus derechos de comunicación telefónica reconocido en el reglamento del Cerec; (iv) no se atienden varios problemas de la salud de los actores; (v) el derecho de educación con el que cuentan viene siendo vulnerado; y (vi) existe un manejo arbitrario de la censura a la correspondencia y la información.

Afirman que el 1 de marzo de 2017, mediante memorandos 134, 137 y 138 se les comunicó que sus visitas se realizarían nuevamente en la "sala de visitas"; asimismo, que dos años atrás de presentada la

demanda, a causa de su buen comportamiento, y atendiendo a que el tratamiento penitenciario se lleva a cabo mediante el sistema progresivo, se autorizó que sus visitas sean recibidas en sus salas de trabajo, cuando la sala adjunta al locutorio estuviese ocupada; autorización que incluso permitió que todas sus visitas familiares y especiales se realicen en sus salas de trabajo.

Alegan que la norma de ejecución penal señala que las visitas se realizan en un ambiente especial o acondicionado, por lo que consideran que sus salas de trabajo son el ambiente adecuado y no la sala adjunta al locutorio, en donde se habría probado que se realizan escuchas y grabaciones. Señalan que el realizarse las visitas en la sala adjunta al locutorio implica el retroceso en sus tratamientos sin la existencia de falta alguna, pues el recibir sus visitas en las salas anteriormente mencionadas constituye un avance convertido en costumbre consuetudinaria.

Manifiestan que se les efectúa un trato discriminatorio, ya que lo que les correspondería es un régimen ordinario de visitas de sus familiares y amigos tres veces por semana y todo el día según el horario de atención del penal, sin embargo, solo se permiten visitas de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad. Aducen que después de tantos años de recibir la visita familiar en el ambiente que consideran adecuado (salas de trabajo), se ha vuelto a la sala adjunta al locutorio, que es un ambiente tenso y hostil, por lo que dicho retroceso puede ser claramente tipificado como un trato cruel, degradante e inhumano, prohibido por los tratados internacionales.

Señalan que se ha suspendido la visita sacerdotal de Ramírez Durand, para lo cual se justificó que el Comité Técnico debe volver a autorizarla. Precisan que la autorización de visitas especiales pasó de darse anualmente a otorgarse cada tres meses, lo cual mantiene en zozobra a los actores y a sus visitas. Indican que por medio de un memorándum, el jefe del Cerec les ha comunicado que si no quieren que sus visitas se realicen en sus salas de visita, lo soliciten al presidente del INPE y al Comité Técnico, pretendiendo así trasladar la responsabilidad de su cargo, que equivale al director de un penal.

Alegan que hace años vienen solicitando que se les permita realizar llamadas nacionales a sus familiares autorizados a visitarlos, al no poder ir a verlos por diversos contratiempos, sin embargo -bajo cualquier pretexto- sus solicitudes han sido denegadas por urgentes, excepcionales o

de emergencia que hayan sido. Refieren que desde hace cinco meses no se les permite hacer llamadas al exterior, para lo cual se aduce que la línea está dañada y no hay preocupación de repararla.

Denuncian que Flores Hala cuenta con un régimen de aislamiento individual desde su ingreso al penal, pues lleva cinco años sin contacto alguno con otro interno, aislamiento que se agrava con la denegatoria de las visitas de sus hijos y conviviente a quienes se les ha dado la condición de visitas especiales y se les autoriza la visita una vez al año y por única vez. Alegan que el aislamiento individual prolongado constituye un régimen inhumano que ha causado un deterioro en la salud física y mental del señor Flores Hala, en tanto que incluso el Reglamento del Cerec solo considera como sanción por falta grave un máximo de treinta días. Agregan que los actores han solicitado reiteradamente el traslado de Flores Hala al pabellón donde hay una celda vacía, pero dichas peticiones han sido denegadas.

Refieren que la atención a su salud ha disminuido, puesto que hace años ya no se realiza el análisis anual que recibían más o menos de manera integral. En los meses pasados se les hizo algunos análisis que sin explicación fueron parciales, las visitas de las juntas médicas se realizan sin conocimiento suficiente, a veces sin historias clínicas ni el instrumental necesario, por lo que sus problemas de salud se van acumulando por no ser atendidos oportunamente.

Precisan que en el caso de Ramírez Durand no se realiza desde hace algunos años la operación pendiente para extraerle las piedras de la vesícula biliar señaladas por las juntas médicas; en el caso de Rincón Rincón hace más de cuatro años que están pendientes los análisis de campo de ojos, tomografía y electroencefalograma que los médicos de las juntas han prescrito como urgentes respecto de la pérdida progresiva de su visión y su tratamiento; y, en el caso de Polay Campos, se requiere la curación de varias piezas dentales que hace bastante tiempo están dañadas y no se han curado o se curaron deficientemente, además que requiere la medida de la vista.

En el caso de Flores Hala se requiere tratamiento especializado de psiquiatría en relación al trastorno de personalidad, pérdida de la memoria y agudización de la ira que padece. Asimismo, necesita tratamiento de traumatología, una ecografía en relación a la hernia inguinal que el Cerec señaló que padece, pero el médico del penal dijo que era

lumbalgia, así como de las recetas para el hongo de uña y lesiones virales cuyas medicinas no se les ha proporcionado.

Señalan que en la Sentencia 01711-2014-PHC/TC se reconoció de forma expresa que los internos del Cerec tenían derecho a la educación en el amplio sentido de su concepto y se ordenó su cumplimiento, así como la modificación del reglamento correspondiente para tal fin. Sin embargo, lo ordenado no se cumple, por lo que incluso han recurrido vía el proceso de cumplimiento y el juez ha conminado el acatamiento de la dicha sentencia, pero en los hechos se desacata y se les niega el mencionado derecho.

Alegan que imponen una censura arbitraria a sus documentos y correspondencia. Precisan que hace varios años se estableció que los diarios y revistas de circulación nacional serían entregados el mismo día de las visitas tras la revisión del oficial de turno, pero hace dos meses se dispuso que aquellos vayan a censura y en su entrega se demoran de una a dos semanas sin explicación alguna. En el caso de sus correspondencias estaba establecido el plazo de 72 horas para que pase a censura y se entregue a sus familiares, plazo que no se cumple en los últimos meses en los que se demora más de una o dos semanas, lo cual afecta sus relaciones familiares. Señalan que últimamente se elevan sus informes y cartas dirigidas a instituciones y organismos de derechos humanos al Comité Técnico que sin contar con atribuciones de censura y sin explicación alguna ha denegado la salida de dichos documentos efectuando una censura a su libre albedrío y capricho de las autoridades del penal.

Realizada la investigación sumaria, la jueza del habeas corpus levantó el acta de constatación y entrevista de los demandantes en el lugar de los hechos (f. 26). Señala que las áreas que ocupan los actores constituyen lugares-ambientes limpios, con adecuada ventilación y bastante amplios. En el caso del interno Flores Hala se ha constatado que se encuentra en un ambiente separado de los demás internos, que su celda cuenta con dos ambientes, uno de los ambientes corresponde al lugar donde duerme y el otro ambiente al lugar donde recibe a sus abogados (sala de trabajo), así como un patio donde puede caminar y meditar en cualquier momento.

Señala la jueza del habeas corpus que, en relación a los internos señores Ramírez Durand, Rincón Rincón y Polay Campos se advierte que los tres comparten un área bastante amplia compuesta por un cuarto

para cada uno (donde duermen), una sala de trabajo (otro cuarto) donde reciben a sus abogados y un patio bastante amplio y grande donde pueden caminar y meditar en cualquier momento. Se constató que la "sala de visitas" trata de un ambiente grande con puerta, luz eléctrica y que cuenta con una mesa grande con sillas, espacio en el que los internos demandantes actualmente reciben a sus visitas de manera independiente; es decir, dicho espacio es ocupado por un interno y sus familiares de manera exclusiva en el horario que se señale de manera mensual.

Por otra parte, se recabó la declaración indagatoria del interno Flores Hala quien cuestionaba que le han notificado que se van a instalar cámaras dentro de su celda; asimismo, indica que se encuentra aislado, que no puede comunicarse con otros internos desde hace más de cinco años y que se encuentra enfermo.

A su turno, el interno Polay Campos señala que se encuentra sometido a un régimen inhumano, que el Decreto Supremo 024-2001 es inconstitucional y que no desea permanecer más en el Cerec, por lo que solicita estar en un penal administrado por el INPE y sometido al Código de Ejecución Penal y su reglamento. Añade que no se ha justificado con detalles el motivo del cambio de lugar de sus visitas familiares y que no le parece justa la decisión de colocar cámaras en las salas de trabajo donde recibe a sus abogados ni le parece adecuado que reciba a sus familiares en el ambiente asignado como la sala de visitas, puesto que no presenta garantías para sus conversaciones que son grabadas conforme ya sucedió en una oportunidad.

De otro lado, el interno Rincón Rincón señala que no se ha regulado un régimen conforme al Código de Ejecución Penal, sino que se sigue bajo el régimen del Decreto Supremo 024-2001. Refiere que la censura es una discrecionalidad sin fundamento, pues se le ha prohibido la entrega de la carta de fecha 26 de abril de 2016 dirigida a la Defensoría del Pueblo y se acepta la entrega o no una carta a un familiar de manera arbitraria, en tanto las cartas demoran dos semanas en ser entregadas o recibidas. Añade que a la fecha el INPE no resuelve el tema de la dolencia de sus ojos y que la junta médica sabe del estado de su salud.

Finalmente, el interno Ramírez Durand refiere que en su oportunidad el INPE le autorizó la visita de un sacerdote quien estuvo visitándolo hasta el mes de diciembre; no obstante, actualmente ya no asiste. Manifiesta que en el mes de octubre de 2016 cursó un escrito a la ministra

de Justicia, pero dicho documento fue censurado y no fue entregado a su destinataria.

De otro lado, el demandado jefe del Cerec, capitán de navío Manuel Jesús Parrales Rospigliosi (f. 37), señala que es jefe del servicio de Policía Naval desde el 16 de enero de 2017, cargo cuya duración es por el periodo de un año y que puede ser renovado, y que adicionalmente tiene la responsabilidad de administrar el Cerec bajo el sustento de su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 024-2001- JUS. Afirma que suscribió los memorándums en los que indicó que las visitas familiares se realizarían en la sala de visitas, ya que aquello es conforme al artículo 20 del citado reglamento, y que los internos cuentan con un ambiente adecuado para las visitas de sus familiares. Precisa que los referidos ambientes son dos salas de visitas que se encuentran a la derecha e izquierda de la puerta principal, que están equipadas con alumbrado eléctrico, ventilación, una mesa grande, con sillas en perfecto estado y se encuentran limpios y ordenados. Indica que los abogados son los únicos autorizados por el INPE para ingresar a la sala de trabajo y que no existen derechos adquiridos de los internos en relación al lugar donde reciban las visitas familiares.

Manifiesta que han existido algunas ocasiones en las que las salas de visitas han estado ocupadas por visitas de internos y por la falta de espacio es que excepcionalmente se les ha permitido que las visitas ingresen a su sala de trabajo, pero tal situación no es la regla, sino la excepción. Refiere que desconoce los fundamentos por los que el interno Flores Hala se encuentra en un ambiente distinto a los demás internos, en tanto es una disposición del INPE, pero puede precisar que propiamente no se trata de un aislamiento, a diario tiene contacto no solo con el personal de la Base Naval, sino con su abogado, la Cruz Roja Internacional, el médico del Cerec que lo atiende diariamente y el personal del órgano de Tratamiento Itinerante, entre otros.

Afirma que todos los internos son evaluados constantemente por los enfermeros de turno del hospital de la Base Naval del Callao, los cuales evalúan a los internos en turnos de mañana y noche, además de administrarles sus medicamentos prescritos por el médico en apoyo del Cerec. La evaluación se realiza en horarios laborales y en horas no laborales si hay alguna emergencia se coordina con el médico de turno del hospital de la Base Naval del Callao con lo cual están atendidos los 365 días del

año. Precisa que en el caso del interno Ramírez Durand se ha realizado la evaluación médica y el informe médico se elevó al INPE que es el que da el diagnóstico médico. Explica que cuando los requerimientos son de mayor complejidad, como el caso de Ramírez Durand que requiere ecografía de vesícula biliar y exámenes de laboratorio, en caso del interno Rincón Rincón una tomografía, un encefalograma y análisis de campos de ojos, es el INPE a quien le corresponde ejecutar dichos requerimientos, en tanto que la ejecución de estos no es la función del deponente.

Indica que en el caso del interno Polay Campos señala que no ha solicitado la curación de pieza dental alguna. En el caso de Flores Hala indica que recibe tratamiento psiquiátrico y psicológico, además de suministrarle medicamentos antidepresivos que algunas veces se niega a recibirlos y tomarlos, el referido requerimiento de ecografía por hernia inguinal –previo informe médico– se ha puesto en conocimiento del INPE y hasta el momento no hay respuesta. Señala que la implementación y ejecución del derecho a la educación corresponde al INPE, pues si bien el artículo 26 del Reglamento del Cerec lo faculta a programar la distribución horaria de actividades diarias, entre las que se encuentran las actividades culturales y educativas, la implementación de dicho sistema de educación exclusivamente le corresponde al INPE y no al deponente. Finalmente, señala que la censura se da de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 del aludido reglamento y a fin de que no se afecte la seguridad nacional y la seguridad de las instalaciones del Cerec. Precisa que no hay un plazo establecido para que se determine si pasa o no la censura, pero el deponente se preocupa por hacer el seguimiento y agilizarlo. Agrega que su gestión es respetuosa de los derechos fundamentales a la salud, comunicación, de visitas, alimentación y condiciones adecuadas de habitabilidad de los internos del Cerec.

Mediante escrito de fecha 7 de julio de 2017, el abogado César Oyola Gálvez señala que en representación de don Víctor Polay Campos y otros amplía la demanda como habeas corpus preventivo (f. 74). Refiere que los internos continúan entrevistándose con sus abogados en la sala de trabajo que tiene cada uno, pero el demandado ha efectuado la amenaza de instalar cámaras en dichas salas, lo cual sería un atentado a la privacidad y a la defensa. Aduce que no sería extraño que se instalen las cámaras en las salas de trabajo, pues el demandado ha aseverado que tiene un documento del alto mando que ordena dicha instalación. Agrega que la amenaza debe ser cierta e inminente y no conjetural ni presunta.

El procurador público del Instituto Nacional Penitenciario (f. 174) señala que los funcionarios del Cerec o del INPE no han vulnerado derecho constitucional alguno de los actores que pueda ser amparado vía el habeas corpus. Afirma que es obligación y responsabilidad del INPE brindar condiciones y ambientes adecuados para que los internos reciban las visitas de sus familiares y abogados en la medida que la infraestructura lo permita, es así que en el Cerec se ha previsto ambientes en los que pernoctan los internos, salas de trabajo y salas de visitas en relación a la infraestructura y su uso adecuado, no constituyendo tal situación la vulneración a los derechos del interno.

Refiere que como es de público conocimiento el INPE tiene instalado cámaras de video-vigilancia en los establecimientos penitenciarios, en establecimientos transitorios (carceletas) y en las áreas administrativas para la seguridad de sus instalaciones, de los internos y de los trabajadores, por lo que el Cerec cuenta con cámaras instaladas en zonas comunes debido a que es un establecimiento de máxima seguridad. Precisa que el sistema de video-vigilancia se encuentra autorizada por la Resolución Presidencial 083-2013-INPE/P, de fecha 18 de febrero de 2013. Agrega que en ningún momento los actores han sido desatendidos en cuanto al ingreso de sus visitas.

El Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Ventanilla, con fecha 17 de noviembre de 2017, declaró infundada la demanda y dispuso que se oficie al presidente del Consejo Nacional Penitenciario del INPE a fin de que informe sobre la salud de los internos (f. 209). Estima que el ambiente denominado sala de visitas presenta condiciones adecuadas, no solo de salubridad e higiene, sino de respeto a la intimidad y privacidad del interno y sus familiares, en la diligencia del habeas corpus no se ha constatado la existencia de cámaras de video o grabadoras dentro del ambiente examinado, por lo que las visitas efectuadas en dicho ambiente no pueden interpretarse como un trato cruel, degradante o inhumano.

En cuanto al aislamiento del interno Flores Hala señala que la distribución de los internos en sus celdas no es parte de la atribución de la jefatura del Cerec, por lo que tal decisión no depende del demandado, sino del Comité Técnico Penitenciario; no obstante, conforme se aprecia del Oficio 0285-2017-INPE/STCEREC, dicho interno recibe las visitas de su abogado, de los miembros de la Cruz Roja, de los profesionales del órgano de tratamiento del INPE, del personal de enfermeros, médico

del Cerec, personal administrativo del Cerec, así como la visita especial de Rodríguez Rodríguez, Ramírez Rodríguez y Salas Mariluz entre otras personas.

En cuanto a la restricción del derecho a la comunicación, el citado juzgado señala que aquello no ha sido acreditado, pues a la fecha de la interposición de la demanda la línea telefónica se encuentra en perfecto estado de operatividad. En cuanto a la censura de documentación y herramientas educativas se ha determinado que no existe prohibición ni demora arbitraria, en tanto pasen el control de la autoridad del Cerec, además que los demandantes no han acreditado la demora de setenta y dos horas que alegan.

En relación a los diversos problemas de salud de los actores el juzgado estima que no se ha demostrado con prueba alguna que exista una inacción o desinterés de parte del demandado en que se brinde una adecuada atención médica que afecte gravemente las condiciones carcelarias. Afirma que de autos se ha acreditado que los demandantes reciben atención médica (chequeo) en dos turnos, en tanto que la obligación de gestionar y brindar atenciones es del INPE. En cuanto al alegado derecho de educación, se señala que en la diligencia de constatación el juzgado comprobó la existencia de las actividades culturales y de la visita a los internos; no obstante, aquello no es competencia del demandado y el habeas corpus no es la vía para el reclamo de lo resuelto en la alegada sentencia recaída en el Expediente 01711-2014-PHC/TC.

La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla confirmó la resolución apelada por similares fundamentos. Agrega que los accionantes no han acreditado el alegado agravamiento de su situación carcelaria y que no corresponde que se solicite informe al INPE sobre la salud de los internos demandantes, ya que el presente habeas corpus ha sido dirigido contra el jefe del Cerec y, por ende, no se puede recabar tal información de una institución que no ha sido parte del presente proceso. Añade que las acciones cuestionadas que competen al INPE no forman parte del contenido de la demanda.

Mediante escrito de fecha 28 de abril de 2021, el procurador público del Instituto Nacional Penitenciario, absuelve la demanda, sosteniendo que si se dispuso que las visitas se realicen en la "Sala de Visitas", es porque dicho ambiente es el destinado para tales fines; respecto de la presunta restricción sobre quiénes podrían visitar a los accionantes,

indicó que el régimen adoptado no restringe derecho alguno, no solo porque tal situación ha sido materia de pronunciamiento en la Sentencia 774-2005-PHC/TC, sino porque vienen respetando lo previsto en el reglamento del Cerec; sobre las dolencias de los beneficiarios, señaló que estos han recibido las atenciones correspondientes; en el caso de Flores Hala, indica que no se encontraba en aislamiento, y que -actualmente- se ha dispuesto que por algunas horas del día y bajo estricta vigilancia, sea trasladado a los ambientes que ocupan sus codemandantes, asimismo, se ha permitido que las personas que aducen ser sus hijos y esposa, aun cuando no existe un documento que acredite tal condición, lo puedan visitar en diversas oportunidades y no una vez al año como se adujo. Añade que no se restringe derecho a la comunicación telefónica de los favorecidos, pues más allá de la avería temporal que presentó el servicio telefónico, este ha sido brindado dentro del marco señalado por el reglamento, de manera continua y adecuada; indica, además, que no existe un manejo arbitrario de la censura a la correspondencia y la información, pues obedece a fines de seguridad nacional. Finalmente, respecto de la presunta negativa en brindar educación, sostiene que se contaba con un equipo multidisciplinario, conformado por personal profesional de la dirección de tratamiento penitenciario del INPE, que acompañaba a los accionantes en sus actividades formativas y educativas, sin embargo, se encuentra suspendido a causa de la pandemia, pero será continuado una vez superado el estado de emergencia.

Por medio del escrito de fecha 14 de mayo de 2021, don Oscar Alberto Ramírez Durand aduce que, aun cuando ahora pueden realizar llamadas a sus abogados y familiares, las condiciones que motivaron la presentación de la demanda han empeorado, dado que no puede recibir ningún tipo de visitas, sean de familiares o de abogados (a causa de las medidas dispuestas por el gobierno); que se instalaron cámaras de video en sus salas de trabajo, impidiéndoles, además, recibir en ellas a sus abogados; que el aislamiento de su codemandante Flores Hala se mantiene; que los problemas de salud que padecen siguen desatendidos; no se ha cumplido con lo dispuesto en la Sentencia 01711-2014-PHC, para que puedan recibir educación técnica o superior; y, se mantiene el "sistema de censura" –entre otros– de sus documentos judiciales, correspondencia, libros, por parte de la Dirección de Inteligencia Naval.

Mediante escrito de fecha 9 de junio de 2021, don Florindo Eleuterio Flores Hala, secunda los argumentos esgrimidos por Ramírez

Durand, solicitando que se aplique el sistema progresivo de tratamiento penitenciario; asimismo, que cese el aislamiento individual que se le ha aplicado, pues lo considera carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena. De otro lado, respecto a los problemas de salud que adolece, sostiene que estos siguen desatendidos, y si bien los emplazados indicaron que recibe tratamiento psiquiátrico y psicológico, este no es idóneo, por lo que requiere que sea atendido por otro psiquiatra.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que el CEREC (Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao), deje de incurrir en diversos actos, entre los que se encuentran: que las visitas se realizan en salas inadecuadas; que el favorecido Flores Hala sufre una especie de aislamiento individual, pues no tiene contacto con otro interno, lo que genera deterioros en su salud física y mental; que a los favorecidos no se les permite ejercer su derecho a la comunicación telefónica; que existe una desatención progresiva de la salud de los favorecidos; que existe una negativa de brindarle educación a los favorecidos; y, que existe arbitrariedad en el manejo de la censura en la correspondencia de los favorecidos y en el acceso a la información.

Análisis del caso

2. La Constitución ha consagrado en su artículo 200, inciso 1, que el habeas corpus procede contra el hecho u omisión de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad personal o los derechos constitucionales conexos a ella, entre ellos el derecho a la libertad de tránsito reconocido en el artículo 2, inciso 11, de la Constitución y previsto en el artículo 25, inciso 6, del Código Procesal Constitucional.

3. En la Sentencia 02663-2003-HC/TC, este Tribunal señaló que el habeas corpus correctivo procede ante la amenaza o acto lesivo contra el derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o el derecho a la salud de las personas que cumplen un mandato de detención o de pena y de quienes, con una especial relación de sujeción, se encuentran internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados.

4. Asimismo, en el fundamento 2 de la Sentencia 01019-2010-PHC/TC, se precisó que el artículo 25, inciso 17 del Código Procesal Constitucional prevé el denominado habeas corpus correctivo, estableciendo que 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". Por tanto, procede ante actos u omisiones que comporten violación o amenaza del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y, de manera muy significativa, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, y del derecho a la visita familiar, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. Por ello, debe tenerse presente que la Administración Penitenciaria asume la responsabilidad de la salud de las personas que se encuentran recluidas en un establecimiento penitenciario.

5. El cumplimiento de condiciones adecuadas de prisión es un tema recurrente en el Estado Constitucional, el cual ha asumido la rehabilitación del reo como uno de los principios del régimen penitenciario (Sentencia 00803- 2003-PHC/TC). La plena vigencia de los derechos requiere, por lo tanto, desechar cualquier finalidad de la privación de la libertad personal reñida con la dignidad humana.

6. En ese sentido, la evaluación de las condiciones en las que una persona cumple condena ha sido susceptibles de evaluación por parte de este Tribunal Constitucional, en el marco de lo previsto desde sus primeros pronunciamientos, en lo que se ha conocido como el habeas corpus correctivo. La arbitrariedad, es decir el trato carente de razonabilidad y proporcionalidad que menciona el Código, se verifica en cada caso concreto, a partir de los elementos particulares del mismo, como pueden ser la peligrosidad de la persona recluida, el delito involucrado o las posibilidades de fuga, aspectos que han sido evaluados en la jurisprudencia constitucional.

Sobre el carácter progresivo del régimen del CEREC

7. Los beneficiarios alegan que las condiciones bajo las que se encuentran cumpliendo su condena, implican un retroceso y una negación de sus derechos penitenciarios, encontrándose ante regímenes violatorios de derechos humanos, negando el carácter progresivo, de

readaptación y resocialización que la Constitución establece como fundamento del tratamiento penitenciario.

8. Al respecto, este Tribunal, en el expediente 1711-2014-PHC/TC, ya habría dado respuesta a este mismo cuestionamiento, desestimándolo, considerando que aunque la progresividad no se haya previsto para el régimen excepcional del CEREC, no implica que esto sea inconstitucional o que vulnere derechos, pues la progresividad no es la única forma de ejecutar un mandato constitucional, y la decisión de adoptarlo para uno u otro régimen es facultad exclusiva del legislador.

9. Por lo expuesto, este extremo debe ser declarado improcedente al haber merecido pronunciamiento previamente por este Tribunal, conforme al artículo 6 del Código Procesal Constitucional, regulado actualmente en el artículo 15 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Sobre el ambiente en donde se reciben las visitas y sobre la restricción a estas

10. Por un lado, los beneficiarios sostienen que el 1 de marzo de 2017, mediante se les comunicó que sus visitas se realizarían nuevamente en la "sala de visitas"; asimismo, que dos años atrás de presentada la demanda, a causa de su buen comportamiento, y atendiendo a que el tratamiento penitenciario se lleva a cabo mediante el sistema progresivo, se autorizó que sus visitas sean recibidas en sus salas de trabajo, cuando la sala adjunta al locutorio estuviese ocupada; autorización que incluso permitió que todas sus visitas familiares y especiales se realicen en las denominadas salas de trabajo.

11. Alegan que la norma de ejecución penal señala que las visitas se realizan en un ambiente especial o acondicionado, por lo que consideran que sus salas de trabajo son el ambiente adecuado y no la sala adjunta al locutorio, en donde se habría probado que se realizan escuchas y grabaciones. Señalan que el realizarse las visitas en la sala adjunta al locutorio implica el retroceso en sus tratamientos sin la existencia de falta alguna, pues el recibir sus visitas en las salas anteriormente mencionadas constituye un avance convertido en costumbre consuetudinaria.

12. Manifiestan que se les efectúa un trato discriminatorio, ya que lo que les correspondería es un régimen ordinario de visitas de sus familiares y amigos tres veces por semana y todo el día según el horario de atención del penal, sin embargo, solo se permiten visitas de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad. Aducen que después de tantos años de recibir la visita familiar en el ambiente que consideran adecuado (salas de trabajo), se ha vuelto a la sala adjunta al locutorio, que es un ambiente tenso y hostil, por lo que dicho retroceso puede ser claramente tipificado como un trato cruel, degradante e inhumano, prohibido por los tratados internacionales.

13. Al respecto, la parte demandada señala que los funcionarios del Cerec o del INPE no han vulnerado derecho constitucional alguno de los actores que pueda ser amparado vía el habeas corpus. Afirma que es obligación y responsabilidad del INPE brindar condiciones y ambientes adecuados para que los internos reciban las visitas de sus familiares y abogados en la medida que la infraestructura lo permita, es así que en el Cerec se ha previsto ambientes en los que pernoctan los internos, salas de trabajo y salas de visitas en relación a la infraestructura y su uso adecuado, no constituyendo tal situación la vulneración a los derechos del interno.

14. Este Tribunal ha señalado a través de su jurisprudencia que afectar desproporcionadamente el derecho a la visita familiar de los reclusos podría atentar contra la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, enunciada en el artículo 139°, inciso 22), de la Norma Fundamental (Exp. Nº 1429-2002-HC, fundamento 11).

15. Ello desde luego no implica que no se puedan llevar a cabo restricciones a las visitas, las mismas que pueden justificarse en razones de seguridad penitenciaria o prevención de comisión de nuevos delitos.

16. Así por ejemplo este Tribunal en anterior ocasión, ha desestimado el hábeas corpus que fuera interpuesto por uno de los demandantes (Víctor Polay) en el que se cuestionaba la colocación de locutorios en el CEREC (Exp. N.º 774-2005-PHC/TC). Al respecto, dicha restricción del derecho a las visitas fue en su momento validada por este Tribunal Constitucional (Cfr Exp. Nº 774-2005-HC).

17. Así pues, sobre este punto, a fojas 26 obra en autos el Acta Entrevista de Internos, mediante la cual queda acreditada por la jueza de primera instancia que, la referida "sala de visitas" es un ambiente grande con puerta, luz eléctrica y que cuenta con una mesa grande con sillas, espacio en el que los internos demandantes actualmente reciben a sus visitas de manera independiente; es decir, dicho espacio es ocupado por un interno y sus familiares de manera exclusiva en el horario que se señale de manera mensual. En este sentido, no se puede concluir que dicha sala no sea un ambiente adecuado, como afirman los demandantes.

18. Asimismo, sobre el alegato que algunos de los demandantes han vertido sobre que ya no se les permite recibir visitas, por ejemplo, en el caso de Ramírez Durand, de un sacerdote que lo visitaba, esto no ha quedado acreditado tampoco de autos.

19. Sobre lo alegado a que la referida sala tiene aparatos que graban las conversaciones; sin embargo, de autos dicha situación tampoco ha quedado acreditada; por lo que los extremos de la demanda referidos a una vulneración a su derecho a las visitas, también debe ser desestimado.

Sobre la presunta vulneración del derecho a la salud

20. Los beneficiarios sostienen que existen diferentes situaciones que han vulnerado su derecho a la salud. Entre las que enumeran, que hace años no se realiza el análisis anual que recibían, que las visitas de las juntas médicas se realizan sin conocimiento suficiente, a veces sin historias clínicas ni el instrumental necesario, por lo que sus problemas de salud se van acumulando por no ser atendidos oportunamente. Agregan que en el caso de Ramírez Durand no se realiza desde hace algunos años la operación pendiente para extraerle las piedras de la vesícula biliar señaladas por las juntas médicas; en el caso de Rincón Rincón hace más de cuatro años que están pendientes los análisis de campo de ojos, tomografía y electroencefalograma que los médicos de las juntas han prescrito como urgentes respecto de la pérdida progresiva de su visión y su tratamiento; y, en el caso de Polay Campos, se requiere la curación de varias piezas dentales que hace bastante tiempo están dañadas y no se han curado o se curaron deficientemente, además que requiere la medida de la vista.

21. Asimismo, que en el caso de Flores Hala se requiere tratamiento especializado de psiquiatría en relación al trastorno de personalidad, pérdida de la memoria y agudización de la ira que padece. Asimismo, necesita tratamiento de traumatología, una ecografía en relación a la hernia inguinal que el Cerec señaló que padece, pero el médico del penal dijo que era lumbalgia, así como de las recetas para el hongo de uña y lesiones virales cuyas medicinas no se les ha proporcionado.

22. El demandado, jefe del CEREC, afirma que todos los internos son evaluados constantemente por los enfermeros de turno del hospital de la Base Naval del Callao, los cuales evalúan a los internos en turnos de mañana y noche, además de administrarles sus medicamentos prescritos por el médico en apoyo del Cerec. La evaluación se realiza en horarios laborales y en horas no laborales si hay alguna emergencia se coordina con el médico de turno del hospital de la Base Naval del Callao con lo cual están atendidos los 365 días del año. Precisa que en el caso del interno Ramírez Durand se ha realizado la evaluación médica y el informe médico se elevó al INPE que es el que da el diagnóstico médico. Explica que cuando los requerimientos son de mayor complejidad, como el caso de Ramírez Durand que requiere ecografía de vesícula biliar y exámenes de laboratorio, en caso del interno Rincón Rincón una tomografía, un encefalograma y análisis de campos de ojos, es el INPE a quien le corresponde ejecutar dichos requerimientos, en tanto que la ejecución de estos no es la función del deponente.

23. Agrega que en el caso del interno Polay Campos señala que no ha solicitado la curación de pieza dental alguna. En el caso de Flores Hala indica que recibe tratamiento psiquiátrico y psicológico, además de suministrarle medicamentos antidepresivos que algunas veces se niega a recibirlos y tomarlos, el referido requerimiento de ecografía por hernia inguinal –previo informe médico– se ha puesto en conocimiento del INPE y hasta el momento no hay respuesta.

24. De autos, tanto de lo actuado en primera instancia, como de los argumentos esgrimidos por los beneficiarios y los demandados, no existe evidencia que exista vulneración al derecho a la salud de los demandantes. Por el contrario, se observa que en cierta medida se han dado atención a sus requerimientos, que reciben atención

oportuna, como se reconoce, por ejemplo, en el caso de Flores Hala, que sí se accedió a su requerimiento de atención psiquiátrica, pero que este no la consideraba idónea, por lo que solicitaba un cambio de psiquiatra. En este sentido, al no quedar acreditada una vulneración del derecho a la salud de los beneficiarios, se debe declarar infundada la demanda en este extremo.

Sobre la presunta vulneración del derecho a la comunicación

25. Alegan que hace años vienen solicitando que se les permita realizar llamadas nacionales a sus familiares autorizados a visitarlos, al no poder ir a verlos por diversos contratiempos, sin embargo -bajo cualquier pretexto- sus solicitudes han sido denegadas por urgentes, excepcionales o de emergencia que hayan sido. Refieren que desde hace cinco meses no se les permite hacer llamadas al exterior, para lo cual se aduce que la línea está dañada y no hay preocupación de repararla.

26. Alegan que imponen una censura arbitraria a sus documentos y correspondencia. Precisan que hace varios años se estableció que los diarios y revistas de circulación nacional serían entregados el mismo día de las visitas tras la revisión del oficial de turno, pero hace dos meses se dispuso que aquellos vayan a censura y en su entrega se demoran de una a dos semanas sin explicación alguna. En el caso de sus correspondencias estaba establecido el plazo de 72 horas para que pase a censura y se entregue a sus familiares, plazo que no se cumple en los últimos meses en los que se demora más de una o dos semanas, lo cual afecta sus relaciones familiares. Señalan que últimamente se elevan sus informes y cartas dirigidas a instituciones y organismos de derechos humanos al Comité Técnico que sin contar con atribuciones de censura y sin explicación alguna ha denegado la salida de dichos documentos efectuando una censura a su libre albedrío y capricho de las autoridades del penal.

27. En cuanto a la restricción del derecho a la comunicación, de las diligencias realizadas, la jueza de primera instancia sostiene que esta situación no ha quedado acreditada, pues a la fecha de la interposición de la demanda la línea telefónica se encontraba en perfecto estado de operatividad. En cuanto a la censura de documentación y herramientas educativas se ha determinado que no existe

prohibición ni demora arbitraria, en tanto pasen el control de la autoridad del Cerec, además que los demandantes no han acreditado la demora de setenta y dos horas que alegan.

28. Al respecto, el procurador del INPE refiere que como es de público conocimiento el INPE tiene instalado cámaras de video-vigilancia en los establecimientos penitenciarios, en establecimientos transitorios (carceletas) y en las áreas administrativas para la seguridad de sus instalaciones, de los internos y de los trabajadores, por lo que el Cerec cuenta con cámaras instaladas en zonas comunes debido a que es un establecimiento de máxima seguridad. Precisa que el sistema de video-vigilancia se encuentra autorizada por la Resolución Presidencial 083-2013-INPE/P, de fecha 18 de febrero de 2013.

29. Añade que no se restringe derecho a la comunicación telefónica de los favorecidos, pues más allá de la avería temporal que presentó el servicio telefónico, este ha sido brindado dentro del marco señalado por el reglamento, de manera continua y adecuada; indica, además, que no existe un manejo arbitrario de la censura a la correspondencia y la información, pues obedece a fines de seguridad nacional.

30. Si bien de autos no ha quedado acreditado que exista una vulneración del derecho a la comunicación de los beneficiarios con sus familiares, mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2021, don Oscar Alberto Ramírez Durand sostuvo que ya pueden realizar llamadas a sus abogados y familiares, por lo que a la fecha se habría producido la sustracción de la materia. En este sentido cabe declarar improcedente la demanda conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, regulado actualmente en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Sobre el presunto aislamiento del interno Flores Hala

31. Al respecto, se manifiesta que el interno Flores Hala cuenta con un régimen de aislamiento individual desde su ingreso al penal, pues lleva cinco años sin contacto alguno con otro interno, aislamiento que se agrava con la denegatoria de las visitas de sus hijos y conviviente a quienes se les ha dado la condición de visitas especiales y se les autoriza la visita una vez al año y por única vez.

32. Al respecto, el jefe del Cerec, en su declaración, sostiene que esa es una decisión del INPE pero que este no se encuentra realmente aislado, sino que está separado del resto de internos, pero que sí recibe visitas de familiares, de su abogado, de personal de la Cruz Roja, etc.

33. Mediante escrito de 28 de abril de 2021, el representante del INPE se apersona y señala sobre el caso de Flores Hala, que este no se encontraba en aislamiento, y que -actualmente- se ha dispuesto que por algunas horas del día y bajo estricta vigilancia, sea trasladado a los ambientes que ocupan sus codemandantes, asimismo, se ha permitido que las personas que aducen ser sus hijos y esposa, aun cuando no existe un documento que acredite tal condición, lo puedan visitar en diversas oportunidades y no una vez al año como se adujo.

34. En este sentido, no se aprecia que haya sido aislado de forma tal que se vulneren sus derechos, pues sigue recibiendo visitas de diversas personas, por lo que este extremo debe ser desestimado.

Sobre la presunta vulneración del derecho a la educación

35. Los demandantes sostienen que en la Sentencia 01711-2014-PHC/TC se reconoció de forma expresa que los internos del Cerec tenían derecho a la educación en el amplio sentido de su concepto y se ordenó su cumplimiento, así como la modificación del reglamento correspondiente para tal fin. Sin embargo, lo ordenado no se cumple, por lo que incluso han recurrido vía el proceso de cumplimiento y el juez ha conminado el acatamiento de la dicha sentencia, pero en los hechos se desacata y se les niega el mencionado derecho.

36. El procurador del INPE señaló que, en la etapa anterior al actual estado de emergencia, los internos contaban con el apoyo del Órgano Técnico de Tratamiento Itinerante del CEREC (OTTI-CEREC) que es un equipo multidisciplinario, conformado por personal profesional de la Dirección de Tratamiento Penitenciario del INPE: un trabajador social, un abogado, un educador, un especialista en trabajo y un psicólogo.

37. Al respecto, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda en el expediente 01711-2014-PHC/TC y ordenó al Poder Ejecutivo para que modifique el Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval CEREC (Decreto Supremo

N° 024-2001-JUS) a fin de que se permita estudiar a los internos dentro del referido establecimiento penal.

38. En ese entonces, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

> "Conforme a lo expuesto, este extremo de la demanda resulta una pretensión legítima que no ha sido respondida por la entidad emplazada de manera satisfactoria. En efecto, si bien en la vista de causa el Procurador en materia de terrorismo que participó en calidad de litsiconsorte señaló que le habían dicho que uno de los demandantes se encuentra actualmente haciendo estudios universitarios a distancia, dicha afirmación no se condice con lo señalado por el Presidente del INPE en el marco de la investigación sumaria en el sentido de que conforme al Reglamento del Centro de Reclusión de la Base naval no corresponde que se implemente ningún programa formativo. En efecto el Reglamento del CEREC no contempla ningún programa formativo, lo que resulta contrario al derecho a la educación, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarado fundado." (FJ. 39)

39. De autos, se puede apreciar que este cuestionamiento no ha sido desvirtuado por los demandados, pues el Tribunal estableció la necesidad de establecer un programa formativo. En este sentido, debe declararse fundada la demanda en este extremo y exhortarse al Poder Ejecutivo y a las autoridades correspondientes a que den cumplimiento a lo ordenado por este Tribunal en dicha sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda conforme a los fundamentos 9 y 28.

2. Declarar **FUNDADA EN PARTE** por vulneración del derecho a la educación de los beneficiarios.

3. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo y a las autoridades competentes a dar cumplimiento a lo que se ordenó en el expediente

1711-2014-PHC/TC, a fin de no vulnerar el derecho a la educación de los beneficiarios.

4. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto del resto de lo que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso coincido con el sentido de la ponencia y los fundamentos que la respaldan; empero considero necesario hacer algunas precisiones en relación con la ejecución de las resoluciones judiciales:

1. La ponencia declara fundada en parte la demanda por encontrar acreditada la afectación del derecho a la educación de los demandantes y hace notar que en la sentencia emitida en el expediente 01711-2014-PHC/TC el Tribunal Constitucional también declaró fundada en parte la demanda y ordenó al Poder Ejecutivo que modifique el Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval CEREC (Decreto Supremo N° 024-2001-JUS) a fin de que se permita estudiar a los internos dentro del referido establecimiento penal, mandato que no ha sido cumplido y motiva que en el presente caso se exhorte al Poder Ejecutivo para que cumpla con lo ordenado en dicha sentencia.

2. Al respecto, resulta pertinente señalar que por mandato constitucional las sentencias firmes emitidas por los órganos jurisdiccionales son de obligatorio cumplimiento. En efecto, en el inciso 2) del mismo artículo 139.º de la Constitución Política se dispone que "ninguna autoridad puede [...] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [...] ni retardar su ejecución". Así, tal como ya lo dejó precisado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho a la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3. El derecho a la tutela procesal efectiva, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, "es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido

judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia (STC 00763-2005-PA ff.jj. 6).

4. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que "Respecto del derecho a la protección judicial, en los términos del artículo 25 de la Convención es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado" (Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297. FJ 196).

5. Y es que, como lo señala el citado órgano jurisdiccional supranacional, "[e]l derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes"[86]. En ese sentido, ha precisado que "[e]l proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento mediante la aplicación idónea

86 Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144. FJ. 219

de este. Por tanto, la efectividad de las providencias judiciales o de cualquier otra decisión conforme al artículo 25.2.c depende de su ejecución, la cual debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado. Asimismo […] para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora"[87].

S.

LEDESMA NARVÁEZ

87 Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. FJ 244.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la resolución de autos, considero necesario señalar que la referencia a la libertad personal que se hace en la misma, debe ser entendida como libertad individual, la que, de acuerdo al artículo 200, inciso 1, de la Constitución, es la protegida por el hábeas corpus, además de los derechos constitucionales conexos, siendo la libertad individual un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, entre los que se encuentra, por supuesto, la libertad personal o física, pero no únicamente ella; derechos que, enunciativamente, están reconocidos en los diversos incisos del artículo 33 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Adicionalmente quisiera realizar algunas precisiones:

1. El objeto de la demanda es que el CEREC (Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao), deje de incurrir en diversos actos, entre los que se encuentran: que las visitas se realizan en salas inadecuadas; que el favorecido Flores Hala sufre una especie de aislamiento individual, pues no tiene contacto con otro interno, lo que genera deterioros en su salud física y mental; que a los favorecidos no se les permite ejercer su derecho a la comunicación telefónica; que existe una desatención progresiva de la salud de los favorecidos; que existe una negativa de brindarle educación a los favorecidos; y, que existe arbitrariedad en el manejo de la censura en la correspondencia de los favorecidos y en el acceso a la información. Respecto a todos estos puntos, coincido con los argumentos expuestos en la ponencia, así como en la parte resolutiva.

2. Adicionalmente, la ponencia señala que, respecto al alegato referido a que el interno Ramírez Durand ya no recibe la visita de un sacerdote que lo asistía religiosamente, ello no habría quedado acreditado en autos (fundamento 18). Sin embargo, considero que dicho extremo de la ponencia requiere mayor precisión, dada la relevancia del derecho fundamental a la libertad religiosa.

3. Cabría señalar, en principio, que el derecho fundamental a la libertad religiosa, conforme al 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"*.

4. Respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa de las personas privadas de libertad, cabría señalar que el Principio XV de

los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, señala expresamente que *"las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de conciencia y religión, que incluye el derecho de profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias; el derecho de participar en actividades religiosas y espirituales, y ejercer sus prácticas tradicionales; así como el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales"*.

5. Asimismo, indica que *"en los lugares de privación de libertad se reconocerá la diversidad y la pluralidad religiosa y espiritual, y se respetarán los límites estrictamente necesarios para respetar los derechos de los demás o para proteger la salud o la moral públicas, y para preservar el orden público, la seguridad y la disciplina interna, así como los demás límites permitidos en las leyes y en el derecho internacional de los derechos humanos"*.

6. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay[88], ha señalado lo siguiente:

> 154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.
>
> 155. La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, ***la libertad religiosa*** y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también

88 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004

> está prohibida por el derecho internacional. ***Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad*** [Énfasis agregado].

7. Mientras que este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02700-2006-PHC/TC ha señalado lo siguiente:

> 13. Es innegable que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de las personas a profesar una determinada religión, da lugar también al derecho a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa correspondiente sin que se atente contra el orden público o contra la moral pública. Y es que la libertad religiosa no sólo se expresa en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicarla. Así, una vez formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se exterioriza ya sea en la concurrencia a lugares de culto, a la práctica de los ritos de veneración, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, entre otros.
>
> 14. Pero es parte también del contenido, del derecho en mención, recibir la asistencia o consejería religiosa, necesarias para la tranquilidad espiritual de las personas que pudieran encontrarse dentro de un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros. Ello es así en la medida que existe íntima relación de la libertad religiosa con el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), por lo que es un derecho que el Estado debe proteger, si bien dentro de los límites previstos en nuestra Constitución.
>
> 15. El derecho fundamental a profesar una religión, en consecuencia, está reconocida en la Constitución pero, al igual que los demás derechos fundamentales, no como un derecho absoluto o sin límites. Por ello, negar la titularidad de dicho derecho sería inconstitucional, mas no regular las condiciones de su ejercicio; más aún si el demandante se

encuentra recluido en un establecimiento penitenciario de alta seguridad. Por ello, atendiendo a que la Constitución establece como derecho fundamental de todas las personas –incluido los reclusos– a la libertad religiosa –la misma que se asienta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana– y que el principio del régimen penitenciario tiene por objeto reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad, recibir asistencia religiosa como un medio penitenciario y como un fin en sí mismo de resocialización a través de la fe, no constituye una violación constitucional a los valores del orden público y a la seguridad ciudadana.

16. Dicho esto, es evidente que la persona que se encuentra internada –procesada o sentenciada– en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida, prima facie, de ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa; siempre que de ello no deriven afectaciones a los derechos fundamentales de los demás o no impliquen actos de intolerancia que pongan en riesgo otros bienes constitucionales como el orden público, la moral, la seguridad de la población, bienes que, según el artículo 44º de la Constitución le corresponde también proteger al Estado.

8. En el presente caso, del texto de la demanda (a fojas 5) se señala expresamente que el interno Oscar Ramírez Durand cuestiona el hecho que le hayan suspendido la visita de un sacerdote, alegando para ello que el "Comité Técnico tendría que volver a autorizarla". Sin embargo, del estudio de autos se aprecia que dicha irregularidad no ha vuelto a ser objetada por el referido interno, ni siquiera en su informe final de hecho de fecha 30 de noviembre de 2021 (que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional).

9. En ese sentido, advierto que la alegada vulneración del derecho a la libertad religiosa no ha sido acreditada en el presente caso, por lo que también considero que debe ser desestimada.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, al discrepar de lo resuelto por la sentencia de mayoría:

> La demanda cuestiona que las visitas que reciben los favorecidos en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (Cerec) se realicen en salas que califica de inadecuadas; que Florindo Eleuterio Flores Hala se encuentre aislado, lo que genera el deterioro de su salud física y mental; que no se les permita ejercer su derecho a la comunicación telefónica; que no se atiendan sus problemas de salud; que exista una negativa a brindarles educación; y, que se censure su correspondencia y acceso a información.

Concuerdo con la sentencia, en tanto desestima los alegatos referidos a las visitas familiares, a la atención de salud de los demandantes, al acceso a la comunicación telefónica y la censura de sus comunicaciones, por las razones detalladas en ella, pero discrepo en tanto ampara una supuesta negativa a brindarles educación. El reglamento del Cerec –Decreto Supremo 024-2001-JUS– no establece que el acceso a la educación sea uno de los derechos de los internos. No encuentro que tal disposición sea inconstitucional, puesto que responde a las especiales características del Cerec. Estas, a mi criterio, no son debidamente ponderadas por la sentencia de mayoría.

Por tales razones, considero que este extremo de la demanda también debe ser rechazado y corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en todos sus extremos.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 641/2021

EXP. N.° 02970-2019-PHC/TC
MADRE DE DIOS
MARCELINA RUDAS VALER en representación de su hija JHOJANA RUDAS GUEDES

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 23 de marzo de 2021, se reunieron los magistrados a efectos de pronunciarse sobre la demanda que dio origen al Expediente 02970-2019-PHC/TC.

Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa- Saldaña Barrera votaron, en mayoría, por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la identidad de la demandante, así como el principio-derecho de igualdad y no discriminación en razón al sexo en la elección de los apellidos. En consecuencia, inaplicable al caso el artículo 20 del Código Civil, referido al sentido interpretativo que estable un orden de prelación en los apellidos asignados al hijo, de conformidad con lo establecido por este Tribunal en la presente sentencia.

2. **INTERPRETAR** el artículo 20 del Código Civil conforme a la Constitución, en el sentido de que no establece un orden de prelación entre los apellidos paterno y materno. Dicha interpretación comenzará a regir desde la publicación de la presente resolución.

3. **ORDENAR** al Reniec que emita el DNI a la demandante con el nombre solicitado como *"Jhojana Rudas Guedes",* que se encuentra inscrito en el acta de nacimiento 70618918 del año 2014.

4. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que modifique el artículo 20 del Código Civil, en el sentido de establecer un

mecanismo de solución ante la disconformidad de los progenitores para asignar el orden de apellidos de los hijos.

Por su parte, los magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini (ponente) votaron por declarar fundada en parte e infundada en los demás extremos de la demanda, y el magistrado Sardón de Taboada votó por declarar infundada la demanda de autos.

Estando a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece, entre otras cosas, que el Tribunal, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos; por lo que, la sentencia se encuentra conformada por el voto en conjunto de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza 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

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ, MIRANDA CANALES, RAMOS NÚÑEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el mayor respeto hacia nuestros colegas magistrados, en el presente caso discrepamos de la ponencia presentada**.** Ello, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Hechos

1. Con fecha 11 de enero de 2019, doña Marcelina Rudas Valer y doña Jhojana Rudas Guedes interpusieron demanda de *habeas corpus* a favor de esta última y la dirigen contra el jefe institucional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), don Jorge Yrivarren Lazo. Solicitan la inaplicación del artículo 20 del Código Civil, a fin de que a Jhojana Rudas Guedes se le emita el Documento Nacional de Identidad (DNI) con ese nombre, esto es, anteponiendo el apellido materno al paterno. Se alega la vulneración del derecho a la identidad.

2. Se sostiene que la demandante Jhojana Rudas Guedes es hija de la señora Marcelina Rudas Valer y del señor Nivaldo Guedes Da Rocha, y que su identidad ha sido modificada en varias oportunidades: en un primer momento, solo contó con los apellidos de su madre, esto es, Rudas Valer; posteriormente, a través del procedimiento administrativo de reconocimiento de paternidad se incorporó en el acta de nacimiento 70618918, el apellido de su padre después del de su madre, teniendo como nombre completo el de Jhojana Rudas Guedes. Finalmente, cuando la demandante Rudas Guedes cumplió la mayoría de edad y realizó los trámites pertinentes ante las oficinas del Reniec, a fin de obtener su DNI, dicha institución le solicitó que para la entrega del aludido documento debía previamente realizar la rectificación del orden de sus apellidos –primero el de su padre y luego el de su madre–, a efectos de que sea identificada como Jhojana Guedes Rudas.

3. Al respecto, las recurrentes consideran que la rectificación de apellidos solicitada es lesiva del derecho a la identidad de la demandante Jhojana Rudas Guedes, ya que esta siempre ha llevado el apellido materno en primer lugar toda su vida y así se ha desenvuelto socialmente hasta la actualidad.

4. La procuradora pública del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), se apersonó al proceso y contestó la demanda, señalando que carece de sustento. Ello, debido a que, de conformidad con el artículo 20 del Código Civil, el orden de los apellidos es primero el paterno y luego el materno. En efecto, alega que la existencia de un acta de nacimiento consignando una estructura contraria a la dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico implica la contravención del orden público y del principio de legalidad (fojas 92).

5. El Segundo Juzgado Mixto de Iñapari con funciones de Juzgado Penal Unipersonal y Penal Liquidador, con fecha 25 de marzo de 2019, declaró infundada la demanda por considerar que es la propia demandante quien por interés personal no desea cumplir con el procedimiento administrativo establecido para rectificar su acta de nacimiento conforme a los términos señalados por el Reniec, a fin de que se le expida su Documento Nacional de Identidad. En consecuencia, estima que el Reniec ha actuado conforme a su normatividad y en el caso de autos no se advierte la vulneración de los derechos constitucionales alegados en la demanda (fojas 104).

6. La Sala superior competente confirmó la sentencia de fecha 25 de marzo de 2019, por considerar que carece de sustento la alegada vulneración de los derechos invocados, pues la demandante Rudas Guedes cuenta con un DNI en el cual se tienen registrados los apellidos que primigeniamente señaló su madre al momento de su inscripción (es decir Rudas Valer); por lo cual no carece de identidad; y que el DNI le fue otorgado dentro de un proceso formal y conforme a la normativa vigente. De esta manera, concluye en que Jhojana Rudas Guedes desea imponer su voluntad por encima de la ley, pues pretende que la Reniec le expida su DNI en el que se consigne como su primer apellido el de su madre y en segundo término el de su padre, lo cual constituye un supuesto no amparable a través del proceso constitucional (fojas 144).

Cuestión previa: delimitación del petitorio

7. En el presente caso, las demandantes solicitan la inaplicación del artículo 20 del Código Civil y que se ordene al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) a que expida el Documento Nacional de Identidad (DNI) a Jhojana Rudas Guedes con ese nombre, esto es, anteponiendo su apellido materno por sobre el paterno. Alegan la vulneración del derecho a la identidad.

8. Al establecer con claridad el petitorio de la demanda surge una primera discrepancia con la ponencia, pues consideramos que no es correcto afirmar que el objeto de la presente demanda sea el otorgamiento del Documento de Identidad (DNI) subsanado, de modo que aparezca en primer lugar el apellido paterno y luego el materno (como lo establece la ponencia en su punto resolutivo). Más bien, el petitorio es solicitar que el apellido materno de la beneficiaria se consigne precedentemente al paterno y de esta forma se expida su DNI.

9. En tal sentido, corresponde determinar si lo establecido en el artículo 20 del Código Civil puede ser inaplicado en el caso de autos, pues la demandante asevera que su derecho a la identidad se ha visto vulnerado, ya que toda la vida ha ostentado primero el apellido materno y así es como la reconocen en la sociedad y como ella misma se siente identificada.

10. Ello requiere necesariamente ahondar sobre el derecho al nombre, que se realizará a continuación.

Derecho al nombre: definición y características

11. El nombre se define, de acuerdo a la doctrina como el *"signo estable de individualización que sirve para distinguir a cada persona de las demás"*[89].[1] También puede entenderse al nombre como *"aquella expresión lingüística que permite la identificación e individualización de las personas, cuya imposición constituye una exigencia ineludible para el desarrollo de la personalidad en la*

89 NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzuzu. p. 321. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 30, No 2

esfera social y es tutelado por el Derecho, en cuanto forma de vida humana social."[90]

12. Cabe precisar que el derecho al nombre incluye tanto a los nombres de pila como a los apellidos. Asimismo, es la situación de filiación la que finalmente determina los apellidos que llevará la persona, en tanto es un efecto de la constitución de la relación entre los padres y sus hijos.[91]

13. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC (fundamento 13) ha señalado algunas características que evidencian la importancia que presenta el nombre para la persona: a) provee la información base para la emisión del DNI; b) es inmutable, salvo casos especiales; c) no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; d) es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo; e) permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia; y f) hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros.

14. Por otro lado, existen diversas posturas sobre la naturaleza jurídica del derecho al nombre: como institución de policía, como derecho de propiedad y una tercera postura lo entiende como un derecho de propiedad de tipo familiar. Sin embargo, estas teorías se encuentran superadas, y en la actualidad se concibe al derecho al nombre como una manifestación de los derechos de la personalidad.[92]

---

90 RODRIGUEZ CASTRO, J. El nombre civil: concepto, caracteres y naturaleza jurídica, BIMJ, N° 1443, 1987, p. 100. Citado en: ORDÁS ALONSO, Marta. Imposición al menor del apellido materno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, p. 48.
En: Derecho Privado y Constitución, Núm. 28, enero-diciembre 2014. CEPC.

91 NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzuzu. p. 321. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 30, N° 2

92 NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzuzu. p. 321. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 30, N° 2

Derecho al nombre: reconocimiento internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos

15. El artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala lo siguiente: *Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.*

16. Al respecto, dicho derecho tiene vínculo directo con el derecho a la identidad que será ejercida tanto en el ámbito familiar como en la sociedad. Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (Sentencia de 8 de setiembre de 2005):

> 182. Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales.
>
> 183. Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento.
>
> 184. Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado (…)

17. En el mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-24/17:

> (…) esta Corte sostiene que la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad. No se trata de un agente que tenga por finalidad la homologación de la persona humana, sino por el contrario es un factor de distinción. Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca.[935]

Derecho al nombre como elemento del derecho a la identidad

18. En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del ámbito supranacional, no se encuentra consagrado un derecho fundamental expreso al nombre en la Constitución. Sin embargo, sí se puede afirmar su reconocimiento como derecho fundamental, en tanto se relaciona con el derecho a la identidad, previsto este sí en el artículo 2.1 de la Norma Fundamental.[946]

19. Cabe recordar que en la sentencia recaída en el Expediente 02273-2005-PHC/TC se precisa que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad, consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por cómo es. En la sentencia precitada este Colegiado, consideró lo siguiente:

> "Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el ***nombre*** o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por

93 CIDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párrafo 111.

94 Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral […]"(énfasis agregado)

20. Sobre el derecho al nombre, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 4444-2005-PHC/TC (fundamento 4) ha señalado que *"(...) el artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre - conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica".*

21. Igualmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en la Casación 3294-2013/LIMA, en su fundamento décimo primero, ha señalado que *"el derecho al nombre constituye un componente de la identidad que se manifiesta en una situación jurídica que tutela la denominación de una persona, la cual es importante a fin de distinguir su individualidad en relación a lo demás en la vida social".*

22. De lo expuesto se advierte que no hay un reconocimiento expreso del derecho al nombre en la Norma Fundamental, sino que se lo identifica como un atributo del derecho a la identidad, que sí está previsto expresamente.

23. A nivel legislativo sí existe una regulación especial derecho al nombre. Así, el artículo 19 del vigente Código Civil señala que *"Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos".* Mientras que el artículo 20 manifiesta que *"al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre".*

¿El artículo 20 del Código Civil establece un orden cronológico para la asignación de los apellidos de los progenitores?

24. El debate en el presente caso justamente se produce a partir de lo señalado en el citado artículo 20 del Código Civil. Al respecto, la parte demandante solicita que se inaplique dicho artículo, en razón a que el Reniec en el presente caso indica que el artículo 20 establece la preferencia del primer apellido paterno por sobre el primer apellido materno.

25. En efecto, en el caso de autos, del Informe 000222-2017/GAJ/SGA-JR/RENIEC de fecha 10 de julio de 2017 emitido por la Sub gerencia de asesoría jurídica registral del Reniec (f. 58), se precisa que:

> "2.3.3. […] el artículo 20° del referido cuerpo normativo [Código Civil], modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28720, el que establece el orden y la conformación de los apellidos prescribiendo que: "*Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre".*
>
> 2.3.4. Como podrá observarse la forma de la composición de los apellidos en el Perú al amparo de la normatividad vigente, es atribuido por ley, estableciendo que al hijo le corresponde *"el primer apellido del padre y el primero de la madre"* **no primando la autonomía de la voluntad en su elección**.
>
> […]
>
> 2.3.6. De esta forma, la existencia de un acta de nacimiento consignando una estructura contraria a la dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico implicaría contravención a norma de orden público, afectando complementariamente el principio de legalidad, el cual constituye una de las bases del Estado de Derecho, entendiéndose por él mismo a la subordinación positiva de la Administración Pública a la Ley.

26. Ahora bien, interpretar que el artículo 20 del Código Civil establece la preferencia del apellido paterno sobre el materno implicaría desestimar la pretensión de la favorecida. Ello debido a que esta se ha venido identificando con el primer apellido materno, en primer lugar, y con el primer apellido paterno, en segundo lugar (Rudas Guedes), por un presunto error ocurrido en la Oficina de Registro del Estado Civil que funciona en la Municipalidad distrital de Acostambo, provincia de Tayacaja, Huancavelica, que así la inscribió en el año 2014 (acta de nacimiento 70618918).

27. Resulta pues oportuna la ocasión para analizar la constitucionalidad del artículo 20 del Código Civil y, por ende, nuestro desacuerdo con la posición señalada por el Reniec en el presente caso, en atención a los siguientes argumentos.

El derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres por razón de sexo en la elección del nombre de los hijos

28. No hay discusión de que en el Estado constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el mismo que 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.

29. 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 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).

30. 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 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.

31. El artículo 2 inciso 2 de la Constitución reconoce el principio-derecho de igualdad en los siguientes términos:

> Toda persona tiene derecho: (…) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen,

raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

32. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional (Cfr. STC N.º 0045-2004-AI, F.J. 20). Como *principio,* constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como *derecho fundamental,* constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, *sexo,* idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.

33. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

34. Este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" (Opinión Consultiva Nº 4/84). La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o

neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).

35. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, como ya ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N.º 5652-2007-AA, incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminación *directa,* a través de la cual toda norma que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación *indirecta,* es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

36. 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 inferioridad de la mujer en la vida social, cultural, económica y política. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en los diferentes entornos sociales, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.

37. Respecto al caso materia de análisis, una interpretación literal del artículo 20 del Código Civil, en puridad, no establece un orden de los apellidos paterno y materno. Únicamente expresaría que el nombre del hijo deberá llevar los primeros apellidos de los progenitores.

38. Pero la posibilidad de que ambos padres puedan determinar el orden de los apellidos que llevará el hijo no se desprende únicamente apelando al método literal de interpretación de las normas. En ese sentido, en concordancia con el principio- derecho de igualdad (Art. 2 inciso 2 de la Constitución), el garantizar la posibilidad de que los padres puedan decidir libremente qué apellido debe ir primero permite que exista igualdad de posibilidades tanto para el padre como la madre en el ámbito familiar, algo que por mucho tiempo se consideró exento del alcance del Estado.

39. En el ámbito concreto de la elección del nombre y apellido de los hijos, el Art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) indica que: *"1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación".*

40. En el mismo sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió la Resolución 37, del 27 de setiembre de 1978, que recomienda a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre. Así también se tienen la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa 2, del 5 de febrero de 1985, relativa a la protección jurídica contra la discriminación basada en el sexo, y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1271, del 28 de abril de 1995, referida a las discriminaciones entre hombres y mujeres para la elección del apellido y la transmisión del apellido de padres a hijos.

41. Queda claro entonces que la posibilidad de que las madres puedan escoger que el primer apellido del hijo sea el suyo constituye una manifestación del principio- derecho de igualdad en el seno del propio ámbito familiar, que está garantizado además a nivel internacional. Ello, en tanto los derechos fundamentales no solo tienen eficacia vertical, sino también horizontal, esto es, también rigen en las relacione760.s entre privados.

Legislación comparada sobre la libre elección en el orden de apellidos

42. La posibilidad de que la madre pueda elegir el primer apellido del hijo, además, ya constituye una realidad en los ordenamientos jurídicos de otros países. Por ejemplo, en el caso español, el artículo 109 del Código Civil, modificado por la Ley 40/1999, establece lo siguiente: *"(...) Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley".*

43. Ocurre lo mismo en el caso de Portugal, toda vez que el artículo 1875 del Código Civil (Decreto-Lei 47 344, de 25 de novembro de 1966, actualizado até à Lei 59/99, de 30/06) señala lo siguiente: *"La elección del nombre y apellidos del menor pertenece a los padres; a falta de acuerdo, el juez decidirá, de acuerdo con el interés del menor".*[95]

44. Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) de Argentina establece en su artículo 64 lo siguiente: *"El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro".*

45. Como se advierte, en las legislaciones reseñadas se faculta a ambos padres, varón y mujer, a poder elegir previa decisión el orden del apellido que tendrá el hijo. Asimismo, ante la falta de convenio, se establecen fórmulas objetivas que permitan garantizar la satisfacción de ambas partes, como es que la decisión la adopte finalmente el juez o se determine por sorteo.

46. En este punto conviene señalar que en nuestro país ha existido la intención de modificar el artículo 20 del Código Civil, a fin de señalar expresamente que el orden de los apellidos sea, inicialmente, de libre elección entre los padres. Así, se presentaron los proyectos de ley 2137/2017-CR, 3918/2018-CR y 3921/2018-CR que buscaban modificar los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil, referido al tema de la inscripción del nacimiento y el apellido de los hijos.

47. Dichos proyectos de ley finalmente recibieron un dictamen aprobatorio en mayoría en la Comisión de Mujer y Familia del Congreso de la República, con fecha 7 de marzo de 2019. Al respecto, es interesante la opinión señalada tanto por el Ministerio de la Mujer y

95 El texto original es el siguiente: ARTIGO 1875º (Nome do filho) O filho usará apelidos do pai e da mãe ou só de um deles. A escolha do nome próprio e dos apelidos do filho menor pertence aos pais; na falta de acordo decidirá o juíz, de harmonia co m o interesse do filho.

Poblaciones Vulnerables como por la Defensoría del Pueblo en este tema:

> (…) el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en la opinión técnica remitida sobre el Proyecto de Ley 2137/2017-CR, señala que: "(…) se reconoce la necesidad e importancia de fortalecer el trato digno e igualitario entre los hombres y mujeres (con énfasis en el entorno familiar); el proyecto de ley bajo análisis promueve el derecho de las madres y padres para que libremente y de común acuerdo puedan determinar el orden de prelación de los apellidos materno y paterno de sus hijas e hijos menores de edad (…) la propuesta en cuestión **resulta innovadora, viable y constitucional, toda vez que promueve la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, tomando distancia de la imposición legal de orientación tradicional y patriarcal que hace prevalecer el apellido del padre ante el apellido de la madre,** imposición estatal que deriva de la organización política y jurídica de una sociedad patriarcal y de distribución sexual de roles entre mujeres y varones (negrita nuestra).
>
> Por su parte, la Defensoría del Pueblo, en su opinión técnica hace referencia al Derecho a la Igualdad e invoca la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-CEDAW, que resalta el compromiso que tienen los estados de reafirmar el principio de no discriminación, y de tener presente que todos los seres humanos son libre e iguales en dignidad, sin distinción alguna y mucho menos por motivos basados en sexo. La CEDAW señala que la discriminación contra la mujer es una violación a los principios de la igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para conseguir el bienestar de la sociedad y que entorpece el pleno desarrollo del proyecto de vida de las mujeres. Bajo esta perspectiva, la CEDAW obliga a los Estados Parte a contribuir

> en la modificación de los patrones socioculturales que caracterizan las conductas de los hombres y mujeres para eliminar *"los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"* (artículo 5). Asimismo, la convención invoca a reconocer la absoluta igualdad de responsabilidades y de derechos entre ambos progenitores en la vida familiar.

48. En suma, se advierte entonces que el Perú ha intentado modificar la legislación civil vigente referida al orden de los apellidos, en sintonía con la CEDAW, así como con otras legislaciones que ya han asumido una posición igualitaria respecto a los derechos del padre y la madre respecto para la transmisión de los apellidos al hijo.

Jurisprudencia sobre el derecho al nombre y el orden de apellidos

49. También existe jurisprudencia internacional que se refiere a la vigencia del principio derecho de igualdad en el ámbito de la elección de los apellidos de los hijos por parte de los cónyuges. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en determinados casos por la vulneración del citado principio cuando:[96] a) se rechaza a admitir la petición del esposo que había optado por poner por delante del suyo propio el apellido de su cónyuge[97] b) exista la tradición de manifestar la unidad familiar al imponer a todos sus miembros el apellido del esposo, lo que conlleva la pérdida del apellido de la mujer después de casada[98]; c) se exija presentar una demanda común a las autoridades por los esposos para adoptar ambos el apellido de la mujer como apellido de la familia después de celebrado el matrimonio, adoptándose la del esposo en ausencia

96 Ordas Alonso, Marta. Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor. p. 68. En: Derecho Privado y Constitución Núm. 28, enero-diciembre 2014. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1328&IDA=37096

97 STEDH caso Burghartz contra Suiza, de 22 de febrero de 1994 (TEDH 1994\9)

98 STEDH caso Ünal Tekeli contra Turquía, de 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004\88)

de la demanda[99]; d) se obligue a todo "hijo legítimo" a ser inscrito en el Registro Civil con el apellido del padre, a pesar que existe un acuerdo en contrario entre los cónyuges a favor del apellido de la madre[100].

50. Por otro lado, en el ámbito americano, nuestro país no es el primero en el que se discute judicialmente la preferencia del apellido paterno sobre el materno. Al respecto, en Colombia fue objeto de cuestionamiento a nivel constitucional el artículo 1º de la Ley 54 de 1989, que establecía lo siguiente *"(...) en el registro de nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito, el primero del padre* ***seguido*** *del primero de la madre (...)".*

51. En el año 1994 la Corte Constitucional Colombiana emitió la sentencia C-152-94, en la cual declaró constitucional el mencionado artículo 1 de la Ley 54, con el argumento de que el orden de los apellidos nada tenía que ver con los derechos del inscrito, ni de sus padres.

52. Sin embargo, en el año 2019, con una nueva conformación de la Corte Constitucional, y en un contexto social totalmente distinto, se cuestionó la misma norma. Al respeto, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-519 concluyó que el término *"seguido"* es inexequible o inconstitucional por las siguientes razones:

> 264. La Sala precisó que el mandato de optimización de la igualdad es un principio y valor fundante en el Estado Social de Derecho que pretende superar las diferencias estructurales injustificadas que existen en una sociedad en distintos ámbitos de vulneración constitucional. Sobre esa base analiza que la familia es el primer espacio de socialización y de asimilación de las primeras reglas sociales y que a la mujer se le ha relegado en ese espacio privado, a partir de prejuicios culturales y con base en una supuesta disposición "natural" para el cuidado, y la crianza de los niños y niñas, que fijaron el papel

99 STEDH caso Losonci Rose et Rose contra Suiza, de 9 de noviembre de 2010 (JUR 2010\367175)

100 STEDH caso Cusan y Fazzo contra Italia, de 7 de enero de 2014 (TEDH 2014\2).

predominante de los hombres al interior de la familia. Especialmente, y a efectos de esta decisión, cómo aquellos se trasladan a la familia y generan un espacio de dominación en los que se naturalizan como propios los privilegios de los hombres y se enervan los derechos desde lo femenino. Tal realidad es la que debe ser transformada y por ello existen en la actualidad instrumentos jurídicos que reconocen dichas circunstancias y comprometen por tanto a los Estados a la proscripción de la discriminación por razón del género, a través de estereotipos en proceso de superación.

265. Señaló que la regulación que impone a los padres registrar a sus hijos con el apellido paterno en primer lugar y el materno en segundo lugar debe ser modificada, porque es el resultado de una costumbre, que se justifica en la tradición. Recordó que, en distintos países, como Argentina, Brasil, España, Francia, Italia, México y Portugal, han considerado acertado regular la materia y permitir que los padres escojan el orden de los apellidos de los hijos.

266. En el caso concreto y en aplicación de un test estricto de igualdad, la Sala Plena concluyó que el trato diferente entre destinatarios iguales que propone el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 es inconstitucional, toda vez que carece de justificación priorizar el apellido del hombre sobre el de la mujer a la hora de inscribir a sus hijos e hijas en el registro civil. Esa irrazonabilidad de tratamiento disímil se sustenta en que la finalidad de la medida establecida para lograr la certeza y la seguridad jurídica en el registro civil de los hijos e hijas desatiende el principio de necesidad. Lo anterior, en razón de que existen otras alternativas que no entrañan una discriminación y que garantizan los fines buscados por el legislador, por ejemplo precisar que todos los hijos de una pareja posean el mismo orden de los apellidos. Además, ese trato dispar se fundamenta en estereotipos y prejuicios del rol disminuido que deberían jugar las mujeres en la familia, representación a todas luces contraria a la Constitución de 1991 y su visión de igualdad sustantiva.

> 267. La Sala Plena encuentra que, conforme con la Constitución Política, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas De Discriminación contra la Mujer -CEDAW- y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Para, el Estado debe remover esos estereotipos, a partir de parámetros de constitucionalidad que corren en los artículos 13 y 43 de la Constitución, como también en el bloque de constitucionalidad, como aquí sea explicado en las Sentencias C-355 de 2006, C-776 de 2010, C-586 de 2016, C-659 de 2016, entre otras. El juez constitucional tiene vedado avalar visiones que se funden simplemente en la tradición y en estereotipos, porque en el pasado se haya podido invisibilizar prácticas discriminatorias que aparejan tratos desiguales injustificados, entre otros, en relación con las mujeres. Se trata de eliminar las barreras y las prácticas sociales que impiden la realización o reconocimiento de las mujeres.

53. Se advierte entonces que la discusión sobre la preferencia de los apellidos de padre y de la madre no es un tema particular nuestro, sino que también ha sido analizado en otras experiencias en las que se ha señalado la inconstitucionalidad de establecer preferencias del apellido paterno por sobre el materno, debido a que responden a estereotipos de género tradicionales que cosifican a la mujer a un segundo plano dentro de la familia.

Control difuso de constitucionalidad del artículo 20 del Código Civil

54. El Tribunal Constitucional ha señalado (Cfr. SSTC 3741-2004-AA, 2132-2008- AA, entre otras) que el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (artículo 138). El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. De ahí que conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable.

55. Ahora bien, en lo que al caso respecta se ha precisado que el acto alegado como inconstitucional por la parte recurrente proviene del Reniec que, en aplicación del artículo 20 del Código Civil, ha denegado otorgarle a la beneficiaria su Documento Nacional de Identidad con el apellido de la madre en primer lugar (Jhojana Rudas Guedes), a pesar de haberse identificado así desde su nacimiento. Ese rechazo, además, ha sido formalmente respaldado con el lnforme 0222- 2017IGAJ/SGAJR/RENIEC, de fecha 10 de julio de 2017, expedida por el Subgerente de Asesoría Jurídica Registral y con el Oficio 99-2017/JNAC/RENIEC, de fecha 29 de septiembre de 2017, suscrito por el Jefe Nacional del RENIEC.

56. El sustento para denegar el otorgamiento del DNI de la favorecida por parte del Reniec es el siguiente: a) el artículo 20 del Código Civil establece la preferencia del apellido paterno por sobre el materno; y b) hubo un error por parte del registrador civil en el año 2014, en donde inscribió el acta de nacimiento 70618918 de la favorecida con el nombre *"Jhojana Rudas Guedes",* cuando debió inscribirlo más bien como *"Jhojana Guedes Rudas",* en aplicación del artículo 20 del Código Civil.

57. En tal sentido, cabe recordar que los criterios a seguirse para proceder al control judicial difuso de constitucionalidad según lo ya establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente 2132-2008-PA/TC son los siguientes:

    a) ***Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional:*** Debe verificarse si en el caso se aplica o amenaza aplicar (artículo 3 del Código Procesal Constitucional) una norma legal autoaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada (Cfr. STC 4677-2004-AA, F.J. 3 y ss.), o de ser el caso verificarse si en el acto cuestionado se ha aplicado una norma legal que se acusa de inconstitucional.

    La disposición legal en cuestión es el artículo 20 del Código Civil, modificado por la Ley 28720, que señala lo siguiente:

> *Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.*

Al respecto, observamos que en el presente caso se cuestiona la denegatoria de la entrega del DNI a la demandante por funcionarios de Reniec con el apellido materno precediendo al paterno, en aplicación del citado artículo 20 del Código Civil. Ello inclusive se ve respaldado por el lnforme No 0222- 2017IGAJ/SGAJR/RENIEC, de fecha 10 de julio de 2017. En ese sentido, se trata pues de un acto que implica un tratamiento diferente y perjudicial para la favorecida, que quiere mantener su nombre con el primer apellido de la madre (que es el que ha ostentado desde su nacimiento) seguida del primer apellido del padre (que recién lo tiene desde el 2014).

Se aprecia entonces que la denegatoria del otorgamiento del DNI se sustenta en la aplicación del artículo 20 del Código Civil, que establece automáticamente que el apellido de la madre, por su sola condición de mujer, será en todos los casos el segundo que se asignará al nombre del hijo. Llama la atención además ello en el presente caso, en el que no se toma en cuenta que la favorecida ha ejercido su derecho a la identidad en diversos ámbitos de su vida con el apellido materno en primer lugar (como Jhojana Rudas), adoptando recién el apellido paterno del año 2014 luego de que su padre biológico Nivaldo Guedes Da Rocha, de nacionalidad brasileña, la reconociera el 10 de diciembre de 2014, cuando ya era adolescente.

Tal trato diferenciado injustificado ha impedido que la recurrente cuente a la fecha con su DNI, lo que además supone una vulneración de su derecho a la identidad y a la libertad personal. Como lo ha dicho este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC

> 26. Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende la eficacia del derecho a la identidad y de la multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona,

> sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala (...)

La interpretación que se viene realizando del artículo 20 del Código Civil por parte del Reniec contribuye pues a fortalecer la histórica situación de inferioridad de la mujer en el ámbito familiar, algo que todavía se encuentra muy enraizado en nuestro país. Y, de otro lado, también impiden que como Estado el Perú cumpla con sus obligaciones internacionales contraviniendo lo dispuesto por el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Ello, porque como señala la CEDAW, en su artículo 1, la expresión "discriminación contra la mujer" denota *"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"*.

Y de tal definición, la CEDAW precisa una serie de obligaciones que los Estados parte tienen el deber de cumplir con el propósito de erradicar la discriminación contra las mujeres. Así, en el artículo 5 inciso a la CEDAW es enfática en señalar que los Estados tomarán las medidas apropiadas para: *"Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"*.

Por ello, el Comité CEDAW en su Recomendación General Nº 25 adoptada en el año 2004 durante el 30º

período de sesiones ha advertido que son tres las obligaciones fundamentales para los Estados a fin de eliminar la discriminación contra la mujer:

En primer lugar, los Estados parte tienen la obligación de garantizar que no exista discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación.

La segunda obligación de los Estados parte radica en mejorar la situación de facto de la mujer, adoptando políticas y programas concretos y eficaces.

En tercer lugar, los Estados parte están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

b) ***Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso:*** El control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental. El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

Sobre el particular, no cabe duda que es el artículo 20 del Código Civil la disposición normativa mediante la cual se le rechazó la entrega de la DNI a la favorecida, a fin de que esta pueda rectificar el orden de sus apellidos con el paterno en primer lugar y el materno en segundo lugar, para luego recién expedirle su DNI.

c) ***Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley:*** En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que se encuentre acreditado que la aplicación de la ley haya causado o pueda causar un agravio directo, pues de otro modo el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso.

A la fecha, la favorecida no cuenta con el DNI, a pesar de haber realizado todos los trámites y pagos referidos para su obtención porque el Reniec considera necesario que se rectifique previamente el orden de los apellidos de la favorecida que aparecen en el acta de nacimiento 70618918, a fin de colocar el apellido de su padre en primer lugar. Con ello, sus derechos a la identidad y a no ser discriminada por razón del sexo han sido afectados, pero también sus derechos a la libertad personal, al libre desarrollo de la personalidad y muchos otros, en la medida que no puede ejercer su ciudadanía activa sin el DNI.

d) ***Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control:*** Asimismo, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de disposiciones legales cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su "cuidado" es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo, es

en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia "especializada". De ahí que el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevenga que "Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular", y también que la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, establezca que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad".

Sobre el particular, no existe pronunciamiento anterior sobre la constitucionalidad del artículo 20 del Código Civil. Cabe precisar que en la sentencia 00114-2009- PHC/TC, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, en tanto la recurrente pretendía que sus hijos menores de edad llevaran sus nombres con el apellido paterno distinto al de su progenitor, pretensión que es distinta a la de autos en la que claramente se cuestiona la presunta preferencia del apellido paterno por sobre el materno.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en diversas sentencias en el marco de procesos de tutela de derechos fundamentales (Cfr. 5527-2008-PHC/TC, 5652-2007-PA/TC) sobre la prohibición de discriminar en razón al sexo, como es el caso de las cadetes que eran separadas de los institutos militares por su condición de gestante.

e) ***Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad:*** Dadas las consecuencias que el ejercicio del control difuso puede tener sobre las leyes, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la *última ratio* a la que un juez debe apelar (STC 0141-2002-AA/TC, F.J. 4 "c"; STC 0020-2003-AI/TC, F.J.5), habida cuenta que "los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen

incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional", conforme dispone la Segunda Disposición General de la Ley 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Así, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera impone que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

El Tribunal observa que el artículo 20 del Código Civil, en tanto enunciado legislativo, presenta al menos dos sentidos interpretativos: a) que, en efecto, señala que el primer apellido paterno va en primer lugar, seguido del primer apellido materno en la asignación del nombre, tal como lo viene interpretando el Reniec en el presente caso; y b) que únicamente señala que el hijo tendrá el primer apellido paterno y materno, pero sin establecer un orden entre estos.

A consideración de este Tribunal Constitucional, este último sentido interpretativo es acorde con el principio-derecho de igualdad, así como con lo dispuesto por la CEDAW, en tanto garantiza las mismas condiciones entre los progenitores para la asignación del nombre del hijo. Sin embargo, el Reniec ha interpretado el citado artículo 20 de acuerdo al primer sentido interpretativo reseñado, lo que ha derivado en la denegatoria del DNI de la favorecida. De allí que sea necesario analizar la compatibilidad de esta última interpretación a la luz de la Constitución.

f) Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de esta al caso concreto: Luego de haber agotado los pasos

antes referidos, debe verificarse si la norma legal objeto de control difuso de constitucionalidad es manifiestamente incompatible con la Constitución, y si es así, disponerse su inaplicación al caso concreto. En tal verificación resultará de particular importancia identificar aquel contenido constitucionalmente protegido, así como la manifiesta incompatibilidad de la norma legal respecto del mencionado contenido constitucional, procedimiento en el que resultará importante superar el control de proporcionalidad, entre otros que se estime pertinente, de modo que se argumente correctamente la decisión judicial.

Para los magistrados que suscribimos el presente voto singular, el establecer la prioridad del apellido paterno por sobre el materno en la asignación del nombre vulnera el principio-derecho de igualdad por razón de sexo, y avala la cosificación estereotipada que ha tenido la mujer en el ámbito familiar, por las razones que ya han sido expuestas precedentemente.

Exhortación al legislador

58. De acuerdo con lo señalado precedentemente, el artículo 20 del Código Civil es constitucional siempre y cuando se interprete que no establece ningún orden de prelación en la asignación de los apellidos paterno y materno al hijo, por lo que es válido que los progenitores puedan decidir y escoger finalmente el orden de los apellidos de los hijos. No obstante, dicho artículo no prevé los casos en los que exista disconformidad entre los padres para la asignación del apellido.

59. En esa lógica, consideramos necesario exhortar al legislador, en el marco de lo constitucionalmente posible, a establecer en el artículo 20 del Código Civil el mecanismo de solución ante la disconformidad de ambos progenitores para asignar el orden de los apellidos a los hijos. En esa medida, se podrá tomar a modo de ejemplo la experiencia comparada, que delega la solución a un tercero (el juez) o a un mecanismo objetivo (un sorteo), entre otros métodos.

Por estos fundamentos, los magistrados firmantes han votado de la siguiente manera:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la identidad de la demandante, así como el principio-derecho de igualdad y no discriminación en razón al sexo en la elección de los apellidos. En consecuencia, inaplicable al caso el artículo 20 del Código Civil, referido al sentido interpretativo que estable un orden de prelación en los apellidos asignados al hijo, de conformidad con lo establecido por este Tribunal en la presente sentencia.

2. **INTERPRETAR** el artículo 20 del Código Civil conforme a la Constitución, en el sentido de que no establece un orden de prelación entre los apellidos paterno y materno. Dicha interpretación comenzará a regir desde la publicación de la presente resolución.

3. **ORDENAR** al Reniec que emita el DNI a la demandante con el nombre solicitado como *"Jhojana Rudas Guedes",* que se encuentra inscrito en el acta de nacimiento 70618918 del año 2014.

4. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que modifique el artículo 20 del Código Civil, en el sentido de establecer un mecanismo de solución ante la disconformidad de los progenitores para asignar el orden de apellidos de los hijos.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, me adhiero al voto del magistrado Blume Fortini, por las razones que allí se indican y, en consecuencia, voto por declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, ordenando que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil emita el Documento Nacional de Identidad de la favorecida conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil.

S.

FERRERO COSTA

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE LA DEMANDA DEBE SER DECLARADA FUNDADA EN PARTE, ORDENANDO AL RENIEC EMITIR EL DNI DE LA FAVORECIDA, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO CIVIL

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, considero que en el presente caso, únicamente cabe amparar la demanda en cuanto a la entrega del DNI de la favorecida, en los términos establecidos por las normas del Código Civil peruano, por las razones que paso a desarrollar:

Antecedentes del caso

1. Con fecha 11 de enero de 2019, doña Marcelina Rudas Valer interpuso demanda de *habeas corpus* a favor de su hija Jhojana, y la dirigió contra el jefe institucional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), don Jorge Yrivarren Lazo. Solicitó la inaplicación del artículo 20 del Código Civil, a fin de que la favorecida pueda consignar su apellido materno antes que el paterno en su Documento Nacional de Identidad (DNI); y que, en consecuencia, se ordene al Reniec la expedición de dicho documento en esos términos. Se alegó la vulneración del derecho a la identidad.

2. En la aludida demanda, se sostiene que la favorecida es hija de la señora Marcelina Rudas Valer y del señor Nivaldo Guedes Da Rocha. Asimismo, se afirma que la identidad de la beneficiaria ha sido modificada en varias oportunidades; en un primer momento, solo contó con los apellidos de su madre, esto es, Rudas Valer; posteriormente, a través del procedimiento administrativo de reconocimiento de paternidad se incorporó en el acta de nacimiento 70618918, el apellido de su padre después del de su madre, teniendo como nombre completo el de Jhojana Rudas Guedes. Finalmente, indica que cuando la favorecida cumplió la mayoría de edad y realizó los trámites pertinentes ante las oficinas del Reniec a fin de obtener su DNI, dicha institución le solicitó que para la entrega del aludido

documento debía previamente realizar la rectificación del orden de sus apellidos –primero el de su padre y luego el de su madre–, a efectos de que sea identificada como Jhojana Guedes Rudas, lo cual refiere como lesivo de su derecho a la identidad, pues esta se identifica plenamente con la identidad de Jhojana Rudas Guedes, es decir llevando primero el apellido materno, toda vez que con dicho nombre ha desarrollado su vida hasta la actualidad.

3. La procuradora pública del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), se apersonó al proceso y contestó la demanda señalando que los fundamentos de la demandante carecen de sustento, toda vez que de conformidad con el artículo 20 del Código Civil, el orden de los apellidos es primero el paterno y luego el materno. En efecto, alegó que la existencia de un acta de nacimiento consignando una estructura contraria a la dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico implica la contravención del orden público y del principio de legalidad (fojas 92).

4. El Segundo Juzgado Mixto de Iñapari con funciones de Juzgado Penal Unipersonal y Penal Liquidador, con fecha 25 de marzo de 2019, declaró infundada la demanda por considerar que es la propia favorecida quien por interés personal no desea cumplir con el procedimiento administrativo establecido para rectificar su acta de nacimiento conforme a los términos señalados por el Reniec, a fin de que se le expida su Documento Nacional de Identidad. En consecuencia, estima que el Reniec ha actuado conforme a su normatividad. Y concluye que en el caso de autos no se advierte la vulneración de los derechos constitucionales alegados en la demanda (fojas 104).

5. La Sala superior competente confirmó la sentencia de fecha 25 de marzo de 2019, por considerar que carece de sustento la alegada vulneración de los derechos invocados en la demanda, pues la favorecida cuenta con un DNI en el cual se tienen registrados los apellidos que primigeniamente señaló su madre al momento de su inscripción, es decir Rudas Valer; por lo cual no carece de identidad; y que el DNI le fue otorgado dentro de un proceso formal y conforme a la normativa vigente. De esta manera, concluye en que la favorecida desea imponer su voluntad por encima de la ley, pues pretende que la Reniec le expida su DNI en el que se consigne

como su primer apellido el de su madre y en segundo término el de su padre, lo cual constituye un supuesto no amparable a través del proceso constitucional (fojas 144).

Petitorio

6. La parte recurrente solicita la inaplicación del artículo 20 del Código Civil, a fin de que la favorecida pueda consignar su apellido materno antes que el paterno en su Documento Nacional de Identidad (DNI), y que, en consecuencia, se ordene al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que le expida dicho documento en esos términos. Se alega la vulneración del derecho a la identidad.

Análisis del caso

7. La Constitución Política del Perú establece expresamente en su artículo 200, inciso 1, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. A su vez, el Código Procesal Constitucional establece, en su artículo 25, inciso 10, que el proceso constitucional de hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad.

8. Es dentro de este marco normativo que el Tribunal Constitucional ha especificado que de la existencia y disposición del DNI depende no solo la eficacia del derecho a la identidad, sino el ejercicio y goce de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación o supresión de tal documento, no solo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos (Sentencia 02273-2005- HC/TC, fundamento 26).

9. En el caso de autos, la recurrente manifiesta que cuando la favorecida cumplió la mayoría de edad (26 de diciembre de 2017) y realizó los trámites pertinentes ante las oficinas del Reniec a fin de obtener su DNI, dicha institución le solicitó que para la emisión del aludido documento debía previamente realizar la rectificación del orden de sus apellidos consignados en su partida de nacimiento –primero el de su padre y luego el de su madre–, a efectos de que sea identificada como Jhojana Guedes Rudas. A su entender, dicho requerimiento vulnera el derecho a la identidad de su representada, pues esta se

identifica plenamente con la identidad de Jhojana Rudas Guedes, es decir, llevando primero el apellido materno, toda vez que con dicho nombre ha desarrollado su vida hasta la actualidad.

10. Al respecto, conforme a los términos del Informe 000222-2017/ GAJ/SGAJR/ RENIEC de fecha 10 de julio de 2017 (fojas 58), emitido por la Sub gerencia de asesoría jurídica registral del Reniec, se tiene que:

> "2.3.3. […] el artículo 20° del referido cuerpo normativo [Código Civil], modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28720, el que establece el orden y la conformación de los apellidos prescribiendo que: "*Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre".*
>
> 2.3.4. Como podrá observarse la forma de la composición de los apellidos en el Perú al amparo de la normatividad vigente, es atribuido por ley, estableciendo que al hijo le corresponde *"el primer apellido del padre y el primero de la madre"* **no primando la autonomía de la voluntad en su elección**.
>
> […]
>
> 2.3.6. De esta forma, la existencia de un acta de nacimiento consignando una estructura contraria a la dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico implicaría contravención a norma de orden público, afectando complementariamente el principio de legalidad, el cual constituye una de las bases del Estado de Derecho, entendiéndose por él mismo a la subordinación positiva de la Administración Pública a la Ley.
>
> 2.3.7. De conformidad con lo expuesto, y en estricto cumplimiento del principio de legalidad, los encargados de los Registros de Estado Civil deben amparar su actuación en la normativa con imperatividad forzosa al momento de la inscripción, la que incluye principalmente aquella referida a la constitución del nombre y consecuentemente la asignación de apellidos del hijo regulados en los artículos 19 y 20 del Código Civil vigente.

2.3.8. De los datos que obran registrados en el acta de nacimiento N° 70618918 del año 2014, se observa que a pesar que los padres fueron identificados como Nivaldo **Guedes** Da Rocha, […] y Marcelina **Rudas** Valer […], el registrador conformó los apellidos de la titular en orden distinto a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico advirtiendo de esta forma que se consignó el primer apellido de la madre (Rudas) en el campo del primer apellido de la inscrita; y el primer apellido del padre (Guedes) en el campo del segundo apellido de la inscrita, situación que además de constituir contravención de norma expresa, ha permitido que la titular cuente con un registro de nombre erróneo al habérsele asignado el nombre de "Jhojana Rudas Guedes", debiendo corresponderle el de "Jhojana Guedes Rudas" tal como lo establece nuestra norma sustantiva, hecho que perjudica la referida inscripción de nacimiento para acreditar, en el presente caso, el nombre de su titular, y en consecuencia sustentar el procedimiento rectificatorio en el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales - RUIPN.

2.3.9. La citada situación irregular podrá regularizarse a través del procedimiento administrativo que permita subsanar la existencia de error en la conformación de los apellidos de la inscrita que obran registrados en el acta de nacimiento N° 70618918 extendida por la existencia de reconocimiento posterior en el año 2014, ante la Oficina de Registros del Estado Civil que funciona en la Municipalidad Distrital de Acostambo, provincia de Tayacaja, departamento de Huancavelica.

11. Respecto al orden de los apellidos, este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC, ha dicho lo siguiente:

El apellido

14. Designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia

que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno

12. En el presente caso, se aprecian dos situaciones sobre las que corresponde emitir pronunciamiento:

    - La beneficiaria del habeas corpus pretende que se le entregue un DNI con el orden invertido de los apellidos de sus progenitores.

    - El manifiesto error de Reniec de haber registrado los apellidos de la favorecida en el orden legal invertido (al momento de registrar la partida de nacimiento).

13. Con relación a la pretensión de la demanda vinculada con la inaplicación del artículo 20 del Código Civil, soy de la opinión de que en el presente caso no se dan las condiciones para otorgar lo solicitado, pues no existe controversia alguna respecto de los progenitores o la identidad de la beneficiaria del habeas corpus que corresponda ser amparada.

14. En efecto, el hecho de no admitir el uso del orden invertido de los apellidos de la favorecida en este caso en particular, no supone una grave afectación en su identidad o el desarrollo de su personalidad tal y como se invoca en la demanda, pues no se ha probado en autos que en el transcurso de sus 21 años de vida, tal uso haya supuesto una incidencia jurídica y social importante más allá de la emisión de los certificados de estudios realizados en territorio brasileño –que eventualmente pueden ser rectificados–, como sí se ha producido en casos anteriores donde de por medio se encontraba la realización de actos jurídicos como el matrimonio o divorcio, reconocimiento de hijos (filiación), derechos sucesorios, suscripción de contratos bancarios, asunción de deudas, entre otros, tal y como lo dejé sentado en mis votos singulares emitidos en los expedientes 07038-2015-HC/TC (Caso Apolonia Velásquez Dianderas Clemente, nacida el 15 de junio de 1932, con hijos y nietos), 04170-2014-HC/TC (Caso José Luís Chang Takara, peruano en el extranjero, casado y con DNI cancelado), 02834-2013-HC/TC (Caso Maria Antonieta Callo Tisoc, nacida en 1924, casada y con hijos) pero que para la mayoría, no resultaban casos determinantes donde amparar

el derecho a la identidad en los términos solicitados y optaron por desestimarlas.

15. En tal sentido, a mi juicio, ponderando las circunstancias objetivas de la demandante, soy de la opinión que corresponde desestimar la demanda con relación a la emisión del DNI inaplicando el artículo 20 del Código Civil.

16. Con relación al registro erróneo del orden legal de los apellidos de la favorecida, cabe señalar que ello es un hecho admitido por la Reniec en sus Informes 000222-2017/GAJ/SGAJR/RENIEC de fecha 10 de julio de 2017 (fojas 58) y 000063-2017/YRA/GOR/JR-14HVCA/RENIEC de fecha 20 de junio de 2017 (fojas 80), cuando señala que el registro se efectuó "*... a petición de las partes que estuvieron presentes ...*" durante el procedimiento administrativo de reconocimiento de paternidad efectuado el 10 de diciembre de 2014, por parte de don Nivaldo Guedes Da Rocha; lo cual demuestra que fue la propia entidad quien no observó el orden legal del registro de los apellidos de la favorecida al momento de su consignación en el acta de nacimiento.

17. Al respecto, corresponde enfatizar que el Reniec es un Órgano Constitucional Autónomo cuyas funciones y competencias están expresamente establecidas en la Constitución y desarrolladas en su ley orgánica (Ley 26497). Conforme a lo dispuesto por el artículo 183 de la Constitución Política del Perú, dicha entidad "tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil". En el mismo sentido, el artículo 2 de su ley orgánica dispone que "El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es la entidad encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Con tal fin, desarrollará técnicas y procedimientos automatizados que permitan un manejo integrado y eficaz de la información".

18. Por ello, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Identificación y Estado Civil (Decreto Supremo 015-98-PCM), los registradores del Reniec se encuentran obligados a inscribir los hechos relativos a la identidad y el estado civil conforme a los términos de la citada norma:

Los Registradores pertenecerán a las unidades de calificación de títulos y tendrán las siguientes funciones y atribuciones:

a. Calificar los títulos sustentatorios que se presenten para inscripción.

b. Procesar las inscripciones que sean pertinentes por el mérito de los títulos presentados.

c. Requerir los documentos e información escrita adicional a los títulos presentados, que se considere indispensable para su mejor comprensión, interpretación o calificación.

d. En el caso de inscripciones dispuestas por mandato judicial, el Registrador podrá solicitar al juez de la causa las aclaraciones o información complementaria que considere necesaria.

e. Denegar las inscripciones solicitadas cuyos títulos no aporten mérito para inscripción.

19. En tal sentido, se aprecia que los datos consignados en la base de datos del Reniec son de su responsabilidad, situación que importa también el deber ineludible de velar no solo por su autenticidad, sino también de verificar que la inscripción o registro de datos personales, como sus modificaciones, tengan el debido sustento técnico y fáctico, tal y como el citado reglamento lo establece. Por ello, cuando se advierta la existencia de imprecisiones en los datos que custodia, es indispensable que dicha entidad, a través de sus procedimientos y registradores, realice los actos necesarios para su corrección.

20. Dicho esto, se observa que a pesar de que el Reniec admitió tener responsabilidad en el registro erróneo de los apellidos de la favorecida, no inició de oficio el trámite de rectificación administrativa a fin de dar solución a la discrepancia que ella misma generó. Tal comportamiento, se evidencia incluso desde el primer momento en que se verificó el error de inscripción, en razón del pedido de procedimiento identificatorio de Rectificación de Imágenes y Datos de la Inscripción de fecha 17 de junio de 2016 (f. 73), efectuado por la madre de la beneficiaria. Contrario a ello, denegó la emisión de su DNI y le requirió que inicie –a impulso de parte– el procedimiento

de rectificación de partida de nacimiento ante la autoridad administrativa del lugar donde fue registrada al nacer (Municipalidad de Acostambo).

21. Tal actuación no hace más que demostrar la afectación del derecho a la identidad y a no ser privado del DNI de la favorecida, pues la entidad emplazada en lugar de observar los principios del procedimiento administrativo de impulso de oficio y de razonabilidad (numerales 1.3 y 1.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General), prefirió no dar solución inmediata a una situación que ella misma provocó y que carecía de controversia alguna conforme se ha señalado en el fundamento 8, pues es claro que la favorecida es hija de don Nivaldo Guedes Da Rocha y doña Marcelina Rudas Valer.

22. Siendo ello así, se aprecia que el Reniec negó arbitrariamente la emisión del DNI de la favorecida conforme a los términos establecido por el artículo 20 del Código Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 27820, dejándola sin posibilidades de ejercer por sí misma, sus derechos fundamentales en el territorio peruano, situación que a todas luces resulta inconstitucional, por lo que la demanda debe ser estimada en este extremo.

Sentido de mi voto

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda por haberse vulnerado el derecho a la identidad y a no ser privado del documento nacional de identidad de la favorecida.

2. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), rectificar el orden de los apellidos de la favorecida en el registro del acta de nacimiento y expedir el correspondiente documento nacional de identificación a favor de doña Jhojana Guedes Rudas de conformidad con lo antes establecido.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en cuanto a la inaplicación del artículo 20 del Código Civil.

S.

BLUME FORTINI

PONENTE BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, al no concordar con lo resuelto por la sentencia de mayoría, por lo siguiente:

La demanda pretende que se inaplique el artículo 20 del Código Civil, que establece que:

> Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre

Quiere que la favorecida pueda consignar su apellido materno antes que el paterno en su Documento Nacional de Identidad (DNI); y, que, en consecuencia, se ordene al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) le expida dicho documento como ella desea.

La demanda refiere que, cuando la favorecida cumplió la mayoría de edad, al realizar los trámites para obtener su DNI, el Reniec la requirió que rectifique el orden de sus apellidos en su partida de nacimiento, colocando primero el de su padre y luego el de su madre, a efectos de que sea identificada como Jhojana Guedes Rudas. Tal exigencia, afirma la demanda, vulnera el derecho a la identidad de la favorecida, que se identifica como Jhojana Rudas Guedes.

Sin embargo, respecto a los apellidos y su orden, en la sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC, este Tribunal Constitucional ha dicho:

> El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno

Así, el requerimiento del Reniec no es arbitrario, pues busca corregir el error en el que incurrió el registrador al momento de consignar el apellido de sus padres, al registrar primero el de su madre y luego el de

su padre, y se sustenta no solo en el artículo 20 del Código Civil sino en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional.

Por demás, el apuntalar el orden de los apellidos establecido en el Código Civil, la sentencia mencionada se alinea con lo establecido por el artículo 4 de la Constitución, respecto a que la comunidad y el Estado:

También protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Por tanto, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.3. PROCESOS DE HÁBEAS DATA

Sala Segunda. Sentencia 130/2021
EXP. N.° 01071-2018-PHD/TC
LAMBAYEQUE
C.W.H.M.

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 8 de febrero de 2021, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Sardón de Taboada, ha dictado la Sentencia 01071-2018-PHD/TC, por el que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por vulneración del derecho a la intimidad de la menor C. H. R. y del derecho a la autodeterminación informativa del recurrente C. W. H. M., por lo que se deja a salvo su derecho, si lo considera pertinente, para accionar judicialmente contra el emplazado por haber vulnerado el derecho a la intimidad de la menor C. H. R.
2. **ORDENAR** al diario *La Verdad* de Lambayeque que suprima el nombre y los apellidos del recurrente C. W. H. M. de la noticia de fecha 17 de junio de 2017 alojada en su página web y en sus redes sociales bajo el título «Hijo de exregidora es acusado de violar a dos menores».
3. **ORDENAR** al diario *La Verdad* de Lambayeque que efectúe el pago de los costos y costas procesales a favor del recurrente, lo que deberá determinarse en la etapa de ejecución de la sentencia.

Se deja constancia de que el magistrado Sardón de Taboada ha emitido fundamento de voto, el cual se agrega.

La secretaria de la Sala Segunda hace constar fehacientemente que la presente razón encabeza la sentencia y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de ella en señal de conformidad.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de febrero de 2021, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini, y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia. Y con el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don C. W. H. M., en nombre y representación legal de su menor hija de iniciales C. H. R., contra la resolución de fojas 53, de fecha 27 de febrero de 2018, expedida por la Sala Mixta Vacacional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de junio de 2017, el actor interpone demanda de habeas data, en nombre y representación legal de su menor hija de iniciales C. H. R., contra el diario La Verdad de Lambayeque. Solicita que el emplazado elimine o suprima la noticia alojada en su página web y en sus redes sociales, bajo el título «Hijo de ex regidora es acusado de violar a dos menores», de fecha 17 de junio de 2017, para impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afectan el derecho a la intimidad de su menor hija. Sostiene que el diario emplazado no ha tenido en cuenta las graves consecuencias que conlleva la difusión de su noticia al afectar la reserva y preservación de la identidad de su hija menor, persona agraviada por el acto delictivo investigado, porque, al exponer los datos completos de su identidad de padre (nombre y apellido), de manera indirecta ha permitido que se descubra la identidad de su menor hija.

El Tercer Juzgado Civil de Chiclayo, mediante resolución del 22 de noviembre de 2017, declaró infundada la demanda porque, a su criterio, la información difundida no es falsa y de la lectura íntegra de la noticia periodística no se desprende que se haya consignado el

nombre completo de la menor hija del recurrente, toda vez que solo figuran sus iniciales.

La Sala revisora confirmó la apelada al estimar que no existe vulneración del derecho a la autodeterminación informativa del recurrente, porque el emplazado, al ejercer su derecho a la libertad de informar, como derecho componente de la libertad de expresión, ha tomado los datos del recurrente para informar acerca de un presunto delito cometido en la ciudad, por lo cual no se evidencia la reclamada vulneración de derechos fundamentales. Añade la Sala que el ejercicio informativo no se restringe, salvo la existencia de una grave afectación del derecho al honor, situación que no se presenta en el caso de autos, asunto que, de existir, acarrea mecanismos de responsabilidad ulterior, es decir, de responsabilidad civil, mas no la utilización del proceso de habeas data.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, se solicita que el diario La Verdad de Lambayeque suprima una información que alude a su persona (nombres y apellidos), contenida en la noticia de fecha 17 de junio de 2017 alojada en su página web y en sus redes sociales, bajo el título «Hijo de ex regidora es acusado de violar a dos menores», donde se consigna, con su nombre y apellido, que es padre de la menor de edad que ha resultado víctima del delito de violación sexual que se viene investigando. En este sentido, de la lectura del requerimiento realizado por el actor al diario demandado (fojas 2) y de su escrito de demanda (fojas 7) se advierte que el acto lesivo estaría constituido por la publicación de su nombre y apellidos en la referida noticia.

2. Este Tribunal evaluará si, con la publicación de los nombres y apellidos del actor en la referida noticia, se vulneró o no su derecho a la autodeterminación informativa en los términos establecidos en el artículo 2, inciso 6, de la Constitución y en el artículo 61, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. Asimismo, evaluará si se vulneró el derecho a la intimidad de la menor hija del recurrente de iniciales C. H. R., reconocido en el artículo 2, inciso 7, de la Constitución.

Cuestión procesal previa

3. De autos se advierte que la parte demandante ha cumplido con el requisito especial de procedibilidad previsto en el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, conforme se aprecia de autos (fojas 2) cuando (i) con fecha 20 de junio de 2017, mediante carta notarial, el actor solicitó al emplazado la eliminación de sus datos personales de la publicación de la nota titulada «Hijo de ex regidora de Chiclayo es acusado de violar a dos menores», de fecha 17 de junio de 2017, y que se visualiza en su página web.

Análisis de la controversia

El habeas data como vía idónea para suprimir datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales

4. El habeas data es un proceso constitucional que también tiene por objeto la protección del derecho reconocido en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución, el cual establece lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho: (…) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

5. El artículo 61 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de habeas data procede en defensa del derecho fundamental de autodeterminación informativa. Por esta razón, cualquier persona puede acudir a dicha vía con la finalidad de

> Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de actividades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

6. Al respecto, este Tribunal se ha pronunciado en el fundamento 4 de la sentencia dictada en el expediente 01797-2002-HD/TC, en la que subraya:

> (...) la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información, así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.

7. En el caso sub examine, el actor solicita que se ordene al diario La Verdad de Lambayeque suprimir la información referida a su persona (nombres y apellidos), contenida en la noticia de fecha 17 de junio de 2017 alojada en su página web y en sus redes sociales, bajo el título «Hijo de exregidora es acusado de violar a dos menores», donde se consigna, con su nombre y apellido, que es el padre de la menor víctima del delito de violación sexual que se viene investigando. En este sentido, corresponde a este Tribunal dilucidar el presente caso teniendo en cuenta el artículo 61, inciso 2, in fine, del Código Procesal Constitucional, que establece que el proceso de habeas data procede para «suprimir o impedir que se suministren

datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales».

Sobre el derecho a la libertad de información

8. La Constitución establece en su artículo 2, inciso 4, que toda persona tiene derecho «a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley». Es importante considerar que los derechos ahí reconocidos no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad de la persona y un complemento inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculados al principio democrático, debido a que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad plural, permitiendo la formación libre y racional de la opinión pública (sentencia emitida en el Expediente 02976-2012-PA/TC).

9. Pues bien, sobre la libertad de información concretamente, se ha establecido, a partir de la jurisprudencia de este Tribunal, que, «como derecho fundamental está referida a la recepción y difusión de noticias, datos o cualquier otro tipo de mensaje tangible, sustentado en el principio de veracidad. Mientras que, por su parte, la libertad de expresión está vinculada con la comunicación de ideas, comentarios u opiniones que, sobre la base de congruencia, merece tutela constitucional» (sentencia emitida en el Expediente 04611-2007-PA/TC, fundamento 39). No obstante –conviene precisar– el principio de veracidad, que se exige respecto de la libertad de información, no debe ser confundido con el requerimiento de una certeza absoluta por parte de quien informa, sino que se debe asumir como un criterio que exige cierto grado de verosimilitud comprobable de la información.

Sobre el derecho a la intimidad y el principio de interés superior del niño

10. El primer párrafo del artículo 2, inciso 7, establece que toda persona tiene derecho a la intimidad. Al respecto, específicamente, sobre el

derecho a la vida privada, el Tribunal Constitucional ha sostenido que «está constituid[o] por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño» (06712-2005-HC/TC, fundamento jurídico 38). Ahora bien, el derecho a la intimidad de los niños y adolescentes debe adaptarse a las especiales circunstancias de este sector de la población. Así, este derecho debe ser interpretado conforme al principio del interés superior del niño.

11. Este Tribunal ya ha establecido en la sentencia emitida en el expediente 02132- 2008-PA/TC que el principio constitucional de protección del interés superior de los niños y adolescentes constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental, al establecer que «[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, [y] al adolescente, (…)». Se ha explicado en dicha sentencia que los niños y adolescentes, debido a la situación especial en las que se encuentran, son sujetos de derecho de protección especial, por lo que requieren asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar.

12. De igual forma, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa 25278, se especifica que, por lo que respecta a todas las medidas concernientes a los niños y adolescentes, todas las instituciones públicas o privadas atenderán al interés superior del niño. También en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337) se establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado, así como en la acción de la sociedad, «se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos». Aunado a ello, este Tribunal ha señalado que el interés superior de los niños y adolescentes impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad (cfr. sentencia emitida en el Expediente 01817-2009-PHC/TC).

13. Así pues, interés superior del niño obliga a la sociedad y al Estado a desplegar su actividad tomando en cuenta la especial situación de los niños y adolescentes. En efecto, la naturaleza extraprotectora o de protección complementaria de la legislación sobre niños y adolescentes encuentra su razón de ser en la situación de formación y vulnerabilidad en la que está este sector de la sociedad. En esta etapa de la vida los menores están recién familiarizándose con los valores y patrones culturales que rigen cada sociedad. Los niños y adolescentes desprotegidos contra los maltratos físicos y psicológicos cometidos consciente o inconscientemente tenderán a interiorizarlos como algo normal y a reproducirlos más tarde cuando sean adultos o inclusive padres. La legislación desea evitar tal situación, por lo que imprime una obligación de protección especial a tal sector de la población.

Sobre el rol de los medios de comunicación y los derechos del niño

14. Resulta indudable el importante rol de los medios de comunicación en la sociedad actual. Desde la clásica prensa escrita, pasando por la radio, la televisión y el internet, los medios de comunicación han sido y son indispensables para el fortalecimiento de las democracias liberales. Sin embargo, así como cumplen un rol primordial, eventualmente pueden amenazar y vulnerar derechos fundamentales. Y es que, en una sociedad masificada, las imágenes, noticias u opiniones que potencialmente vulneren el honor, la intimidad y el derecho a la imagen propia pueden ser difundidas de manera inconmensurable.

15. Pero no solo ello, los medios de comunicación, con su constante emisión de noticias, imágenes y opiniones por medio de programas o de mensajes publicitarios, establecen determinados comportamientos y roles. Con ello puede crear, normalizar y reforzar estereotipos y prejuicios. En efecto, la forma en que los medios de comunicación recolectan, publican y contextualizan la información ayuda a crear y a formar concepciones sobre las que construyen los valores de la sociedad. Es por ello que los medios de comunicación son parte importante de la formación de símbolos culturales, los cuales muchas veces determinan lo que es considerado como un valor y lo que debe ser considerado como un desvalor.

16. En razón de ello, la legislación ha respondido regulando, para el caso de la radio y televisión, un horario familiar, comprendido entre las 6 y las 22 horas (Ley de Radio y Televisión, 28278, artículo 40). De otro lado, la Ley 28681, ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, establece limitaciones a la publicidad y promoción de bebidas alcohólicas. Del mismo modo, el artículo 16 de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control del Consumo del Tabaco, establece restricciones a su publicidad.

17. Por otro lado, sobre el derecho a la intimidad, en el caso de los niños y adolescentes, cabe indicar que dicho derecho consiste en el dominio o gobierno que tales sujetos de derecho ejercen sobre su intimidad, a través de sus representantes legales, por lo que puede impedir no solo su intromisión, sino también inclusive su publicación por parte de cualquier medio de comunicación. Así, por ejemplo, una situación que pertenezca al ámbito íntimo de los niños y adolescentes no debería ser divulgada sin el previo consentimiento de los padres o los representantes. Así, ellos tendrán que autorizar la difusión de determinada información del menor, siempre que tal divulgación no implique daños o perjuicio al menor. Sin embargo, existen casos en los que la intimidad de los niños y adolescentes no podrá ser divulgada, ni siquiera cuando se cuente con la autorización de los padres. Este supuesto ha sido claramente configurado en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo texto vigente al momento de los hechos establecía que:

> Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

18. Esta prohibición se justifica por el intenso riesgo de estigmatización de los menores involucrados en este tipo de actos. Por ejemplo, la reinserción del menor que cometió la falta o delito tenderá a ser más difícil, puesto que la comunidad podrá recordárselo continuamente, lo cual no permitirá el propio proceso interno del menor en su reinserción social. Sin embargo, esto no implica que no puedan existir casos excepcionales en los que por la naturaleza de los hechos (alta peligrosidad del menor, por ejemplo) se justifique

la difusión de ciertas imágenes. No obstante, serían situaciones excepcionales, mas no la regla general. En el caso de las víctimas, la emisión de imágenes asociadas a determinados hechos dolorosos o bochornosos puede terminar revictimizando al menor. Por ende, los medios de comunicación deben abstenerse de identificar o emitir las imágenes de los menores, lo que no supone que no se puedan emitir imágenes, siempre que de ellas no sea posible la identificación del menor.

Análisis del caso en concreto

19. La situación planteada por el demandante pretende armonizar la libertad de información, y, de otro lado, el derecho a la intimidad personal de los niños, niñas y adolescentes que debe ser interpretado a la luz del principio de interés superior del niño

20. Este Tribunal advierte que se está frente a una presunta víctima del delito de violación sexual; por lo que, en este caso en particular, la protección del derecho a la intimidad involucra también el resguardo del derecho a la de la identidad de la víctima, pues fue víctima de un delito, situación reservada al conocimiento del sujeto mismo o de un grupo reducido de personas y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado consecuencias negativas.

21. Por ello, este Tribunal considera que, en aplicación del principio del interés superior del niño, no sólo está prohibido divulgar los nombres y apellidos de la niña, sino también difundir cualquier otra información que pueda conllevar a su identificación, toda vez que existe determinada información que por sí sola revelaría la identidad de la víctima de la violación sexual acaecida; así como existe determinada información que de manera conjunta llevaría a su identificación. Por ello, los medios de comunicación se encuentran impedidos de publicarlas y deben tener el máximo cuidado al difundirlas.

22. A mayor abundamiento, no serviría de nada ocultar el nombre de la víctima consignando sólo las iniciales de su nombre cuando, por otro lado, se publique el nombre completo o la imagen de sus progenitores, de sus vecinos o de cualquier otra persona que tenga relación con la víctima. Tampoco se puede proteger la identidad de la víctima cuando se publique su dirección, se emitan imágenes

de su domicilio, etc. Precisamente, el Decreto Legislativo 1377, publicado el 24 de agosto del 2018 en el Diario Oficial El Peruano, modificó el Código de los Niños y Adolescentes en los siguientes términos:

> 6.4 Cuando un niño, niña o adolescente se encuentren involucrados como autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito o sean víctimas de los mismos, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación. La prohibición se extiende al padre, madre, tutor/a o a las personas que vivan con él/ella. Los medios de comunicación tienen la obligación de garantizar la reserva de los datos personales y cualquier información que permita identificarlos, salvo que, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, exista una autorización escrita de los padres o representantes legales, y siempre que no se atente contra su interés superior.

23. En el presente caso, el diario La Verdad de Lambayeque ha publicado los datos personales del demandante, esto es, el nombre y apellidos del padre de la víctima del delito de violación sexual, lo cual ha ocasionado que la identidad del menor sea conocida por sus demás familiares, amistades, vecinos, compañeros de colegio, etc. En este sentido, resulta evidente la vulneración del derecho a la autodeterminación informativa de don C.W.H.M y el derecho a la intimidad de su menor hija de iniciales C. H. R.; por lo que corresponde estimar la demanda, y dejar a salvo el derecho del demandante, si lo considera pertinente, para accionar judicialmente contra el emplazado por haber vulnerado el derecho a la intimidad de su menor hija.

24. En consecuencia, se debe declarar fundada la demanda y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar que el demandado asuma el pago de los costos y costas procesales, que serán liquidados en la etapa de ejecución de la 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 vulneración del derecho a la intimidad de la menor C. H. R. y del derecho a la autodeterminación informativa del recurrente C. W. H. M., por lo que se deja a salvo su derecho, si lo considera pertinente, para accionar judicialmente contra el emplazado por haber vulnerado el derecho a la intimidad de la menor C. H. R.

2. **ORDENAR** al diario *La Verdad* de Lambayeque que suprima el nombre y los apellidos del recurrente C. W. H. M. de la noticia de fecha 17 de junio de 2017 alojada en su página web y en sus redes sociales bajo el título «Hijo de exregidora es acusado de violar a dos menores».

3. **ORDENAR** al diario *La Verdad* de Lambayeque que efectúe el pago de los costos y costas procesales a favor del recurrente, lo que deberá determinarse en la etapa de ejecución de la sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien es cierto coincido con lo resuelto pues también estimo que se debe declarar **FUNDADA** la demanda, emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones.

Se debe precisar que el diario "La Verdad", demandado en el presente proceso, fue notificado del auto admisorio de la demanda, el 31 de julio de 2017 conforme se verifica en la cédula de notificación, que obra a folios 15. Se advierte que la emplazada no contestó. Posteriormente, el 27 de noviembre de 2017 y el 13 de diciembre de 2017, fue notificada de la sentencia de primera instancia o grado y del concesorio del recurso de apelación (folios 25 y 40, respectivamente.

De otro lado, me aparto de lo alusión realizada en el fundamento 12 de la sentencia, a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Conforme a una lectura atenta de los artículos 57 y 200, inciso 4, de la Constitución, los tratados no tienen rango constitucional sino solo uno equivalente al de las ordenanzas municipales.

La Constitución de 1979 sí establecía que algunos tratados tenían rango constitucional, pero fue sustituida hace veinticinco años por la actual Constitución. Ésta reafirma la prevalencia del Perú como unidad política fundamental.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Sala Primera. Sentencia 11/2021

EXP. N.° 03062-2018-PHD/TC
PIURA
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CRÉDITO DE PIURA SAC (SINATRACMAC)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los quince días del mes de febrero de 2021, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (Sinatracmac) contra la Resolución 10, de fojas 101, de fecha 28 de mayo de 2018, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura que, revocando la apelada, declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de junio de 2017, el sindicato demandante interpuso demanda de *habeas data* contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC-CMAC Piura SAC, con la finalidad de que se disponga la entrega de la copia legalizada del comprobante de pago emitido por el notario Enrique Guerrero Fows, por el servicio contratado por la entrega de carta notarial de fecha 30 de marzo de 2016 (carta de preaviso de despido del secretario del sindicato demandante); asimismo, solicita la información referida a la verificación de la colegiación y habilidad profesional de sus trabajadores y locadores en observación a la Ordenanza Regional 273-2013/GRP-CR; copias legalizadas de los contratos

de locación de servicios celebrados con el locador abogado Eduardo Colina Bernal – asesor legal externo para los periodos 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, además si el citado abogado cuenta con contrato de locación de servicios vigente y en caso de rescisión, copia legalizada del documento de rescisión.

El Cuarto Juzgado Civil de Piura, por Resolución 1, de fecha 9 de junio de 2017, admite a trámite la demanda.

Con fecha 21 de agosto de 2017, la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC contesta la demanda y solicita que se declare infundada la demanda considerando que lo solicitado no está referido al servicio público que realiza la demandada. Asimismo, expresa que la acreditación de la habilidad para el ejercicio de la profesión debe ser solicitada en el colegio profesional donde se encuentra escrito el abogado. Respecto de la entrega del contrato suscrito con el abogado Colina Bernal y/o su contrato de rescisión, sostiene que conforme la Ley 29733, Ley de Protección de datos personales, dicha información forma parte de la esfera privada de su titular.

Por Resolución 4, de fecha 31 de agosto de 2017, se declara fundada la demanda y se dispone que la emplazada entregue información sobre la verificación de la colegiatura de habilidad profesional de sus trabajadores y locadores profesionales en observación a la Ordenanza Regional 273- 2013/GRP-CR, así como las copias legalizadas de los contratos de locación de servicios celebrados con el locador abogado Colina Bernal, y si este cuenta con contrato vigente y en caso de rescisión, la copia legalizada de este.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, por Resolución 10, de fecha 28 de mayo de 2018, revoca la apelada y declara infundada la demanda, considerando que la información requerida no puede ser otorgada, puesto que constituye información correspondiente a la organización interna de la empresa.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. El artículo 62 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente:

> Para la procedencia del habeas data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo anterior, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, o dentro de los dos días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 6) de la Constitución.

2. Conforme a dicha norma, la procedibilidad del *habeas data* requiere, de un lado, que el recurrente haya reclamado por única vez en defensa de su derecho mediante documento de fecha cierta y, de otro lado, que dicha solicitud sea denegada o no contestada en un plazo de 10 o 2 días hábiles según sea el caso.

3. Se observa de autos (fojas 9-11), que el sindicato recurrente realizó el requerimiento a la entidad emplazada, advirtiéndose que no se obtuvo respuesta en el plazo establecido.

Delimitación del petitorio

4. La presente demanda denuncia la afectación de su derecho a la información pública, persiguiendo como finalidad que la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (CMAC Piura) proporcione al sindicato demandante información sobre:

   a) Copia legalizada del comprobante de pago emitido por el notario Enrique Guerrero Fows, por el servicio contratado para la entrega de la carta notarial de fecha 30 de marzo de 2016 (carta de preaviso de despido al señor Muñoz Salazar);

   b) Documentos sobre la verificación de la colegiación y habilidad de sus trabajadores y locadores en observación de la Ordenanza Regional 273-2013/GRP-CR;

   c) Copias legalizadas de los contratos de locación de servicios celebrados con el abogado Colina Bernal, asesor legal externo, para los periodos 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017;

d) Si el abogado citado cuenta con contrato de locación de servicios vigente, y en caso de rescisión, copia legalizada del documento de rescisión.

Derechos protegidos por el *habeas data*

5. El *habeas data* es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución, según los cuales establecen 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. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"; y "que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad IJA personal y familiar", respectivamente.

Derecho de acceso a la información pública

6. El derecho de acceso a la información pública evidentemente se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

7. Por otro lado, conforme al último párrafo del artículo 8 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, las empresas del

Estado se encuentran obligadas a suministrar la información pública con la que cuenten. Por tanto, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicha ley de desarrollo constitucional.

8. Asimismo el artículo 9 del referido cuerpo legal, se establece lo siguiente:

> Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley Nº 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

9. Conforme a ello, a criterio de este Tribunal Constitucional, las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben interpretarse de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas.

En el presente caso

10. En el presente caso, tenemos que el sindicato demandante solicita a la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC proporcionar, entre otros, copia legalizada del comprobante de pago emitido por el notario Enrique Guerrero Fows, por el servicio contratado para la entrega de la carta notarial de fecha 30 de marzo de 2016 (carta de preaviso de despido al señor Muñoz Salazar).

11. Respecto de este punto, la información solicitada está relacionada con el aspecto laboral de los trabajadores, en la medida que a través del documento requerido se ha procedido a remitir la carta de preaviso de despido al señor Muñoz Salazar, razón por la que correspondía que la emplazada haga entrega de dicha documentación. Por ende, la negativa injustificada afecta el derecho invocado por el sindicato demandante.

12. Asimismo, el sindicato demandante solicita que se le proporcione información sobre la verificación de la colegiación y habilidad de sus trabajadores y locadores en observación de la Ordenanza Regional 273-2013/GRP-CR. Al respecto corresponde señalar que la ordenanza referida establece en su artículo segundo:

> "disponer que en todas las dependencias públicas del ámbito regional se verifique la habilidad profesional de los funcionarios de confianza y/o directivos, servidores públicos nombrados o contratados y locadores que ejerzan funciones o realicen servicios, según corresponda, cuyo cargo estructural o prestación contractual implique el ejercicio de su profesión".

13. En la citada ordenanza, en el artículo cuarto, se exhorta a las entidades privadas domiciliadas en el ámbito de la región Piura a tener en cuenta lo dispuesto en la ordenanza citada.

14. Conforme a lo establecido, corresponde a la entidad emplazada proporcionar la documentación que obre en su poder, relacionada con la verificación de la colegiación y habilidad de sus trabajadores, razón por la que debe estimarse la demanda respecto a este extremo y disponerse que la entidad entregue la documentación que tenga en su poder referida a la verificación de la colegiación y habilidad de sus trabajadores.

15. Finalmente, respecto de los puntos c) y d) referidos a la entrega de los contratos de locación de servicios celebrados con el abogado Colina Bernal, asesor legal externo, para los periodos 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017; además de informar sobre si el abogado citado cuenta con contrato de locación de servicios vigente, y en caso de rescisión, copia legalizada del documento de rescisión.

16. Revisada la normativa vigente, tanto la Ley 27806, Ley de Transparencia y acceso a la información pública, como la Ley 29733, Ley de Protección de datos personales, no establece que los documentos solicitados por el sindicato demandante constituyan información sensible o privada que se encuentre exceptuada de ser entregada, razón por la que la negativa a proporcionarla afecta su derecho de acceso a la información pública, más aún cuando se trata de un servicio que contrata la entidad demandada para la defensa legal de sus intereses como entidad. Por lo cual, corresponde disponer que la entidad emplazada proporcione las copias de los contratos requeridos y, de ser el caso, el documento de rescisión.

17. Por otro lado, este Colegiado considera que es improcedente el pedido de que se informe sobre la vigencia del contrato de locación

de servicios con el señor Colina Bernal, ya que ello implica la elaboración de un informe, el que no procede conforme a ley.

18. Es así que, conforme con lo expresado, corresponde que se haga entrega de la documentación solicitada por el sindicato demandante, exceptuando el pedido de informe sobre la vigencia del contrato de locación de servicios con el abogado Colina Bernal.

19. Asimismo, al haberse estimado la demanda, corresponde disponer el pago de costos procesales a favor del sindicato demandante.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, al haberse acreditado la afectación al derecho invocado.

2. **ORDENA** que la entidad demandada proporcione la copia legalizada del comprobante de pago emitido por el notario Enrique Guerrero Fows; documentos sobre la verificación de la colegiación y habilidad de sus trabajadores y locadores en observación de la Ordenanza Regional 273- 2013/GRP-CR; y las copias legalizadas de los contratos de locación de servicios celebrados con el abogado Colina Bernal, asesor legal externo, para los periodos 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017; y el documento de rescisión de contrato, si existiera.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo referido a que se le informe sobre la vigencia del contrato de locación de servicios del abogado Colina Bernal.

4. **CONDENAR** al emplazado al pago de costos procesales a favor del demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NUÑEZ

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.4. PROCESOS DE CUMPLIMIENTO

Pleno. Sentencia 652/2021

EXP. N.° 01717-2014-PC/TC
LIMA

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL AMBIENTE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE PERÚ (IDLADS), REPRESENTADO POR HENRY OLEFF CARHUATOCTO SANDOVAL

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de junio de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez han emitido la siguiente sentencia que resuelve:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, que deberá ser entendida como una de amparo.

2. **INTERPRETAR** la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, de conformidad con los fundamentos 40, 51, 57 y 59 de la presente sentencia.

3. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa.

4. **ADMITIR** la intervención de la Confederación Nacional Agraria en calidad de litisconsorte.

5. Declarar **IMPROCEDENTE** las solicitudes de excepción de incompetencia y prescripción solicitadas.

6. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de sustracción de la materia presentada por el procurador público del Ministerio de Energía y Minas.

Por su parte, los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini emitió un fundamento de voto que será entregado en fecha posterior.

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 8 días del mes junio de 2021, 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 el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú) contra la resolución de fojas 106, de fecha 21 de noviembre de 2013, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de diciembre de 2012, el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú), interpone demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas y el procurador público del Ministerio de Energía y Minas, con el objeto de que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM sea sometida a consulta previa, en cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como del artículo 2 de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

El recurrente sostiene que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM fue emitida sin tomar en cuenta lo dispuesto en la Ley 29785 y el Convenio 169 de la OIT, dado que, al desarrollar temas relacionados con las actividades de hidrocarburos, mineras e hidroeléctricas que se

dan en territorios indígenas, debió ser sometida al proceso de consulta previa antes de su emisión. Asimismo, el actor cuestiona que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM haya determinado el momento exacto en el que se realiza la consulta previa, lo que –a su entender– afecta directamente el ejercicio del derecho a la consulta previa.

El Décimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha el 8 de enero de 2013, declaró improcedente la demanda, por considerar que no existe un mandato legal o mandamus que de manera cierta, expresa e incondicional establezca las pretensiones del actor y que sea exigible a través del presente proceso de cumplimiento. Agrega que el proceso contencioso administrativo es la vía procedimental idónea para dilucidar la presente controversia, ya que cuenta con etapa probatoria.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 21 de noviembre del 2013, confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

Mediante Auto del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de setiembre de 2018, el Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda de cumplimiento, y dispuso que debe ser entendida como una de amparo. Y, consecuentemente, le confirió al Ministerio de Energía y Minas y a la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas, el plazo de cinco (5) días hábiles para que en ejercicio de sus derechos de defensa, aleguen lo que juzguen conveniente, previa notificación de la demanda y sus anexos.

Para el Tribunal Constitucional, la demanda de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 29785, era improcedente, por cuanto lo que realmente pretendía la parte recurrente era cuestionar la validez de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, lo que es ajeno al objeto y finalidad del proceso de cumplimiento. No obstante, reconvirtió la demanda de cumplimiento por una de amparo, tras advertir la posible afectación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

Con fecha 5 de junio de 2019, el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible solicita la acumulación de dos pretensiones: a) que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, pues sostiene que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, vuelve a establecer los mismos actos administrativos y momentos

que serán objeto de consulta previa, establecidos en la Resolución Ministerial 350-2012- MEM/DM, siendo la única modificación la unidad orgánica del sector que conducirá la consulta previa, y b) que se deje sin efecto el artículo 1.2 de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM, que modifica el TUPA del Ministerio de Energía y Minas. La parte demandante alega que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM y el artículo 1.2 de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM, no fueron sometidos a la consulta previa correspondiente, de conformidad con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 2 de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa.

El 12 de junio de 2019, el procurador público del Ministerio de Energía y Minas formula excepciones y contesta la demanda. Deduce la excepción de incompetencia, por cuanto - a su parecer- el órgano jurisdiccional de primera instancia resulta competente para resolver la demanda de autos, dado que en dicha sede se le otorgará el derecho a la doble instancia, que es parte del derecho al debido proceso. Además, deduce la excepción de prescripción extintiva, argumentando que la demanda fue interpuesta (20.12.2012) luego de 60 días de expedida la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM (20.07.2012), por lo que contraviene el artículo 44 inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

En cuanto al fondo, la procuraduría sostiene que la cuestionada Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM no vulnera el derecho a la consulta previa, por cuanto las consideraciones que la sustentan establecen con amplitud el marco normativo aplicable, referido a normas legales y el convenio 169 de la OIT (f. 16 del Cuaderno del Tribunal Constitucional). Asimismo, alega que la referida resolución ministerial únicamente aprueba los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. En todo caso, la aprobación de tales procedimientos administrativos permite reconocer el derecho a la consulta previa, y no la vulnera. Además, no menciona la realización de algún proyecto que pudiera afectar los derechos de las poblaciones indígenas. Y sostiene que la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM no afecta directamente a los pueblos indígenas, dado que no concesiona territorios, no autoriza la utilización de predio o terreno alguno para la realización de actividades mineras, no autoriza la exploración ni explotación de los minerales en los predios de los pueblos indígenas, y tampoco contiene información sobre proyectos mineros.

Finalmente, la parte demandada aduce que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia, debido a que la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM ya no se encuentra vigente, al haberse emitido la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM, de fecha 4 de mayo de 2015.

Con fecha 22 de julio de 2019, la Confederación Nacional Agraria solicita su intervención como litisconsorte facultativo. Asevera que sus actividades productivas se encuentran directamente relacionadas al desenvolvimiento de la naturaleza y la tierra, por lo que pueden verse gravemente impactados por las actividades mineras e hidrocarburíferas desarrolladas en el marco de la Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM Y 209- 2015-MEM/DM.

Posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2019, la parte demandada presenta un escrito a través del cual solicita que se declare improcedente y/o infundada la acumulación de pretensiones y la intervención como litisconsorte facultativa solicitada por la Confederación Nacional Agraria. Sostiene que el proceso constitucional solo permite acumulación de procesos y no de pretensiones, y que ya no procede la acumulación solicitada porque ya contestó. Asimismo, requiere que se declare improcedente la solicitud de intervención litisconsorcial de la Confederación Nacional Agraria, porque no ha acreditado la afectación del derecho a la consulta previa.

El 30 de diciembre de 2019, la parte demandante solicita una nueva acumulación a su pretensión, adicional a la realizada con fecha anterior. Solicita que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 403-2019-MINEM/DM, publicada el 18 de diciembre de 2019, mediante la cual se precisaron "los casos de los procedimientos administrativos del subsector minero en lo que corresponde realizar el proceso de consulta previa" y se modificó el Tupa de la Dirección General de Minería. Sostiene que dicha resolución ministerial no fue sometida a consulta previa.

Mediante auto de fecha 2 de marzo de 2021, el Tribunal Constitucional acumuló la solicitud de nulidad de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM. Y declaró improcedente las solicitudes de acumulación del artículo 1.2 de la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM y de la Resolución Ministerial 403-2019-MINEM/DM.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda de autos, entendida como de amparo, tiene por objeto que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, reglamentos que aprueban los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. Se alega la vulneración del derecho a la consulta previa.

§2. Consideraciones previas

2.1. Acerca de la solicitud de sustracción de la materia de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM

2. La parte demandada sostiene que corresponde declarar la sustracción de la materia controvertida, dado que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM ya no se encuentra vigente, al haberse emitido la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM, de fecha 4 de mayo de 2015.

3. En consecuencia, corresponde evaluar si la norma cuya inaplicación se solicita continúa vigente en el ordenamiento jurídico nacional.

4. Conforme se indicó en el auto de acumulación de este Tribunal Constitucional, de fecha 2 de marzo de 2021, expedido en el proceso de autos, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM regula de manera casi idéntica los términos regulados en la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM. La única diferencia está en la unidad orgánica del sector a cargo de los procesos de consulta previa.

5. En efecto, la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM regulaba los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo, en materia de hidrocarburos y electricidad. Por su parte, la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM vuelve a regular, con un contenido idéntico a la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, los procedimientos administrativos en los que se

realiza la consulta previa y la oportunidad en la que será realizada, en materia de hidrocarburos y electricidad. La única diferencia en la redacción de la nueva resolución ministerial se encuentra en los órganos a cargo, pues mientras que la Resolución Ministerial 350- 2012-MEM/DM señalaba que los órganos a cargo eran la Dirección General de Hidrocarburos, PERUPETRO S.A. y la Dirección General de Electricidad, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM indica que es la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos.

6. Por consiguiente, materialmente, la regulación de los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo, en materia de hidrocarburos y electricidad, persiste.

7. Aunado a ello, cabe tener presente que la solicitud de nulidad de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM fue acumulada mediante el auto del Tribunal Constitucional de fecha 2 de marzo de 2021, expedido en este proceso.

8. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal estima que no corresponde declarar la sustracción de la materia, en relación con este extremo de la demanda.

2.2. Sobre la solicitud de intervención de la Confederación Nacional Agraria

9. La Confederación Nacional Agraria solicita su incorporación como litisconsorte, al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 del Código Procesal Constitucional. Sostiene que sus actividades productivas se encuentran directamente relacionadas al desenvolvimiento de la naturaleza y la tierra, por lo que pueden verse gravemente impactados por las actividades mineras e hidrocarburíferas desarrolladas en el marco de las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM.

10. Dado que mediante Decreto del Tribunal Constitucional de fecha 13 de setiembre de 2019, notificada al Ministerio del Ministerio y Minas los días 3 y 4 de octubre de 2019, se le puso en conocimiento a este último de la solicitud de intervención de la Confederación Nacional Agraria, el Tribunal Constitucional resolverá dicho pedido en la presente sentencia.

11. El artículo 54 del Código Procesal Constitucional establece que quien "tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable".

12. Al respecto, la confederación solicitante acredita el interés jurídico relevante en el presente caso. Es una asociación que tiene por finalidad, según la copia de su ficha registral de personería jurídica (que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), entre otras, representar y defender en el ámbito nacional e internacional la identidad y los intereses de las organizaciones agrarias, rurales, nativas y del campesinado en general. Asimismo, este Tribunal Constitucional admitió la demanda tras advertir la posible afectación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios. Por tanto, si bien en el caso de autos la confederación solicitante no acredita el interés jurídico relevante de las organizaciones agrarias, rurales y campesinas en el caso de autos, al no indicar el elemento subjetivo (autoidentificación colectiva) y objetivo (continuidad histórica, conexión territorial e instituciones propias que se retienen en todo o en parte) que las definiría como pueblo indígena, se advierte que también representa a comunidades nativas. Consecuentemente, en la medida en que existe un interés jurídicamente relevante por parte del solicitante en el caso de autos, se debe admitir su pedido de intervención litisconsorcial.

2.3. Sobre las excepciones de incompetencia y prescripción

13. La demandada ha deducido las excepciones de incompetencia y prescripción extintiva.

14. Con relación a la excepción de incompetencia, mediante auto del Tribunal Constitucional de fecha 4 de setiembre de 2018, este Tribunal admitió su competencia, de manera excepcional, tras advertir la posible afectación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, y atendiendo al especial valor material del derecho a la consulta previa, a efectos de evitar un posible daño

irreparable. Consecuentemente, resulta improcedente la excepción de incompetencia.

15. Respecto a la excepción de prescripción extintiva, cabe acotar que los actos lesivos denunciados por la parte demandante son continuados, pues en tanto no se ha realizado la consulta previa de las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM, la incidencia en el derecho a la consulta previa de los actores es permanente. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 44 inciso 3 del Código Procesal Constitucional, no corresponde aplicar el plazo de prescripción previsto para los procesos de amparo. Con base a lo expuesto, corresponde declarar improcedente la excepción de prescripción solicitada.

2.4. Acerca del carácter autoaplicativo de la Resolución Ministerial 350-2012- MEM/DM, entendida como Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM

16. Dado que la pretensión consiste en que se inapliquen las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM, que regulan los procedimientos administrativos en los que se realiza la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo en materia de hidrocarburos y electricidad, a juicio de este Tribunal, es menester evaluar si dichas normas son autoaplicativas, supuesto en el que procede el amparo contra normas, conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Constitucional.

17. Al respecto, se debe precisar 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.

18. 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.

19. Teniendo en cuenta la distinción planteada, en el presente caso se observa que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM son normas autoaplicativas, porque desde su entrada en vigencia, su aplicación resulta inmediata e incondicionada. Asimismo, el supuesto normativo de dichas resoluciones en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos, en la medida en que su sola emisión genera un impacto en el derecho a la consulta previa de la parte de las comunidades indígenas y nativas.

§3. Análisis de fondo

20. La parte demandante sostiene que las Resoluciones Ministeriales 350-2012- MEM/DM y 209-2015-MEM/DM –reglamentos que aprueban los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo en materia de hidrocarburos y electricidad– vulneran su derecho a la consulta previa debido a que fueron emitidas sin haber sido sometidas al proceso de consulta previa, contraviniendo así la Ley 29785 y el Convenio 169 de la OIT.

21. Conforme a lo expuesto en las consideraciones previas, la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM fue sustituida de manera tácita por la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, al regular el mismo contenido y en similares términos. Por consiguiente, el

problema jurídico radica en determinar si la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM vulnera el derecho a la consulta previa.

22. Al respecto, el derecho a la consulta previa se encuentra reconocido en los artículos 6.1, 6.2 y 15 del Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), y fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 55 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

23. Dicho derecho tiene entre sus fundamentos el principio de Estado democrático y la cláusula de Estado social, en el marco del Estado constitucional de derecho.

24. En efecto, la consulta previa coadyuva a promover la participación de los pueblos indígenas en el marco del Estado democrático. En virtud de los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado peruano es un Estado democrático y social de derecho. Como Estado democrático, la participación ciudadana en el desarrollo del Estado adquiere una posición constitucional relevante. Los ciudadanos que conforman el estado peruano presentan diversidades étnicas (sentencia recaída en el Expediente 02196-2014-PA/TC, fundamento 3), lingüísticas, religiosas, etc. Y, entre las diversidades étnicas, se encuentran los pueblos indígenas, las comunidades campesinas o nativas (sentencia emitida en el Expediente 03343-2007-AA/TC, fundamento 30). Por su parte, la consulta previa promueve la participación de los pueblos indígenas u originarios en el desarrollo del Estado[101] y permite que las opiniones de estas comunidades se traduzcan en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando su cultura y forma de vida (sentencia recaída en el Expediente 06316-2008-PA/TC, fundamento 21, sentencia emitida en el Expediente 05427-2009-AC/TC, fundamento 57). Consecuentemente, en la medida en que la consulta previa fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado, coopera en el fortalecimiento del Estado democrático y lo legitima.

101 En la sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-AA/TC (fundamento 33), el Tribunal Constitucional estipuló que el derecho a la consulta previa es una concretización del derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, reconocido en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución.

25. Por su parte, la consulta previa también encuentra entre sus fundamentos la cláusula de Estado social. El Estado democrático y social de derecho tiene como una de sus características la cláusula de Estado social, la cual tiene entre sus objetivos alcanzar la igualdad material. La consulta previa coadyuva a que las comunidades indígenas participen en la elaboración e implementación de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente. De esa manera, con la participación de las comunidades indígenas, la consulta previa contribuye a reducir la exclusión a la que históricamente han estado sometidas, preservando su identidad y subsistencia digna.

26. Para tales efectos, este Tribunal ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que la consulta previa tiene entre sus características principales, extraídas del Convenio 169 de la OIT, los siguientes principios: a) la buena fe; b) la flexibilidad; c) el objetivo de alcanzar un acuerdo; d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta (sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 26).

27. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha identificado una serie de posiciones iusfundamentales que constituyen el derecho a la consulta, entre las cuales están: a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales, b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa, c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta [sentencia recaída en los Expedientes 00022-2009-AI/TC; 00024-2009-AI/TC, fundamento 5; 00025-2009-AI/TC, fundamento 21].

28. En cuanto a la posición iusfundamental "el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales", se observa que genera entre sus obligaciones el deber de consultar, mediante procedimientos apropiados, a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente[102].

---

102 El artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT indica que "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de**

29. De dicha obligación, se advierte que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida administrativa o legislativa que impacte sobre las comunidades indígenas y originarias, sino solo frente a aquellas medidas que las afecten directamente.

30. Las medidas legislativas o administrativas que, si bien impactan sobre las comunidades indígenas, no las afectan directamente, no activan la obligación de la consulta previa. Estas medidas pueden tener efectos sobre las poblaciones indígenas, pero no tienen la potencialidad de alterar la estructura política, social, cultural, ambiental, entre otras condiciones, de la comunidad indígena u originaria. Conviene recordar que, pese a que no activan el procedimiento de la consulta, deben desarrollarse en el marco del respeto y garantía de la Constitución y el ordenamiento jurídico en general.

31. Con relación a las medidas legislativas o administrativas que afectan directamente a las comunidades indígenas, es obligatorio que sean consultadas. Este Tribunal ha resaltado que las medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas y originarias generan cambios relevantes y directos que producen, entre otros, cambios en su territorio, modo y estilo de vida, e inclusive afectaciones de tipo jurídico (sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-AI/TC, fundamentos 20 y 21). Así, una afectación directa es todo aquel impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria, que son la base de su cohesión social.

32. Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde analizar la controversia.

---

afectarles directamente. (…)". Asimismo, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "en virtud del Convenio 169 y la Ley Nº 29785, el Estado está obligado a consultar previamente a los pueblos indígenas aquellos actos administrativos o legislativos que pudieran **afectarles directamente**". (Sentencias emitidas en los Expedientes 01126-2011-PA/TC, fundamento 45; 05427-2009-AC/TC, fundamento 46; 06316-2008-AA/TC, fundamento 22; 03343-2007- AA/TC, fundamento 35). (El resaltado es nuestro).

33. En el presente caso, se observa que la cuestionada Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM es una medida administrativa que implementa el procedimiento de la consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad. Esta medida regula los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. Así pues, el artículo único de dicha resolución ministerial dispone lo siguiente:

> "Artículo único.- Aprobar los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la Dirección a cargo, los mismos que se detallan a continuación:

HIDROCARBUROS

Procedimiento Administrativo	Oportunidad del proceso de consulta	Dirección a cargo
Concesión de transporte de hidrocarburos por ductos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Concesión de distribución de gas natural por red de ductos	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Modificación de la Concesión (sólo si se trata de ampliación).	Antes de otorgar la modificación.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal.	Antes de otorgar la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Modificación o transferencia de autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal (sólo si se trata de ampliación de terreno para la operación del ducto).	Antes de otorgar la modificación de la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Decreto Supremo que aprueba la suscripción de Contratos de Exploración y Explotación de lotes petroleros y gasfiteros.	Antes de emitir el Decreto Supremo	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Informe Técnico Favorable para la instalación de Plantas de Refinación y Procesamiento de Hidrocarburos y Estaciones de Servicio.	Previo a la emisión de la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos

ELECTRICIDAD

Procedimiento Administrativo	Oportunidad del proceso de consulta	Dirección a cargo
Otorgamiento de concesión definitiva de generación, transmisión y distribución	Antes de otorgar concesión.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Concesión Rural.	Antes de otorgar concesión.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Modificación de concesión definitiva de generación y transmisión (sólo si implica ocupación de nuevas áreas)	Antes de otorgar concesión	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Autorización de generación termoeléctrica.	Antes de la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Autorización para exploración de recursos geotérmicos	Antes de la autorización.	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
Otorgamiento de Concesión para explotación de recursos geotérmicos	Antes de otorgar la concesión	Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos

(…)".

34. A continuación, se evaluará cada una de las medidas dispuestas, a fin de determinar si afectan de manera directa a las comunidades indígenas u originarias.

Sobre la dirección a cargo de quien será realizada la consulta previa

35. El órgano a cargo de la consulta previa debe garantizar que el procedimiento de consulta previa se realice teniendo en cuenta las características y los principios del derecho a la consulta previa. Para ello, entre otras medidas, debe facilitar el diálogo entre las partes; coordinar de manera efectiva y eficiente con todos los sectores involucrados; coordinar la protección efectiva de los líderes y comunidades indígenas o nativas que se encuentren en peligro por su participación en el procedimiento de consulta previa; y canalizar las demandas realizadas por las comunidades indígenas o nativas. De ese modo, el órgano a cargo de la consulta previa debe promover la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios, coadyuvando a fortalecer la democracia y promoviendo la garantía de la cláusula de Estado social.

36. Ahora bien, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM designa a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos como la dirección a cargo de determinados procedimientos administrativos, en las actividades de hidrocarburos y electricidad.

37. Al respecto, se advierte que dicha designación constituye una norma que adjudica competencias a un órgano para que aplique la consulta previa. Esto es, la designación cuestionada le atribuye competencias a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos para dirigir la consulta previa en determinadas actividades, con lo cual se confiere competencias a un órgano para dirigir determinados procedimientos administrativos.

38. Consecuentemente, resulta evidente que la designación de la dirección a cargo impacta o genera un efecto en las comunidades indígenas y originarias, al determinarse el órgano que se encargará de las consultas previas en las que participarán. Sin embargo, dicha designación no ordena, prohíbe o permite alguna conducta que altere o modifique positiva o negativamente en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales, territoriales, jurídicas o ambientales, que constituyen la base sobre la cual se erigen las comunidades indígenas u originarias.

39. Por lo tanto, si bien la designación de la dirección a cargo de la consulta previa en las actividades de hidrocarburos y electricidad impacta en las comunidades indígenas, no constituye una afectación directa, en los términos que se requiere para que se active la obligación de consultar previamente a su aprobación.

40. No obstante, este Tribunal considera relevante precisar que la dirección a cargo de la consulta previa a que hace referencia la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, debe respetar las características y principios del derecho a la consulta previa, conforme a lo señalado en el fundamento 35, supra.

Sobre la oportunidad en la que será realizada la consulta previa

41. La oportunidad en la que debe ser realizada la consulta previa de las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas u originarias debe ser previa y apropiada.

42. Al respecto, la consulta previa debe ser realizada en un momento previo, antes de la aprobación, adopción o autorización de la medida legislativa o administrativa que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias. Así, teniendo en cuenta los estándares determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de la IV disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, la consulta previa debe efectuarse durante las primeras etapas del proyecto, programa o plan de inversión, a fin de que los pueblos indígenas u originarios puedan participar verdaderamente en el proceso de adopción o autorización de las medidas propuestas [103]. Y es que, después de la adopción, aprobación o autorización de la medida que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias, la participación de estas no tendría utilidad, pues sus puntos de vista no serían considerados en la toma de decisiones, ni en la elaboración de las medidas, y se vulneraría el principio de buena fe, al consultárseles sobre decisiones ya resueltas (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-AI/TC, fundamento 36).

43. Sobre el particular, cabe acotar que el momento exacto de la consulta previa no podría ser determinado como un estándar aplicable indistintamente a toda comunidad indígena o nativa. Ello desconocería las particularidades de las comunidades indígenas o nativas y el tipo de medida que se pretende consultar. Por lo que, la oportunidad de la consulta previa debería considerar los usos y costumbres de las comunidades indígenas y nativas para la toma de decisiones[104] y el tipo de proyecto, programa o plan que se pretende aprobar. Adicionalmente, la consulta previa no se limita a un solo momento, pues se debe mantener abierto el diálogo constante durante todo el proceso de elaboración e implementación de la medida administrativa o legislativa.

---

103 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 133. Caso Kichwa vs Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 167 y 180.

104 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Kichwa vs Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 167.

44. Por su parte, la consulta previa también debe ser apropiada, guiándose por los principios y características del derecho a la consulta previa, tales como la buena fe, la flexibilidad, el objetivo de alcanzar un acuerdo, la transparencia y la implementación previa del proceso de consulta.

45. Ahora bien, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM indica la oportunidad en la que será realizada la consulta previa de determinados procedimientos administrativos de las actividades de hidrocarburos y electricidad. Expresa, en líneas generales, que la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados en la misma resolución, se realizará antes de conceder, otorgar o aprobar dichos procedimientos.

46. Al respecto, la determinación del momento exacto en el que se realizará la consulta previa de las medidas administrativas o legislativas sí afectaría directamente a las comunidades indígenas o nativas, por cuanto tendría la potencialidad de alterar la organización política, social o cultural de la comunidad indígena de cara a su participación en la consulta previa.

47. En efecto, la realización de la consulta previa requiere, entre otros elementos, de la organización de la comunidad indígena u originaria de cara a su participación real y efectiva en la consulta. Para ello, es necesario que se les otorgue plazos razonables a fin de que puedan tomar acuerdos en su comunidad (lo que se relacionaría con su estructura política, social e incluso jurídica). Asimismo, aplicando el principio de flexibilidad, necesitan espacios que tomen en cuenta la diversidad de las comunidades indígenas involucradas, su cosmovisión, idioma, entre otras características, que van a ser determinantes en su organización frente al procedimiento administrativo que se pretende aprobar o conceder (lo que se relacionaría con, entre otras, su estructura social y cultural). En este proceso, aunado a otras medidas, también se requiere que se les otorgue medidas compensatorias a las comunidades indígenas para reforzar su posición, a fin de que se realice un diálogo real entre iguales en el proceso de consulta (lo que promovería la igualdad material, la cual incidiría en su estatus social).

48. Siendo así, los plazos que se establezcan en la realización de la consulta previa son determinantes para la garantía de una participación

real de las comunidades indígenas u originarias. Una prontitud en el momento de la consulta previa o la aplicación sin tomar en cuenta las particularidades de las comunidades indígenas u originarias involucradas, ocasionaría que no se les garantice todas las condiciones y características de la consulta previa, lo que incidiría en su estructura política, social, cultural, entre otras. Por ello, la determinación del momento exacto en el que se realice la consulta previa generaría un impacto directo que podría alterar la estructura base de las comunidades indígenas u originarias.

49. Teniendo en cuenta lo expuesto, se advierte que los términos en los que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM plantea la oportunidad de realizar la consulta previa denota una prescripción general, que únicamente hace referencia a la característica de la oportunidad previa de la consulta. Y es que dicha resolución ministerial indica que todos los procedimientos administrativos que identifica, deben ser previos a su concesión, emisión o autorización, respectivamente. Es decir, no precisa el momento exacto en la elaboración del procedimiento administrativo que se pretende aprobar.

50. Por lo tanto, en la medida en que los términos en los que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM plantea la oportunidad de la consulta previa de los procedimientos administrativos, que únicamente indica que serán previas, no se advierte que dicha determinación tenga la potencialidad de alterar la estructura social, económica, ambiental, cultural, territorial o jurídica de las comunidades indígenas, por lo que se concluye que no es una afectación directa. Por ello, este extremo de la resolución ministerial cuestionada no activa la obligación de ser consultada previamente a su aprobación.

51. Sin perjuicio de lo expuesto, de una interpretación conforme con el contenido del derecho a la consulta previa, y teniendo en cuenta el principio *pro persona*, que obliga a interpretar las normas que consagran derechos fundamentales en sentido amplio, el extremo de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM que determina la oportunidad de la consulta previa, debe entenderse como un proceso en el que se mantengan abiertos los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto, plan, obra o programa. Asimismo, debe tenerse en consideración que la determinación del

momento exacto de la consulta previa debe ser previa y apropiada, observando, entre otras medidas y principios, la organización de la comunidad indígena de cara a su participación real y efectiva en la consulta, contar con plazos razonables que permitan tomar acuerdos en la comunidad indígena, aplicar el principio de flexibilidad y tomar medidas compensatorias para reforzar la posición de estas comunidades, conforme a lo expuesto en los considerandos 41 al 44 y 47, supra.

Sobre la aprobación de los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar la consulta previa

52. La Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM identifica los procedimientos administrativos en los que se realizará la consulta previa, en las actividades de hidrocarburos y electricidad.

53. Una interpretación restrictiva de dicha identificación, que considere a la enumeración de los procedimientos administrativos de modo taxativo, vulneraría el contenido del derecho a la consulta previa.

54. En efecto, como se indicó anteriormente, una obligación que se deriva de la posición iusfundamental "el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales", es el deber de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En el marco de esta obligación, el artículo 9 de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que "[l]as entidades estatales deben identificar las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas".

55. Así las cosas, reducir la consulta previa a determinados procedimientos administrativos, involucraría excluir de la consulta alguna otra medida administrativa que pudiera afectar directamente a las comunidades indígenas u originarias.

56. Dicha exclusión incumpliría con la obligación constitucional de consultar cada vez que se prevean medidas administrativas que afecten de manera directa a las comunidades indígenas u originarias. Asimismo, considerar taxativamente la identificación de los procedimientos administrativos inobservaría el principio pro persona, que obliga a interpretar en sentido amplio las normas que consagran derechos fundamentales, pues reduciría el espectro de medidas que puedan ser objeto de consulta previa. Aunado a ello, la interpretación restrictiva también contravendría el fundamento del principio democrático, pues las comunidades indígenas no podrían participar, mediante la consulta previa, en la adopción de toda medida que los afecte directamente. Y, con dicha exclusión se disminuiría la facultad de las entidades estatales, establecida en el artículo 9 de la Ley 29785, de proceder a la consulta previa respectiva en toda ocasión que se identifiquen medidas relacionadas con las actividades de hidrocarburos y electricidad que tengan relación directa con los derechos de las comunidades indígenas.

57. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal concluye que la identificación de los procedimientos administrativos dispuesta en la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM, no puede ser interpretada en un sentido restringido, sino en uno amplio, de conformidad con el contenido del derecho a la consulta previa, bajo el cual los procedimientos administrativos objeto de consulta previa, en materia de hidrocarburos y electricidad, no se limitan a los enumerados en dicha resolución.

58. Ahora bien, para que se active la obligación de la consulta previa de la aprobación de los procedimientos administrativos en los que procede la consulta previa, es necesario determinar si la identificación de los procedimientos administrativos y lo regulado respecto de estos (la dirección a cargo de la consulta previa y la oportunidad en la que será realizada), afectan directamente sobre, entre otras, las condiciones sociales, económicas, ambientales, jurídicas, territoriales o ambientales de las comunidades indígenas.

59. Como se puede observar, la identificación de los procedimientos administrativos en las actividades de hidrocarburos y electricidad establecida en la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, considerando una interpretación amplia, si bien impacta sobre las

comunidades indígenas, al referirse a la consulta previa de esos procedimientos administrativos, no plantea una prescripción u obligación de alguna conducta que tenga la potencialidad de alterar directamente la estructura social, económica, ambiental, territorial o jurídica de dicha población. Asimismo, en la medida en que se ha advertido que la determinación del órgano a cargo y los términos en los que está planteada la oportunidad de la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados no generan una afectación directa a las comunidades indígenas, se concluye que este extremo de la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM no activa la obligación de que sea consultada previamente.

60. Sobre la base de lo desarrollado en el presente caso, se concluye que los términos en los que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM plantea el órgano a cargo, la oportunidad y la identificación de los procedimientos administrativos que serán objeto de consulta previa en las actividades de hidrocarburos y electricidad, teniendo en cuenta una interpretación amplia, no activan la obligación de la consulta previa para su emisión. Se evidencia así que dicha resolución es un reglamento que regula el trámite interno del Ministerio de Energía y Minas (Poder Ejecutivo), que no tiene el propósito de determinar aspectos que afecten directamente a las comunidades indígenas.

61. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal exhorta al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa. La participación de las comunidades interesadas en la elaboración e implementación de las medidas legales o administrativas permite, entre otras cosas, que se tenga un verdadero conocimiento de la realidad, de cara a buscar medidas inclusivas que permitan un ejercicio real de la consulta previa. Ello contribuye a una participación más efectiva de los pueblos indígenas y originarios en el Estado, lo que, desde luego, fortalece a la democracia.

62. Asimismo, dicha participación posibilita un clima de confianza y respeto mutuo, con el cual se promueve la característica de la buena fe de la consulta previa. En esta línea, la relatora especial sobre Derechos de los pueblos indígenas ha resaltado que "para garantizar el clima de confianza, respeto mutuo y buena fe que se requiere para

establecer procesos de consulta genuinos, los propios procedimientos de consulta deben ser el resultado de un consenso."[105]

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, que deberá ser entendida como una de amparo.
2. **INTERPRETAR** la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, de conformidad con los fundamentos 40, 51, 57 y 59 de la presente sentencia.
3. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa.
4. **ADMITIR** la intervención de la Confederación Nacional Agraria en calidad de litisconsorte.
5. Declarar **IMPROCEDENTE** las solicitudes de excepción de incompetencia y prescripción solicitadas.
6. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de sustracción de la materia presentada por el procurador público del Ministerio de Energía y Minas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

105 Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/45/34. 18 de junio de 2020, párr. 53.

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien coincido con los puntos resolutivos 4 y 5 de la sentencia de mayoría, con el mayor respeto por las opiniones de mis colegas magistrados emito el presente voto singular:

El Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú interpone demanda de cumplimiento (la cual, con mi voto discrepante, fue transformada a una de amparo) contra el Ministerio de Energía y Minas, solicitando que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM sea sometida a consulta previa, en cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como del artículo 2 de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

En la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC publicada con calidad de precedente en el diario oficial El Peruano el 7 de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional precisó los requisitos mínimos que debe cumplir una norma legal o un acto administrativo para ser exigible mediante el proceso de cumplimiento. Allí señaló que, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandamus previsto en la ley o en el acto administrativo debe: a) ser vigente; b) ser cierto y claro, es decir, inferirse indubitablemente de la norma legal; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y. e) ser incondicional.

Al respecto, el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no habría podido estarlo, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales. No establece derechos para grupos sociales determinados.

El derecho a la consulta previa tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución, ya que las comunidades campesinas a las que alude deben organizarse jurídicamente para existir. La existencia de los pueblos

tribales e indígenas a los que se refiere el Convenio 169, en cambio, es independiente del orden jurídico.

Este derecho, por tanto, deriva directamente del Convenio 169, como lo indica la propia demanda. Empero, este Convenio fue ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 1993, cuando aún no estaba vigente la actual Constitución. Esta entró en vigor recién el 31 de diciembre de 1993.

Para que el Convenio 169 de la OIT hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional. No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera.

La Constitución no establece que los tratados sobre derechos humanos tengan necesariamente rango constitucional. Tienen solo rango legal. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta del artículo 200, inciso 4; los artículos 56 y 57; y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria.

Así las cosas, siguiendo el precedente antes mencionado, queda claro que no corresponde pronunciarse sobre el fondo de la controversia, pues el mandamus invocado está sujeto a controversia compleja y a interpretaciones dispares. Adicionalmente, siendo que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM ha sido remplazada por la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, el mandamus invocado ya no tiene la condición de *vigente.*

Por lo tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de cumplimiento.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, me aparto de lo resuelto por la mayoría, pues considero que la demanda debe ser declarada fundada. Paso a explicar inmediatamente el sentido de mi voto

1. En primer lugar, es necesario empezar precisando el contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la consulta previa. Este derecho, conforme ha sido precisado en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional garantiza, cuando menos:

    a. El acceso a la consulta para los titulares del derecho (cfr. Sentencia 02196-2014-PA) respecto de aquellas medidas que pudieran afectarles directamente (cfr. Sentencia 00022-2009-AI, f. j. 19-23).

    b. El respeto de las características esenciales del proceso de consulta (que debe ser previa, libre e informada; a lo cual el Tribunal Constitucional ha agregado las características de buena fe, flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia e implementación previa: Sentencia 00022-2009-AI, f. j. 26 y ss.; cfr. Sentencia 5427-2009-PC)

    c. El cumplimiento de los acuerdos establecidos en la consulta.

2. Asimismo, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que "[n]o forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa"; sin embargo, debe tomarse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka contra Suriname (Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), se ha referido de manera más amplia al derecho al "consentimiento" de los pueblos.

3. En lo que se refiere al presente caso, la ponencia señala que no se vulneró el derecho a la consulta previa, libre e informada, debido a que la regulación cuestionada (la Resolución Ministerial

209-2015-MEM/DM, medida administrativa que implementa el procedimiento de la consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad) supuestamente no les afecta "directamente", tal como lo requiere el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, en la ponencia se ha indicado que "una afectación directa es todo aquel impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria, que son la base de su cohesión social".

4. En mi caso, considero que la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, que implementa el procedimiento de la consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad, sí es lesiva del derecho que se invoca, al no haber sido sometida a consulta previa, cuando ello sí debió hacerse.

5. Al respecto, encuentro que, en efecto, en anteriores ocasiones el Tribunal Constitucional ha precisado que artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa hace referencia a que la consulta se hará ante vulneraciones o amenazas de vulneración directas a sus derechos colectivos. Como ha advertido este Tribunal, esta referencia a las medidas "susceptibles de afectarles directamente" deben ser entendidas como "cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas" (Sentencia 0022-2009-PI/TC, fundamento 19). Se trata, ciertamente, de una perspectiva algo más amplia o genérica de lo que podría ser sometido a consulta, en comparación con el estándar contenido en la ponencia.

6. Asimismo, el mismo Tribunal ha precisado que, con respecto a la trascendencia de los cambios, esta debe ser no solo alegada, sino que deber ser "explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria" (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17).

7. Sin embargo, como lo he indicado en otra oportunidad (fundamento de voto de la Sentencia 00012-2020-PI), de lo anterior no se desprende que la carga de la prueba en relación con la a afectación de los pueblos implica una especie de "prueba diabólica", imposible de satisfacer en la medida que no pueden hacerse cargo de las preconcepciones, cosmovisiones y hasta prejuicios de las autoridades. Siendo así, de manera complementaria debe precisarse

que, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales deben resolver los casos relacionados a las consultas previas considerando que, posiblemente, los pueblos titulares del derecho pertenecen a una manifestación cultural diferente, por lo que deben incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen" (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17). De este modo, debe verse en la consulta la consecución de un verdadero diálogo intercultural, conforme al cual, "dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto", ello, no solo para "obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados" (Sentencia 00022-2009-PI, f. j. 33)

8. Además de lo indicado, en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ha brindado un trato deferente a las personas o colectivos en situación de vulnerabilidad, como es precisamente el caso de diversos pueblos y comunidades originarias o campesinas, muchas de las cuales pueden encontrarse en situación de pobreza o de manifiesto desequilibrio frente al Estado o a grandes empresas, por lo cual, con base en el principio *favor debilis* –manifestación del principio pro persona que subyace a ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, por ejemplo, al atender a los "sujetos merecedores de especial protección constitucional"–, corresponde a este órgano colegiado brindar una tutela especialmente protectora, además de aplicar la regulación ya prevista por el Código Procesal Constitucional pertinente a estos efectos, como es el caso de los principios *pro actione*, de economía procesal, de elasticidad, de dirección del proceso, etc.

9. En lo que concierne al presente caso, encuentro que la regulación cuestionada incide de manera muy obvia en el derecho a la consulta previa, libre e informada, pues se refiere a la regulación del ejercicio

de ese derecho en sí mismo. En efecto, la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM prevé en qué casos y en qué momentos será posible que la Administración le consulte a los pueblos respecto de proyectos en materia de hidrocarburos y electricidad, y, por ende, es algo que incide directamente en el ejercicio de un derecho fundamental que le corresponde específicamente a las comunidades.

10. Con lo anotado, me parece claro que el problema de fondo incide en la perspectiva limitada que se ha acogido, una vez más, respecto de la "afectación directa" que justifica el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada, entendido tan solo como, reitero, el "impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria", pues ella lamentablemente excluye, seguramente sin que este sea el propósito de mis colegas, aquello concerniente a la regulación del propio derecho a la consulta previa. En este orden de ideas, una perspectiva complementaria debería incluir dentro de los supuestos de "afectación directa" a todos aquellos casos en los que podría existir una vulneración o amenaza de los diversos derechos fundamentales que titularizan las comunidades originarias (y por cierto, de manera especial aquellos ámbitos relacionados con las esferas "política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras" a las que se alude en el proyecto).

11. Por las razones antes expuestas, considero que la demanda (entendida como una de amparo, conforme a los actuados) debe ser declarada fundada, pues la resolución ministerial cuestionada debió ser sometida a una consulta previa, libre e informada, y, al no ser este caso, se ha producido una vulneración del referido derecho fundamental.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO
DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Emito el presente fundamento de voto a fin de expresar que considero esencial, necesario y urgente, que en materia de consulta previa las partes involucradas con el desarrollo de actividades mineras al interior de territorios donde se desarrollen comunidades indígenas, se procure mantener los canales de comunicación abiertos a fin de que estas tengan un diálogo continuo y constante, para hacer llegar sus propuestas y contrapropuestas que permitan tanto el desarrollo de la actividad minera, como el crecimiento económico de la población involucrada directa e indirectamente.

Esto resulta de vital importancia a efecto de evitar conflictos sociales que solo hasta la fecha han terminado perjudicando no solo la inversión privada, sino los beneficios que ella trae, en particular, para con la población aledaña a los asientos mineros, así como, en general, para toda la ciudadanía, a través de la recaudación tributaria.

Lima,08 de julio de 2021.

S.

BLUME FORTINI

ÍNDICE TEMÁTICO

(Tomo XII- Volumen 2)

A

- Acceso a la prestación de salud, derecho a la salud y el … (STC 00298-2020-PA/TC), fjs. 7-12, pp. 352-354.
- Adolescente, interés superior del niño, niña y … (STC 00538-2019-PA/TC), fjs. 8-12, pp. 285-287.
- Ambiente equilibrado y adecuado en un Estado constitucional, sobre la dimensión objetiva del derecho a un… (STC 01272-2015-PA/TC), fjs. 7-17, pp. 322-325.
- Amparo contra amparo y sus distintas variantes, régimen excepcional de (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 8-13, pp. 176-178; (STC 04382-2019-PA/TC), fjs. 2-4, pp. 273-274.
- Amparo contra amparo en materia de reposición laboral (STC 03777-2017-PA/TC), fjs. 7-9, pp. 511-512.
- Amparo, procedencia del … (STC 03107-2019-PA/TC), fjs. 3-11, pp. 534-537.
- Aplicación de la ley penitenciaria en el tiempo, Beneficios penitenciarios y … (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 16-40, pp. 179-187.
- Autoridad mediante un intérprete, a usar el propio idioma ante cualquier (03085-2019-PHC/TC), fjs. 6-10, pp. 635-636.

B

- Beneficios penitenciarios y aplicación de la ley penitenciaria en el tiempo (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 16-40, pp. 179-187.

C

- Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (Cerec), sobre el carácter progresivo del régimen del … (STC 01660-2018-PHC/TC), fjs. 7-9, p. 728.
- Coberturas médicas como prestaciones del Estado, la exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y material biomédico de … (STC 01146-2021-PA/TC), fjs. 33-37, pp. 416-419.
- Comunidades campesinas: Pluralismo jurídico, derechos fundamentales y Constitución (STC 03158-2018-PA/TC), fjs. 18-27, pp. 246-250.
- Competencia territorial de la demanda (STC 00374-2017-PA/TC), fjs.2-6, 447-448.
- Condiciones adecuadas de oportunidad, derecho a la salud en … (STC 00298-2020-PA/TC), fjs. 13-19, pp. 354-357.
- Conceptos peyorativos en las resoluciones …, acerca del empleo de ciertos… (STC 01543-2019-PHC/TC), fjs. 16-21, pp. 655-657.
- Conducta de las Entidades del sistema financiero… (STC 02124-2017-PA/TC), fjs. 7-14, pp. 103-108.
- Constitución, género y … (STC 01594-2020-PA/TC), fjs. 7-9, pp. 371-372.
- Constitución económica peruana, sobre las bases en que se asienta la … (00199-2017-PA/TC), 20-23, pp. 569-570 (voto Blume y Ramos).
- Constitucional del derecho fundamental a la educación, el contenido… (STC 03925-2017-PA/TC), fj. 21-30, pp. 46-50.
- Contrato administrativo de servicios, sobre los problemas vinculados al… (STC 04795-2017-PA/TC), fjs. 4-15, pp. 118-120.
- Control constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 48-60, pp. 189-194.
- Control difuso de constitucionalidad de los artículos 42 y 49 del decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG (STC 01594-2020-PA/TC), fjs. 27-32, pp. 378-387; (STC 00374-2017-PA/TC), fjs. 28-33, 455-464; del artículo 20 del Código Civil, fjs. 54-57, 766-773.

- Convenio sobre la protección de la maternidad (STC 04795-2017-PA/TC), fjs. 50-64, pp. 139-145 (voto Miranda).
- Convalidación de actos administrativos (STC 02309-2021-PA/TC), fj. 12, pp. 480-481.
- Consulta previa, sobre la dirección a cargo de quien será realizada la … (STC 01717-2014-PC/TC), fjs. 35-40, pp. 826-827.
- Costos y costas del proceso (STC 03925-2017-PA/TC), fj. 31-32, pp. 50-51.

D

- Datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales, el habeas data como vía idónea para suprimir … (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 4-7, pp. 791-793.

Derecho

- a la educación (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 8-16, pp. 5-7; (00538-2019-PA/TC), fjs. 3-7, pp. 284-285, y fjs. 8-12, pp. 285-287; (STC 01594-2020-PA/TC), fjs. 19-23, pp. 375-377; (STC 00374-2017-PA/TC), fjs.20-24, 452-454; (STC 02309-2021-PA/TC), fjs. 3-4, p. 478, como derecho de configuración legal (STC 02309-2021-PA/TC), fjs. 7-11, pp. 479-480; (STC 01660-2018-PHC/TC), fjs. 37-39, pp. 735-736.
- a la libertad sindical **(**STC 04386-2017-PA/TC), fjs. 23-28, pp. 76-78.
- a la presunción de inocencia (STC 2124-2017-PA/TC), fjs. 2-6, pp. 102-103.
- a la salud y acceso a la prestación de salud (STC 00298-2020-PA/TC), fjs. 7-12, pp. 352-354; (STC 01146-2021-PA/TC), fjs. 11-26, pp. 408-414.
- a la visita familiar de los reclusos (STC 01660-2018-PHC/TC), fjs. 14-16, p. 730.
- al nombre: definición y características (STC 02970-2019-PHC/TC), fjs. 11-14, pp. 750-751; reconocimiento internacional en la Convención Americana de derechos humanos, fjs. 15-17,

pp. 751-753; como elemento del derecho a la identidad, (STC 02970-2019-PHC/TC), fjs. 18-23, pp. 753-755.

- al debido proceso **(**STC 04386-2017-PA/TC), fjs. 5-9, pp. 71-72; (STC 03777-2017-PA/TC), fjs. 10-13, pp. 512-514; (STC 01543-2019-PHC), fjs. 3-13, pp. 651-655.
- al debido procedimiento administrativo (STC 01504-2019-PHC/TC), fjs. 3-4, pp. 598-599.
- a la debida motivación (STC 01504-2019-PHC/TC), fj. 5, pp. 599-602; (STC 01543-2019-PHC), fjs. 14-15, p. 655.
- a la igualdad (STC 00538-2019-PA/TC), fjs. 12- 20, pp. 295-298 (voto Miranda); (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 12-20, pp. 43-46 (voto Miranda).
- a la igualdad y de no discriminación (STC 01594-2020-PA/TC), fjs. 10-13, pp. 372-373; (STC 00374-2017-PA/TC), fjs.11-14, 449-451; de las mujeres (STC 02970-2019-PHC/TC), fjs. 28-41, pp.756-760.
- a la intimidad y el principio de interés superior del niño, sobre el derecho … (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 10-13, p. 794-795.
- a la no discriminación de las mujeres embarazadas (STC 01594-2020-PA/TC), fjs. 14-18, pp. 373-375; (STC 00374-2017-PA/TC), fjs.15-19, 451-452.
- a la protección de la familia (STC 01504-2019-PHC/TC), fjs. 6-4, pp. 602-603.
- a la libertad individual (STC 1004-2021-PHC/TC), fjs. 2-3, 7, 15 y 24, pp. 672, 674 y 679, respectivamente.
- a la libertad de información (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 8-9, p. 793; (STC 03062-2018-PHD/TC), fj. 6-9, pp. 804-805.
- al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (STC 04386-2017-PA/TC), fjs. 10-22, pp. 72-76.
- al interés superior del niño (STC 03925-2017-PA/TC), fj. 17-23, pp. 7-9; (STC 02309-2021-PA/TC), fjs. 5-6, pp. 478-479.
- al libre desarrollo de la personalidad (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 13, 14, 15, 34, 38 y 39, pp. 6, 11-12, respectivamente; (STC

01146-2021-PA/TC), fjs. 27-32, pp. 414-416; (STC 00374-2017-PA/TC), fjs. 25-27, pp. 454-455.

- de configuración legal, el derecho a la educación como … (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 24-29, pp. 30-32.
- de defensa (03085-2019-PHC/TC), fjs. 3-5, pp. 634-636.
- a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete (03085-2019-PHC/TC), fjs. 6-10, pp. 635-636.
- de la maternidad, convenio sobre la protección … (STC 04795-2017-PA/TC), fjs. 50-64, pp. 139-145.
- de las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y a una debida defensa acorde a su condición (03085-2019-PHC/TC), fjs. 11-15, pp. 637-639.
- del niño, sobre el rol de los medios de comunicación y los derechos … (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 14-18, p. 795-797.

- Derechos sociales (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 1-11, pp. 40-43 (voto Miranda); (STC 00538-2019-PA/TC), fjs. 1-11, pp. 292-295 (voto Miranda); (STC 01146-2021-PA/TC), fjs. 4-10, pp. 405-408.
- Derechos protegidos por habeas data (STC 03062-2018-PHD/TC), fj. 5, p 804.
- Detenidos en ruedas de prensa, sobre la exposición de los … (STC 02825-2017-PHC/TC), fjs. 6-33, pp. 696-705.
- Dimensión objetiva del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado en un Estado constitucional, sobre la … (STC 01272-2015-PA/TC), fjs. 7-17, pp. 322-325.
- Discriminación contra la mujer y la necesidad de su protección ante los despidos nulos en el régimen CAS (STC 04795-2017-PA/TC), fjs. 16-24, pp. 121-123.

E

- Educación (STC 03925-2017-PA/TC), fj. 8-16, pp. 25-28.
- Educativo, la obligación de los padres en el proceso … (00538-2019-PA/TC), fjs. 3-7, pp. 284-285.

- Empleo de ciertos conceptos peyorativos en las resoluciones …, acerca del … (STC 01543-2019-PHC/TC), fjs. 16-21, pp. 655-657.
- Entidades del sistema financiero, la conducta de las… (STC 02124-2017-PA/TC), fjs. 7-14, pp. 103-108.
- Estado constitucional, sobre la dimensión objetiva del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado en un … (STC 01272-2015-PA/TC), fjs. 7-17, pp. 322-325.
- Exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y material biomédico de las coberturas médicas como prestaciones del Estado, la … (STC 01146-2021-PA/TC), fjs. 33-37, pp. 416-419.
- Exposición de los detenidos en ruedas de prensa, sobre la … (STC 02825-2017-PHC/TC), fjs. 6-33, pp. 696-705.

G

- Género y constitución (STC 01594-2020-PA/TC), fjs. 7-9, pp. 371-372.

H

- Habeas data como vía idónea para suprimir datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales, el… (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 4-7, pp. 791-793.

I

- Interés superior del niño, niña y adolescente (STC 00538-2019-PA/TC), fjs. 8-12, pp. 285-287; (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 17-23, pp. 28-30; (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 10-13, pp. 794-795.
- Idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete, a usar el propio … (03085-2019-PHC/TC), fjs. 6-10, pp. 635-636.
- Incumplimiento de las directivas en materia de educación, respecto al … (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 41-47, pp. 36-39.

- Informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales, el habeas data como vía idónea para suprimir datos o … (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 4-7, pp. 791-793.

J

- Jurisprudencia sobre el derecho al nombre y el orden de apellidos (STC 02970-2019-PHC/TC), fjs. 49-53, pp. 762-766.

L

- Legitimidad para obrar de los demandantes (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 4-7, pp. 176-177.
- Legislación comparada sobre la libre elección en el orden de apellidos (STC 02970-2019-PHC/TC), fjs. 42-48, pp. 760-762.
- Libre desarrollo de la personalidad (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 13-15, pp. 26-27.
- Libertad de empresa, sobre la … (00199-2017-PA/TC), 24-31, pp. 570-572 (voto Blume y Ramos).
- Libertad individual (STC 1004-2021-PHC/TC), fjs. 2-3, 7, 15 y 24, pp. 672, 674 y 679, respectivamente.

M

- Maternidad, convenio sobre la protección de la … (STC 04795-2017-PA/TC), fjs. 50-64, pp. 139-145 (voto Miranda).
- Materia penitenciaria, normas interpretativas en … (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 41-47, pp. 187-189.
- Medios de comunicación y los derechos del niño, sobre el rol de los … (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 14-18, p. 795-797.
- Motivación de las resoluciones judiciales, Control constitucional de la (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 48-60, pp. 189-194.

N

- Niño, interés superior del … (STC 03925-2017-PA/TC), fjs. 17-23, pp. 7-9; (STC 00538-2019-PA/TC), fjs. 8-12, pp. 285-287.
- Normas autoaplicativas (STC 01717-2014-PC/TC), fj. 17-18, p. 820.
- Normas interpretativas en materia penitenciaria (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 41-47, pp. 187-189.

O

- Obligación de los padres en el proceso educativo (00538-2019-PA/TC), fjs. 3-7, pp. 284-285.
- Oportunidad en la que será realizada la consulta previa, sobre la … (STC 01717-2014-PC/TC), fjs. 41-51, pp. 827-830.

P

- Padres, obligación de los … en el proceso educativo (00538-2019-PA/TC), fjs. 3-7, pp. 284-285.
- Prestación de salud, derecho a la salud y el acceso a la … (STC 00298-2020-PA/TC), fjs. 7-12, pp. 352-354.

  Principio

  - De indemnidad (STC 03158-2018-PA/TC), fj. 35, pp. 252-253.
  - De justificación (STC 03158-2018-PA/TC), fj. 35, p. 253.
  - De reconocimiento (STC 03158-2018-PA/TC), fj. 35, pp. 253-254.
  - De rehabilitación (STC 03158-2018-PA/TC), fj. 35, p. 254.
  - De pluralismo del Estado constitucional (STC 03158-2018-PA/TC), fjs. 15-17, pp. 244-246.
- Prensa, sobre la exposición de los detenidos en ruedas de … (STC 02825-2017-PHC/TC), fjs. 6-33, pp. 696-705.

- Procedencia del amparo (STC 03107-2019-PA/TC), fjs. 3-11, pp. 534-537; (00199-2017-PA/TC), 3-16, pp.565-568 (voto Blume y Ramos).
- Pluralismo jurídico como expresión del reconocimiento constitucional al valor de la diversidad cultural (STC 03158-2018-PA/TC), fjs. 11-14, pp. 243-244.
- Procedencia del amparo (STC 03158-2018-PA/TC), fjs. 3-9, pp. 240 -242.
- Procedimiento administrativo tributario, inicio y fin del cómputo del plazo razonable … (STC 04473-2014-PA/TC), fjs. 39-42, pp. 222-223.
- Procedimientos administrativos en los que corresponde realizar la consulta previa, sobre la aprobación de los … (STC 01717-2014-PC/TC), fjs. 52-62, pp. 831-833.
- Protección de la maternidad, convenio sobre la … (STC 04795-2017-PA/TC), fjs. 50-64, pp. 139-145 (voto Miranda).
- Procedimiento contencioso – tributario, vinculación de la controversia penal con el (STC 04473-2014-PA/TC), fjs. 51-55, pp. 226-227.

R

- Régimen excepcional de "amparo contra amparo" y sus distintas variantes (STC 03644-2017-PA/TC), fjs. 8-13, pp. 176-178.
- Relaciones entre la jurisdicción ordinaria y jurisdicción comunal desde el enfoque intercultural y de respeto a los derechos fundamentales variantes (STC 03158-2018-PA/TC), fjs. 28-36, pp. 250-254.
- Rol de las rondas campesinas en la jurisdicción indígena conforme a la Constitución (STC 03158-2018-PA/TC), fjs. 37-43, pp. 254-257.

S

- Salud mental (STC 1004-2021-PHC/TC), fjs. 4-10, 17, 20, 23-24, 26 y 28, pp. 672-675, 680, 680-681, 682, 682 y 683, respectivamente.

- Suprimir datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales, el Habeas data como vía idónea para … (STC 01071-2018-PHD/TC), fjs. 4-7, pp. 791-793.
- Sustracción de la materia, sobre la eventual… (STC 02825-2017-PHC/TC), fjs. 2-5, p. 695.

V

- Vinculación de la controversia penal con el procedimiento contencioso – tributario (STC 04473-2014-PA/TC), fjs. 51-55, pp. 226-227.