



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo XIII - Volumen 2
(Enero - diciembre 2022)

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**JURISPRUDENCIA RELEVANTE
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Tomo XIII - Volumen 2
(Enero - diciembre 2022)**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Tomo XIII - Volumen 2
(Enero - diciembre 2022)**

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 2026

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

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Tomo XIII - Volumen 2 (Enero - Diciembre 2022)
Director: César Ochoa Cardich

Primera edición digital: abril 2026

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2026-02376
ISBN N° 978-612-99160-6-4

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

El libro electrónico está disponible en el siguiente enlace:
<https://cec.sedetc.gob.pe>

Diseño: Q&P Impresores S.R.LTDA.
informes@qypimpresores.com
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidenta

Luz Pacheco Zerga

Vicepresidente

Helder Domínguez Haro

Magistrados

Francisco Morales Saravia

Gustavo Gutiérrez Ticse

Manuel Monteagudo Valdez

César Ochoa Cardich

Pedro Hernández Chávez

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

César Ochoa Cardich

Director de Publicaciones y Documentación

Alfredo Orlando Curaca Kong

Especialista en investigación con funciones de Directora Académica

María Candelaria Quispe Ponce

Directora de Estudios e Investigación

Nadia Iriarte Pamo

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL AÑO JURISDICCIONAL 2022

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1.PROCESO DE AMPARO

- Expediente 03696-2017-PA/TC. Sentencia 22/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 02 de marzo de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 12 de marzo de 2022).

Caso Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya.

Proceso de amparo promovido por Joel Nunta Valera presidente de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya en Ucayali, contra la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali y otros, en el que solicitó que se reconozca la ampliación de la titulación solicitada por dicha comunidad, que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa (con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad; así como las cancelaciones de todas las inscripciones y anotaciones hechas en el Registro de Predios Rurales de los Registros Públicos), y que la empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C cese de inmediato todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de bosques

25

- Expediente 02728-2021-PA/TC. Sentencia 101/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 20 de abril de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 26 de abril de 2022).

Caso Lidia Lucía Aldana Padilla.

Proceso de amparo promovido por Lidia Lucía Aldana Padilla contra los integrantes del Jurado Especial Electoral (JEE) de Lima y otro, en el que solicitó se declare la nulidad parcial de: a) la Resolución N° 00100-2020-JEE-LIC2/JNE (fojas 24), de fecha 30 de diciembre

de 2020, respecto del punto resolutivo primero que declara improcedente la solicitud de inscripción de los candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima; b) la Resolución N.º 0088-2021-JNE (fojas 44), de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el personero legal del partido, y procede a confirmar la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE; c) como pretensión accesorio, solicitó que se ordene al JEE Lima Centro 2, para que proceda a calificar la solicitud de inscripción como candidata al Congreso de la República en el N.º 10 de la lista del partido; considerando que se afecta el derecho ciudadano de elegir al representante de su preferencia.....

63

- Expediente 01588-2020-PA/TC. Sentencia 103/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 29 de abril de 2022 y en el diario “El Peruano” el 14 de mayo de 2022).

Caso Owens Illinois Perú S.A.

Proceso de amparo promovido por Owens Illinois Perú S.A. contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado, Sedapal, solicitando que se declare inaplicable el Decreto Legislativo 148 y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo 008-82-VI) durante los periodos de diciembre de 2010 a mayo 2015, y que, en virtud de ello, se le devuelva los montos indebidamente recaudados por concepto de tarifa de uso de agua subterránea que a la fecha no se encuentren prescritos, y que la demandada se abstenga de entorpecer o dilatar la devolución de los pagos indebidos y de controvertir su derecho a dicha devolución. Alega que se le vulneró su derecho a la propiedad.....

93

- Expediente 03394-2021-PA/TC. Sentencia 159/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 10 de junio de 2022 y en el diario “El Peruano” el 26 de junio de 2022).

Caso Manuel Durand Gómez.

Proceso de amparo promovido por Manuel Durand Gómez contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Sunat, en el que solicitó la nulidad de la Resolución Coactiva 0230076960790, emitida en el 2018, y que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos concretado con el embargo de su propiedad. Sostiene que no se le permitió subsanar un requisito

de admisibilidad del recurso de apelación interpuesto el 20 de febrero de 2018 porque no fue notificado en su domicilio fiscal. Alega la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la legítima defensa y a la doble instancia

111

- Expediente 02151-2018-PA/TC. Sentencia 199/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 25 de julio de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 09 de agosto de 2022).

Caso Asociación de Adjudicatarios y Posesionarios de la Urbanización Los Huertos de La Molina.

Proceso de amparo promovido por la Asociación de Adjudicatarios y Posesionarios de la Urbanización Los Huertos de La Molina, contra Luz del Sur SAA y otro, en el que solicitó la nulidad de la Resolución SGSC-SAN-151378, de 6 de agosto de 2015; la Resolución SGSC-SAN-151654, de 14 de septiembre de 2015; la Resolución de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de la Energía y Minería 1357-2015-OS/JARU-SC, de 18 de noviembre de 2015, que confirmó la Resolución SGSC-SAN-151654; y que, por consiguiente, se ordene a Luz del Sur SAA que apruebe el proyecto del sistema de distribución primaria, secundaria e instalaciones de alumbrado público para las manzanas H, I, K y L, ubicadas en la calle Los Alpes Este y calle Los Himalayas Este de la Urbanización Los Huertos de La Molina en el distrito de La Molina. Alegó la vulneración de los derechos de acceso al servicio público de electricidad, a la motivación del acto administrativo y a la igualdad.....

133

- Expediente 02220-2019-PA/TC. Sentencia 192/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 25 de julio de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 09 de agosto de 2022).

Caso Jimmy José Olarte Galindo.

Proceso de amparo promovido por Jimmy José Olarte Galindo contra la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA y contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona”, en el que solicitó dejar sin efecto el abusivo y excesivo descuento por planilla del 100 % de su remuneración y que se proceda a descontarle solo el 60 %, conforme al límite establecido por el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil; y que, en consecuencia, se disponga la restitución del pago del 40 % de sus remuneraciones descontadas indebidamente,

ascendente a la suma de S/. 357 319.60, más el pago de los intereses y los costos y las costas del proceso	145
Expediente 00616-2018-PA/TC. Sentencia 210/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 06 de agosto de 2022 y en el diario “<i>El Peruano</i>” el 17 de agosto de 2022). Caso Miluska Karina Odar Bejarano, en representación de su menor hijo de iniciales H. M. T. O. Proceso de amparo promovido por Miluska Karina Odar Bejarano, en representación de su menor hijo de iniciales H. M. T. O., contra el Ministerio de Educación (folio 255), en el que solicitó la suspensión de la aplicación de la norma técnica denominada “Normas y orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2016 en la Educación Básica”, aprobada por Resolución Ministerial 572-2015-MINEDU, de 18 de diciembre de 2015, respecto al grado de la matrícula para el nivel de educación primaria de su menor hijo, y que se disponga su matrícula en el aula de segundo grado del nivel de educación primaria en el Centro Educativo Particular “Santo Domingo”. Alegó que su hijo concluyó los estudios en el aula de 3, 4 y 5 años de educación inicial y que pese a haber culminado el primer grado de educación primaria en el año 2015, continúa sin ser matriculado oficialmente en dicho grado, al no poder regularizar su matrícula en el centro educativo particular indicado. Alegó la vulneración de sus derechos a la dignidad, integridad psíquica, educación, libre desarrollo y a la igualdad ante la ley.....	159
Expediente 03853-2021-PA/TC. Sentencia 238/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 23 de agosto de 2022 y en el diario “<i>El Peruano</i>” el 21 de setiembre de 2022). Caso Lorenzo Vicente Zevallos. Proceso de amparo promovido por Lorenzo Vicente Zevallos, contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), en el que solicitó se declare la nulidad de la Resolución 5945-2021-ONP/DPR.GD/DL 19990, del 15 de febrero del 2021, y que, en consecuencia, se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley 19990, más el pago de las pensiones devengadas, los intereses legales y los costos del proceso.....	171

- Expediente 03089-2021-PA/TC. Sentencia 216/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 24 de agosto de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 05 de octubre de 2022).

Caso Mario Vitaliano López Tucto y Miguel Ángel López Tucto.

Proceso de amparo promovido por Mario Vitaliano López Tucto y otro contra el Colegio de Abogados del Callao, en el que solicitó cese la vulneración de su derecho de carnetización; y por consiguiente, su condición de hábiles para el ejercicio de su profesión como abogados. Alegaron que han venido ostentando la condición de miembros activos y hábiles del Colegio de Abogados del Callao, sin embargo y de un momento a otro han sido retirados arbitrariamente de la relación de carnetización. Alegan la vulneración de sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, a la debida motivación y al trabajo.....

185

- Expediente 02748-2021-PA/TC. Sentencia 254/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 31 de agosto de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 17 de setiembre de 2022).

Caso Jenny Marvila Meléndez Vega.

Proceso de amparo promovido por Jenny Marvila Meléndez Vega contra el Hospital I Víctor Lazo Peralta - Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, en el que solicitó se declare ilegal y nulo el despido arbitrario del que fue víctima el 27 de agosto de 2020; y que, en consecuencia, se ordene la suscripción de su contrato laboral a plazo indeterminado. Alega la trasgresión del principio tuitivo de primacía de la realidad y de los derechos constitucionales al trabajo, a la protección de la madre gestante y al debido proceso

197

- Expediente 00517-2022-PA/TC. Sentencia 265/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 02 de setiembre de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 17 de setiembre de 2022).

Caso Asociación de Inválidos, Discapacitados, Viudas y Derechohabientes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Proceso de amparo promovido por la Asociación de Inválidos, Discapacitados, Viudas y Derechohabientes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, contra la Comandancia General del Ejército del Perú, en el que solicitó bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo

2 de la Ley 26511, cumpla con pagar a don Josué Rojas Jaramillo la bonificación especial mensual extraordinaria como “Defensor de la Patria” en un monto no menor a tres remuneraciones mínimas vitales vigentes, con el pago de los devengados, los intereses legales y los costos procesales.....

217

- Expediente 03455-2021-PA/TC. Sentencia 281/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 12 de octubre de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 29 de octubre de 2022).

Caso Alejandra Cuéllar Valderrama.

Proceso de amparo promovido por Alejandra Cuéllar Valderrama contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, en el que solicitó se declare inaplicable la Ordenanza Municipal 508/MM, de fecha 21 de febrero del 2019, por existir una amenaza cierta e inminente a sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y al comercio.....

237

- Expediente 00233-2022-PA/TC. Sentencia 316/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 26 de octubre de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 05 de noviembre de 2022).

Caso Santiago Alfredo Martín Araujo Álvarez Quesada y doña Cecilia Mafalda Romero Baca.

Proceso de amparo promovido por Santiago Alfredo Martín Araujo Álvarez Quesada y otra contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), en el que solicitó: a) se declare inconstitucional la medida del uso obligatorio de la mascarilla facial o una tela cubriendo la cara, la nariz y la boca; b) se declare que el ser humano tiene el derecho constitucional a respirar; c) se ordene que el Estado peruano, a través del Ministerio de Salud (Minsa) y la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), no puede regular o limitar su forma de respirar mediante una mascarilla facial; d) se declare que no se puede desconocer bajo ninguna circunstancia su derecho a respirar libremente; e) se declare que es inconstitucional que la policía, el serenazgo, las Fuerzas Armadas y particulares los obliguen al uso de las mascarillas faciales; f) se establezca que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través del estado peruano, no pueden obligarlos al uso de las mascarillas faciales; g) se disponga

la prohibición de multarlos o sancionarlos por negarse al uso de las mascarillas faciales; h) se disponga la inaplicación del D. S. 184-2020-PCM, que reguló el uso obligatorio de las mascarillas faciales; i) se declare que el uso de la mascarilla facial atenta contra la dignidad y la identidad de las personas; y j) se establezca que no existe informe alguno del Minsa o de otro órgano del Estado, que justifique la obligatoriedad del uso de la mascarilla facial a nivel general, con excepción del cuerpo médico y enfermeras. Alegó la vulneración de los derechos a la defensa de la persona humana, al respeto de su dignidad, a la vida, a su identidad, a la integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar, a la salud, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la paz y a la tranquilidad..... 265

- Expediente 02027-2021-PA/TC. Sentencia 336/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 28 de octubre de 2022 y en el diario “El Peruano” el 08 de noviembre de 2022).
- Caso Eric Alonso Nieto Caccha.
- Proceso de amparo promovido por Eric Alonso Nieto Caccha contra la Dirección General de la Policía Nacional del Perú (PNP), en el que solicitó se declare inaplicable la Resolución Directoral 004192-2019-DIRREHUM-PNP, de fecha 11 de abril de 2019, y en consecuencia, se ordene su reingreso a la situación de actividad, como suboficial de tercera PNP, con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde el 5 de setiembre de 2018, fecha en que fue declarado inapto; así como, que se ordene a la PNP, a través de la Dirección de Recursos Humanos, se declare inaplicable la Constancia N° 145, de fecha 5 de setiembre de 2018 (f. 5), emitida por la jefatura de la Unidad de Evaluación Médica de la PNP, en la que se le declara inapto por tener un tatuaje, y que, en consecuencia, cesen los actos de discriminación y que sea declarado apto. También solicita el pago de los intereses y los costos del proceso 297

B.2. PROCESO DE HABEAS CORPUS

- Expediente 00688-2020-PHC/TC. Sentencia 266/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 09 de setiembre de 2022 y en el diario “El Peruano” el 21 de setiembre 2022).
- Caso Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y otros.

Proceso de habeas corpus promovido por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y otros, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y otros, solicitando que se deje sin efecto el impedimento de ingreso al territorio nacional de migrantes venezolanos que no cuenten con visa, lo que implicaría a su vez la vulneración o amenaza a los derechos a la libertad de tránsito, a solicitar refugio y a la igualdad y no discriminación, así como a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	331

- Expediente 04044-2022-PHC/TC. Sentencia 364/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 22 de noviembre de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 24 de noviembre 2022).

Caso Pedro Castillo Terrones.

Proceso de habeas corpus promovido por Pedro Castillo Terrones contra la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, en el que solicitó se declare la nulidad del informe de calificación de la Denuncia Constitucional 219 de fecha 28 de febrero de 2022; y el Acta de la Séptima sesión ordinaria del viernes 11 de febrero de 2022, en el extremo que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales que aprobó por mayoría la denuncia mencionada, por la presunta comisión del delito de traición a la patria, y se orden el archivo definitivo de dicho informe. Alegó la vulneración del principio de legalidad y de los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a no ser sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley, a la debida motivación en sede parlamentaria, a la presunción de inocencia, a la libertad de conciencia y a la libertad personal.....

409

- Expediente 01509-2021-PHC/TC. Sentencia 31/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 02 de marzo de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 11 de marzo de 2022).

Caso Ninel Romero Bartusiak.

Proceso de habeas corpus promovido por Ninel Romero Bartusiak, contra la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, en el que solicitó se declare la nulidad de: i) La Resolución 7, de 10 de diciembre de 2020 (f. 170), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra la favorecida por el plazo de nueve meses, en el marco

del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada (Expediente 869-2020-10-0201-JR-PE-01). ii) La Resolución 15, de 11 de enero de 2021 (f. 251), que confirmó el pronunciamiento emitido en primera instancia (Expediente 00869-2020-10-0201-JR-PE-01). iii) La Resolución 1, de 28 de noviembre de 2020 (f. 133), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento fiscal de detención preliminar formulado contra la beneficiaria; y, iv) La Resolución que confirmó la detención preliminar impuesta en primera instancia (f. 151). Alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, en razón que, los demandados actuaron de manera arbitraria al resolver el requerimiento de prisión preventiva contra la favorecida

463

- Expediente 02010-2020-PHC/TC. Sentencia 78/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 28 de marzo de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 06 de abril de 2022).

Caso Alberto Fujimori Fujimori.

Proceso de habeas corpus promovido por Alberto Fujimori Fujimori, contra el presidente del Poder Judicial y otros, en el que solicitó se declare nula la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018, expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (Control de Convencionalidad) (f. 3), mediante la cual se declaró que carece de efectos jurídicos, el indulto por razones humanitarias otorgado al favorecido (Expediente 00006-2001-4-5001-SU-PE-01), y como consecuencia de ello, se disponga su inmediata libertad. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad personal y a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes.....

481

B.3. PROCESO DE HABEAS DATA

- Expediente 03951-2021-PHD/TC. Sentencia 083/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 07 de julio de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 02 de setiembre de 2022).

Caso Jonathan Peter Rojas Huahuamullo.

Proceso de habeas data promovido por Jonathan Peter Rojas Huahuamullo, contra la Municipalidad Provincial de Camaná en el que solicitó como pretensión principal, que en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le envíe a su correo electrónico la siguiente

información: i) Copia de todos los contratos de concesiones, contratos de proveedores y/o cualquier documento que hubiera realizado la Municipalidad Provincial de Camaná en representación del Estado con empresas públicas y privadas nacionales e internacionales desde el periodo del 1 de enero de 2000 hasta el 15 de abril de 2019 en trámite o concluido; y ii) En caso de existir información privada, remitir dicha información con la respectiva supresión de la visualización de aquellos datos que no son relevantes. Y, como pretensión accesorio, solicitó el pago de los costos del proceso

599

- Expediente 03041-2021-PHD/TC. Sentencia 119/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 27 de julio de 2022 y en el diario “El Peruano” el 02 de setiembre de 2022).

Caso Miguel Arévalo Ramírez.

Proceso de habeas data promovido por Miguel Arévalo Ramírez, contra la Sala Mixta Descentralizada de Liquidación y Apelaciones de Mariscal Cáceres-Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín, en el que solicitó habeas data exclutorio contra varias empresas periodísticas solicitando se les ordene retirar, eliminar y cancelar sus datos personales de sus sitios indexados, enlaces y páginas capturadas en el resultado del motor de búsquedas de Google donde se le imputa ser narcotraficante a nivel internacional a efectos de impedir que terceros accedan a ellos. El demandante alegó que los demandados vulneraron su derecho a la autodeterminación informativa, en específico el derecho al olvido, previsto en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política, por cuanto, a través de sus servicios informáticos están suministrando información no veraz que refiere que el demandante es un narcotraficante internacional, líder de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, lo que afecta su honor y su buena reputación

607

- Expediente 02839-2021-PHD/TC. Sentencia 238/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 28 de setiembre de 2022 y en el diario “El Peruano” el 17 de octubre de 2022).

Caso Sebastián Carlos Aguedo Zúñiga.

Proceso de habeas data promovido por Sebastián Carlos Aguedo Zúñiga, contra el Ministerio del Interior, en el que solicitó que se disponga la eliminación del Registro 12041435, que se encuentra insertado en

el Sistema SIDPOL-PNP, al ser el ente regulador la Dirección de Criminalística de la PNP, encargada del Registro de las Denuncias a cargo de las comisarías PNP, por haberse afectado su derecho a la intimidad personal y al trabajo..... 621

- Expediente 04792-2017-PHD/TC. Sentencia 298/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 28 de octubre de 2022 y en el diario “El Peruano” el 29 de noviembre de 2022).

Caso Marco Gamarra Galindo.

Proceso de habeas data promovido por Marco Gamarra Galindo, contra el Ministerio de Energía y Minas, en el solicitó que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le entregue la siguiente información: «Correos electrónicos recibidos por el Sr. Ministro Eleodoro Mayorga Alba a su cuenta de correo oficial o a cualquier otra que le haya sido creada por el ministerio, con sus respectivas respuestas, en las cuales el titular del pliego se haya comunicado con alguna persona para tratar cualquier asunto relacionado con el Nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o sus similares»..... 629

B.4. PROCESO DE CUMPLIMIENTO

- Expediente 03701-2018-PC/TC. Sentencia 112/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 06 de mayo de 2022 y en el diario “El Peruano” el 17 de octubre de 2022).

Caso Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

Proceso de cumplimiento promovido por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, contra la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, en el que solicitó se cumpla con lo dispuesto en los mandatos legales que establecen la obligación de la entidad demandada, de prestar el servicio de limpieza pública a los ciudadanos de su distrito. Los mencionados mandatos legales son los siguientes: a) Numeral 3.1 del inciso 3) del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; y b) Artículo 10 de la Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos que establece la obligación de las Municipalidades Distritales de prestar el servicio de limpieza pública, debiendo evaluar si corresponde o no, estimar las pretensiones señaladas 651

- Expediente 02811-2021-PC/TC. Sentencia 116/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 10 de mayo de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 03 de junio de 2022)

Caso Ferretería Industrial Río Nilo EIRL

Proceso de cumplimiento promovido por Ferretería Industrial Río Nilo EIRL, contra la Municipalidad Distrital de Independencia, en el que solicitó que se disponga el cumplimiento de la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI, de fecha 27 de octubre de 2014, mediante la cual se ha reconocido la deuda proveniente del ejercicio presupuestal 2013, por el importe de S/ 10 040.00, por la adquisición de 15 estantes metálicos, más el pago de los costos y las costas del proceso

669

C. PRECEDENTES

- Expediente 03432-2018-PA/TC. Sentencia 1/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 10 de febrero de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 13 de febrero de 2022).

Caso Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez.

Proceso de amparo promovido por Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez, contra la Secretaría General del Ministerio de Economía y Finanzas, en el que solicitó se le restituya su pensión de cesantía conforme al Decreto Ley 20530, por encontrarse suspendida desde febrero del año 2015. Asimismo, solicitó el abono de los montos dejados de percibir y el pago indemnizatorio por el daño moral y material ascendente a la suma S/ 10 000.00. Manifestó ser docente cesante del régimen del Decreto Ley 20530, y haber reingresado al Estado (Poder Judicial) bajo un contrato administrativo de servicios (CAS), por lo que no podía suspenderse su pensión de cesantía de conformidad con el artículo 8 de la Ley 20530.....

685

- Expediente 03324-2021-PHC/TC. Sentencia 320/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 6 de diciembre de 2022 y en el diario “*El Peruano*” el 23 de diciembre de 2022).

Caso Inmer Israel Villena Uceda.

Proceso de habeas corpus promovido por Inner Israel Villena Uceda, contra la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, en el que solicitó la nulidad de la Resolución 65, de fecha 6 de marzo de 2020, que declaró inadmisibile por extemporáneo el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia condenatoria contenida en la Resolución 64, en el extremo que lo condenó a cinco años de pena privativa de la libertad en su condición de cómplice primario de delito de colusión, así como la Resolución 2, de fecha 7 de setiembre de 2020 (f. 67), que declaró infundado el recurso de queja de derecho que interpuso contra la Resolución 65. Alegó la vulneración de sus derechos a la libertad personal, al debido proceso, a la defensa, a la pluralidad de instancias y a la debida motivación de resoluciones judiciales, para lo cual, solicitó	699

D. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Expediente 03248-2019-PHC/TC. Sentencia 341/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 14 de noviembre de 2022 y en el diario “El Peruano” el 29 de noviembre de 2022).	
Caso Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka.	
Proceso de habeas corpus promovido por Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka, contra la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en el que solicitó la nulidad de la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, que confirmó la Resolución 16, de fecha 23 de noviembre de 2018, y le impuso treinta y seis meses de prisión preventiva, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos agravado (Expediente 299-2017-36/00299-2017-36-5001-JR-PE-01)	719

ÍNDICE TEMÁTICO	807



B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1. PROCESO DE AMPARO



Pleno. Sentencia 22/2022

Exp. N° 03696-2017-PA/TC

UCAYALI

Joel Nunta Valera (Representado por Juan
Carlos Ruiz Molleda y otros)

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de enero de 2022, los magistrados Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales y Ledesma Narváez han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Exhortar a la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali a que continúe con el proceso de demarcación territorial de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya. El control de ello aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia para hacer seguimiento de los avances realizados para la demarcación del territorio de la comunidad.
3. Habilitar el plazo para que, de estimarlo conveniente, la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya acuda a un proceso judicial con estación probatoria, en el cual pueda discutir, garantizándose el derecho a la defensa de las personas o entidades involucradas, la validez de las 222 constancias de posesión mencionadas en este proceso.
4. Poner la presente sentencia en conocimiento del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental para que, en ejercicio de sus atribuciones, determine, de ser el caso, la existencia de responsabilidades por daños al medio ambiente en las zonas en disputa en este proceso constitucional.

Igualmente, el magistrado Sardón de Taboada votó a favor de la sentencia, emitiendo un fundamento de voto y señala que coincide con declarar improcedente la demanda, pero se aparta de los puntos resolutivos 2, 3 y 4 de la sentencia.

Por su parte, el magistrado Blume Fortini emitió un voto singular en el que declara improcedente la demanda y discrepa del punto resolutivo 2 de la sentencia.

Y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló un voto singular en el que declara fundada 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.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de enero de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, sin la participación del magistrado Ramos Núñez en atención a la Resolución Administrativa N° 172-2021-P/TC. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera.

I. VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Juan Carlos Ruiz Molleda contra la resolución de fojas 346, de fecha 2 de marzo de 2017, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 26 de mayo de 2016, Joel Nunta Valera, presidente de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya, interpone demanda de amparo en contra de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali; la jefa de la Zona Registral N° VI, sede Pucallpa, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos; y la Empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C. Al respecto, alega que la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali (“DRAU”) ha expedido constancias a favor de 222 personas ajenas a la comunidad, a través de las cuales se les reconoce posesión sobre territorios que, en realidad, son de una comunidad indígena ancestral. De igual forma, alega que los títulos de propiedad que, posteriormente, la DRAU entregó a estas mismas personas desconocen los derechos originarios de la comunidad.

Del mismo modo, cuestiona que la empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C haya celebrado los 222 contratos de compraventa, a través de los cuales adquirieron la propiedad de tierras pertenecientes a la comunidad. Agrega que la empresa viene ejecutando actos de depredación ambiental

en bosques y otras formaciones boscosas. Todo ello, a criterio del recurrente, afecta los derechos de la comunidad y de sus integrantes a la propiedad, a la identidad étnica, a la libre determinación, a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado y a poder contar con sus recursos naturales. En ese sentido, requiere en su escrito de demanda que se reconozca la ampliación de la titulación solicitada por la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya, que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa (con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad; así como las cancelaciones de todas las inscripciones y anotaciones hechas en el Registro de Predios Rurales de los Registros Públicos), y que la empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C cese de inmediato todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de bosques.

El Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia del Distrito de Campo Verde, con fecha 1 de septiembre de 2016, declaró improcedente in limine la demanda, ya que consideró que lo solicitado por el demandante puede ser ventilado en otra vía judicial y que, además, venció el plazo para presentar los reclamos a través del proceso constitucional de amparo. En relación con lo primero, precisó que el recurrente puede solicitar la revisión judicial del procedimiento administrativo en el que la DRAU otorgó las constancias de posesión a favor de los 222 colonos, y que fueron convertidos a títulos de propiedad e inscritos en los registros públicos. Del mismo modo, consideró que la vía civil es la apropiada para examinar si es que existió alguna enajenación fraudulenta de la supuesta propiedad de la comunidad. Respecto del plazo para presentar la demanda, consideró que la gran mayoría de actos cuestionados se realizaron entre los años 1997 y 2009, por lo que no podría impugnar, en la actualidad, dicho proceder.

La Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, con fecha 15 de marzo de 2017, confirmó lo decidido en primera instancia al considerar que los hechos controvertidos debieron ser impugnados en la vía judicial ordinaria.

El Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 20 de agosto de 2018, dispuso que las instancias judiciales habían efectuado un uso indebido del rechazo liminar, por lo que dispuso que, en su instancia, la demanda sea admitida a trámite, brindando a las entidades y personas emplazadas el plazo de diez días hábiles para que, en ejercicio de su derecho a la defensa, procedan a contestar la demanda. Una vez realizado dicho acto, o que hubiera transcurrido el plazo brindado sin que ello ocurra, se procedería a convocar a vista de la causa.

Con fecha 17 de noviembre de 2017, Plantaciones de Pucallpa S.A.C presenta un escrito en el que solicita que se le tenga como apersonado al proceso.

Con fecha 15 de octubre de 2018, Ramón Eli Rodríguez Gamarra, encargado de la Procuraduría Pública de la Sunarp, se apersona al proceso, y procede a interponer una excepción preliminar y a contestar la demanda. Considera que, en este caso, no existe una relación entre la institución a la que representa y la pretensión que se encuentra contenida en la demanda. Añade que lo que se encuentra en discusión en este caso son pretensiones de terceros. Del mismo modo, sostiene que la demanda deber ser declarada como improcedente, ya que la nulidad o cancelación de una inscripción registral se encuentra en función de los vicios u omisiones en relación con requisitos esenciales en el acto de inscripción por parte del funcionario registral, o en virtud de la declaración de nulidad del acto jurídico o título que genera dicha inscripción, lo que debe ser materia de probanza judicial.

Por otro lado, a través de escrito de fecha 29 de octubre de 2018, Isaac Huamán Pérez, Director Regional de Agricultura de Ucayali, procede a apersonarse al proceso y a contestar la demanda, la cual, según estima, debe ser declarada como infundada.

Plantaciones Pucallpa S.A.C, mediante escrito de 31 de octubre de 2018, deduce excepciones, formula denuncia civil y contesta la demanda. Señala, en primer lugar, que la parte demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa, ya que existe un procedimiento iniciado en el que justamente se pretende reconocer la titulación de tierras a favor de la Comunidad Nativa. También refiere que, en este caso, ha operado la prescripción extintiva. Precisa que existía un plazo de 60 días hábiles para cuestionar las afectaciones; sin embargo, la demanda recién se ha interpuesto luego de 10 años, y esto debido a que existen constancias de posesión y titulación que se remontan al año 1997. Esta entidad también formula denuncia civil, ya que ninguna de las 222 personas involucradas en los contratos ha sido emplazadas con la demanda. Agrega que este caso debería ser tramitado en un proceso que cuente con etapa probatoria, ya que deben realizarse diligencias de verificación, delimitación y colindancia para verificar los argumentos planteados en la demanda. En relación con el fondo, solicita que la demanda sea declarada infundada, ya que las investigaciones efectuadas para establecer la historia de Pucallpa han determinado que la etnia shipiba siempre ha ocupado la margen derecha del Río Ucayali, pero no la margen izquierda del mencionado río y menos

aun la cuenca del Río Aguaytía, que es la zona en la que se encuentran las tierras que ahora reclaman como terrenos ancestrales. Añade que sus actividades agrarias han iniciado desde el año 2012 y que cuentan con todas las autorizaciones, licencias y permisos para desarrollarlas, por lo que no se les puede atribuir alguna eventual afectación del derecho al medio ambiente. Respecto de los alegatos referidos a daños al medio ambiente, argumenta que esto se trata de un conflicto de tierras de los colonos asentados cerca de la plantación con los miembros de la comunidad Santa Clara, quienes se están disputando las tierras que se encuentran cerca de la empresa.

Con posterioridad, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2019, Plantaciones Pucallpa S.A.C solicita que se expida un pronunciamiento declarando la sustracción de la materia. Señala que la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, con fecha 29 de noviembre de 2018, ha expedido la Resolución N° 440-2018-GRU-DRA, a través de la cual la Comunidad Nativa ha obtenido, en la vía administrativa, la ampliación de la demarcación territorial respectiva.

Mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2019, Juan Carlos Ruiz Molleda, abogado de la Comunidad Nativa, solicita que no se declare la sustracción de la materia. Menciona que la Resolución Directoral N° 440-2018-GRU-DRA proyecta aumentar otras 1544 hectáreas a favor de la comunidad, lo que suma un total de 1762 hectáreas reconocidas. Sin embargo, según refiere, esta cantidad no constituye la totalidad de su territorio ancestral. Precisa que la comunidad, en ejercicio de su autonomía y autodeterminación, ha delimitado por sí misma la extensión del territorio, y calcula que sería de 85 508 hectáreas. Agrega que si bien es necesario contar con estudios oficiales y especializados para la delimitación y demarcación del territorio perteneciente a la comunidad, es innegable que el procedimiento de aplicación territorial en curso no satisface la pretensión de la Comunidad Nativa al no reconocer la totalidad del territorio ancestral.

Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2021, Alejandra Alayza Moncloa indica que 13,834 personas de 49 países del mundo han firmado una petición para exigir al Tribunal Constitucional del Perú que dicte la sentencia final en el caso de la comunidad de Santa Clara de Uchunya (Ucayali) y reconozca su derecho a recuperar su territorio ancestral. Añade que, en el 2012, casi 7000 hectáreas del territorio ancestral de esta comunidad fueron vendidas por traficantes de tierras a la empresa Plantaciones de Pucallpa (ahora Ocho Sur P.), con la participación del Gobierno

Regional de Ucayali. Menciona que esta usurpación y deforestación trajo una grave afectación al uso tradicional de los bosques y al acceso a recursos para la subsistencia y medicinas.

Por otro lado, mediante escrito de fecha 14 de septiembre de 2021, Ocho Sur P S.A.C (en adelante “Ocho Sur”), informa al Tribunal Constitucional que es la actual propietaria de los terrenos que se discuten en el presente proceso constitucional. Señala, en primer lugar, que existen diversas vías judiciales igualmente satisfactorias para que los ahora recurrentes puedan presentar sus reclamos. Del mismo modo, sostienen que existen otros poseedores de derechos dentro del supuesto territorial ancestral de la entidad demandante que se verían perjudicados por un eventual pronunciamiento final del Tribunal Constitucional. Este sería el caso, por ejemplo, de la empresa Eco Forestal Ucayali S.A.C, que sería titular de una concesión forestal de 48,540.89 hectáreas ubicadas dentro del área en disputa. Precisa que estos titulares de derechos no han sido emplazados en el presente proceso y se les estaría privando de ejercer su derecho de defensa. Menciona que es falso el supuesto otorgamiento, por parte de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, de constancias de posesión que posteriormente fueron convertidas en derechos de propiedad en favor de 222 colonos dentro del territorio de la Comunidad Nativa demandante. También sostiene que es falso que la entidad demandante ostente derechos ancestrales sobre el área demandada, ya que, mediante Oficio N° 1092-2018-GRU-GR del 11 de diciembre de 2018, el Gobierno Regional de Ucayali desmintió y señaló como falsa la supuesta ocupación ancestral del pueblo shipibo sobre el área demandada, pues la etnia shipiba siempre ha ocupado la margen derecha del Río Ucayali, por lo que nunca ocuparon siquiera la margen izquierda del mencionado río. Finalmente, sostiene que es falso que Ocho Sur realice actos graves de depredación de bosques y superficies boscosas, relacionados con la plantación de monocultivos de palma aceitera. Asimismo, indica que la actividad agrícola de Ocho Sur se encuentra en proceso de adecuación ambiental, y ello siguiendo la legislación vigente. Resalta que el presente proceso de amparo es promovido por intereses contrarios a los de la Comunidad Santa Clara de Uchunya, ya que ella no estaría en contra del proyecto agrícola de Ocho Sur.

III. FUNDAMENTOS

& Delimitación de la controversia

1. En este caso, Joel Nunta Valera, en su calidad de Presidente de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya, solicita que se reconozca

la ampliación de la titulación solicitada por dicha comunidad, que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa (con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad; así como las cancelaciones de todas las inscripciones y anotaciones hechas en el Registro de Predios Rurales de los Registros Públicos), y que la empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C cese de inmediato todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de bosques.

2. Se advierte, de lo expuesto en el escrito de demanda, que son tres las cuestiones que debe abordar este Tribunal: i) la ampliación de la titulación solicitada por la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya; ii) que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa, con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad, así como de todas las anotaciones efectuadas; y, iii) que cesen todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de los bosques.
3. El Tribunal, por ello, examinará cada uno de estos puntos.

& Sobre la solicitud de ampliación de titulación planteada por la Comunidad Nativa de Santa Clara

a) Argumentos de la parte demandante

4. La parte recurrente alega que, con fecha 25 de septiembre de 2015, diferentes autoridades de la comunidad solicitaron al Gobierno Regional de Ucayali la ampliación del territorio titulado, explicando la situación en que se encontraba la comunidad. Sin embargo, agrega que esta comunicación no fue atendida. Agregan que dicho gobierno, a través de la Resolución Directoral Regional N° 591-2015- GRU-DRA, ordenó que se inicie el procedimiento de reconocimiento y titulación de la ampliación territorial de la Comunidad Nativa Santa Clara de Uchunya. Agrega que se resolvió iniciar dicho procedimiento para la titulación de 757 hectáreas, y que 496 fueron otorgadas a pobladores del centro poblado, a los cuales se les entregó sus constancias de posesión.

b) Argumentos de las entidades demandadas

5. Sobre este punto, Pucallpa S.A.C alega que la parte demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa, ya que existe un procedimiento iniciado en el que justamente se pretende reconocer la

titulación de tierras a favor de la Comunidad Nativa. Posteriormente, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2019, la entidad solicita que se declare la sustracción de la materia, ya que, con la expedición de la Resolución N° 440-2018-GRU-DRA por parte de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, la Comunidad Nativa ha obtenido, en la vía administrativa, la demarcación territorial respectiva.

6. Por su parte, Ocho Sur, entidad que, en la actualidad, es la actual propietaria de los terrenos que se discuten en el presente proceso constitucional, refiere que es falso que la entidad demandante ostente derechos ancestrales sobre el área demandada, ya que, mediante Oficio N° 1092-2018-GRU-GR, de fecha 11 de diciembre de 2018, el Gobierno Regional de Ucayali desmintió y señaló como falsa la supuesta ocupación ancestral del pueblo shipibo sobre el área demandada, pues la etnia shipiba siempre ha ocupado la margen derecha del Río Ucayali. A ello agrega que, en este caso, se habría producido la sustracción de la materia con ocasión de la expedición de la Resolución N° 440-2018-GRU-DRA.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

7. En su jurisprudencia, este Tribunal ha sostenido que el derecho a propiedad es un derecho real por excelencia, ya que se caracteriza por establecer una relación directa entre el titular y el bien, y esto faculta a que el primero ejerza sus atributos sin la intervención de ningún tercero. La propiedad, así entendida, ostenta un carácter *erga omnes*, por lo goza que de la cualidad de la oponibilidad. Sin embargo, también se ha destacado que esta concepción civilista de la propiedad debe ser reconfigurada cuando se analizan casos relativos a pueblos originarios, ya que estos se caracterizan por mantener un vínculo espiritual importante con sus territorios [*cfr.* STC 01126- 2011-HC, fundamento 21].
8. Ahora bien, es indispensable -para un adecuado goce y ejercicio del derecho a la propiedad de las comunidades nativas- que se efectúe una adecuada delimitación y demarcación de sus territorios. Sobre ello, es natural que, al tratarse de vínculos que se remontan en algunos casos a épocas incluso anteriores a la colonial, no exista alguna demarcación territorial definitiva. Es importante, por ello, resaltar que la falta de delimitación, demarcación y titulación en favor de las comunidades puede potenciar la expedición de títulos a favor de terceros dentro de sus territorios ancestrales [*cfr.* Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono

vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 309. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 160].

9. Sin perjuicio de ello, es importante destacar que la adecuada garantía del derecho a la propiedad de las comunidades nativas no se agota en un simple reconocimiento de carácter formal, ya que requiere encontrarse acompañado de medidas adicionales que permitan resguardar la efectividad del pronunciamiento final del Estado sobre sus territorios. Sobre ello, se ha señalado que esta suerte de saneamiento.

no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho [Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C N° 346, párr. 124].

10. De similar forma, la Corte Interamericana ha precisado que, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (disposición que reconoce el derecho a la propiedad), se puedan desprender las siguientes obligaciones internacionales en relación con los territorios de una comunidad: i) la delimitación, demarcación y titulación del territorio de la comunidad; y, ii) que los Estados se abstengan de realizar, en tanto no se produzcan estas delimitaciones, actos que puedan generar que sus agentes, o terceros que actúen bajo su tolerancia, terminen por afectar la existencia, el valor y el uso de los bienes ubicados en las zonas en las que habitan las comunidades [Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 153].
11. Ahora bien, este Tribunal advierte que la demarcación del territorio de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya debe ser discutida en una vía -sea administrativa o judicial- que cuente con estación probatoria. En efecto, los procesos constitucionales de tutela

de derechos tienen como finalidad, una vez acreditada la vulneración de un derecho fundamental, la reposición al estado anterior. En ese sentido, no se caracteriza por ser una vía judicial en la que se puedan determinar asuntos como la extensión o la delimitación de territorios ancestrales, ya que un pronunciamiento de este tipo requiere de la realización de diligencias y actuaciones que no son propias del proceso de amparo.

12. También nota este Tribunal que existen diversas situaciones controvertidas, las cuales requieren, para su debido esclarecimiento, de un pronunciamiento en el marco de un proceso con estancia probatoria. De hecho, es posible advertir que, en la actualidad, aun subsisten importantes discrepancias sobre la extensión del territorio ancestral de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya. Así, es posible destacar, como lo han admitido ambas partes, que mediante la Resolución N° 440-2018-GRU-DRA de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, se proyectó aumentar otras 1544 hectáreas a favor de la Comunidad, lo cual supondría que, en la actualidad, contaría con un territorio compuesto por 1762 hectáreas. Sin embargo, subsisten aun divergencias entre las partes respecto de la totalidad del territorio ancestral. Mientras que las empresas demandadas consideran que, con este pronunciamiento, se habría producido la sustracción de la materia; la comunidad ahora demandante alega que, en virtud de la delimitación efectuada por ella misma, calcula que su territorio estaría compuesto de aldederos de 85 508 mil hectáreas.
13. Esto demuestra que existen importantes discordancias entre ambas partes procesales en relación con la extensión del territorio ancestral de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya. De hecho, la defensa de la Comunidad demandante ha señalado que, si bien es necesario contar con estudios oficiales y especializados para la delimitación y demarcación del territorio perteneciente a la comunidad, es innegable que el procedimiento de ampliación territorial en curso no satisface la pretensión de la Comunidad Nativa al no reconocer la totalidad del territorio ancestral.
14. De esta afirmación es posible concluir que la Comunidad no estima que lo reconocido en la Resolución N° 440-2018-GRU-DRA refleje la totalidad de su territorio ancestral, y que, además, dicho espacio geográfico no se encuentra, en la actualidad, plenamente identificado por el Estado. Al respecto, el Tribunal advierte que, tal y como se ha

indicado, estos aspectos deben ser discutidos en otra vía procesal que cuente con estación probatoria.

15. En todo caso, en el caso relativo a la propiedad a favor de comunidades nativas, tampoco discute este Tribunal el hecho que los conceptos de propiedad o posesión no solo se pueden caracterizar por una significación colectiva, sino además por el hecho que, en general, sus nociones de dominio sobre las tierras no necesariamente corresponden a la visión clásica y occidental de propiedad. Sostener lo contrario supondría que, para este Tribunal, solo exista una forma de usar y disponer de los bienes [*cf.* Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146, párr. 120].
16. Ahora bien, de este reconocimiento no se deriva el hecho que este Tribunal pueda, sin más, pronunciarse a propósito de la delimitación específica del territorio de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya. En ese sentido, corresponde que este Tribunal exhorte a la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, a fin que continúe efectuando todas las diligencias que sean necesarias para la adecuada demarcación de su territorio.
17. En todo caso, y con el propósito que este punto sea adecuadamente cumplido por las autoridades competentes, este Tribunal estima necesario declarar que lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, con el propósito de examinar los avances efectuados para la delimitación del territorio de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya.

& Sobre la solicitud relativa a la declaración de la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa

a) Argumentos de la parte demandante

18. La parte demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa, con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad, así como de todas las anotaciones efectuadas. Se alega que la celebración de estos contratos con Pucallpa S.A.C fue irregular, ya que se trataba de decisiones que afectaron el territorio ancestral de la Comunidad

Nativa. Señala, al respecto, que la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya ha sido despojada de su territorio ancestral a través de las denominadas “constancias de posesión” en favor de los colonos, y que estas han sido expedidas por el Gobierno Regional de Ucayali apelando a normas que prohibían expresamente utilizar esta clase de normas en el caso de comunidades nativas. Señala que, por estas constancias, las tierras ancestrales de estas comunidades nativas han terminado en propiedad de Plantaciones Pucallpa S.A.C, empresa dedicada a la explotación de palma aceitera. La parte recurrente también agrega que la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali está expidiendo constancias de posesión que cuentan con vicios de nulidad, ya que ellas están disponiendo de un territorio que no es el del Gobierno Regional de Ucayali (al ser de propiedad de las comunidades nativas), y, además, porque las normas que invoca la autoridad regional no son aplicables para el caso de comunidades nativas.

b) Argumentos de las entidades demandadas

19. El Director General de Agricultura de Ucayali, al contestar la demanda, señala que jamás ha existido vinculación alguna entre la entidad y la empresa demandada Plantaciones de Pucallpa S.A.C, como lo daría a entender la parte demandante. Sostiene que, en el Informe N° 0181-GRU-DRA/OACP/CP-UT, de 19 de octubre de 2018, se concluye que, en el área de ampliación de la Comunidad Nativa Santa Clara de Uchunya, se han emitido 20 constancias de posesión, las cuales han sido expedidas en el año 2014, y 4 constancias de posesión expedidas en el año 2015. Señala que todas ellas no tienen vigencia y que, a la fecha, no han sido actualizadas. Agrega que existe una constancia del año 2016, y que esta fue anulada por la Resolución Directoral N° 035-2018-GRU-DRA, de fecha 25 de junio de 2018. Señala que deslinda de toda responsabilidad por actos ocurridos antes del año 2015, ya que no puede responder por actos atribuibles a otros funcionarios que son ajenos a su actual gestión.
20. Por su parte, Plantaciones Pucallpa S.A.C alegó que, en este caso, ha operado la prescripción extintiva. Sobre ello, refiere que existía un plazo de 60 días hábiles para cuestionar las afectaciones; sin embargo, la demanda recién se ha interpuesto luego de 10 años, y esto se comprueba debido a que existen constancias de posesión y titulación que se remontan al año 1997. Esta entidad también ha formulado denuncia civil, ya que ninguna de las 222 personas

involucradas en los contratos ha sido emplazadas con la demanda. Agrega que este caso debería ser tramitado en un proceso que cuente con etapa probatoria, ya que deben realizarse diligencias de verificación, delimitación y colindancia para verificar los argumentos planteados en la demanda.

21. Ochor Sur señala que, en la actualidad, existen otros poseedores de derechos dentro del supuesto territorial ancestral de la entidad demandante que se verían perjudicados por un eventual pronunciamiento final del Tribunal Constitucional. Este sería el caso, por ejemplo, de la empresa Eco Forestal Ucayali S.A.C, que sería titular de una concesión forestal de 48,540.89 hectáreas ubicadas dentro del área en disputa. Precisa que estos titulares de derechos no han sido emplazados en el presente proceso y se les estaría privando de ejercer su derecho de defensa. Menciona que es falso el supuesto otorgamiento, por parte de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, de constancias de posesión que posteriormente fueron convertidas en derechos de propiedad en favor de 222 colonos dentro del territorio de la Comunidad Nativa demandante.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

22. Se alega en este proceso constitucional que existen 222 constancias de posesión que han sido expedidas fuera de las formalidades previstas en la normatividad vigente, lo cual habría afectado severamente a la Comunidad Nativa.
23. Ciertamente, tal y como se ha precisado *supra*, la falta de delimitación definitiva del territorio ancestral de la Comunidad puede generar escenarios de exposición y peligro para sus integrantes. Sin embargo, existen consideraciones que, en este caso, impiden que este Tribunal pueda emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la validez de las constancias de posesión: i) la posible afectación del derecho a la defensa de los titulares de las constancias; ii) la falta de información sobre el estado actual de cada una de las constancias que se impugnan en este proceso constitucional.
24. En relación con el primer punto, el Tribunal observa que no se ha adjuntado información sobre la situación de las 222 personas que serían las titulares de las constancias de posesión. Desde el trámite en primera instancia, no se ha brindado datos respecto de lo que, en la actualidad, ocurre en dichas zonas. De este modo, un eventual

pronunciamiento de fondo podría generar un severo impacto de personas naturales y jurídicas que no han concurrido al presente proceso constitucional. De hecho, la parte demandada ha brindado información respecto de que el fallo del Tribunal podría afectar a la empresa Eco Forestal Ucayali S.A.C, que sería titular de una concesión forestal de 48,540.89 hectáreas ubicadas dentro del área en disputa. De similar forma, dentro del territorio relativo a las 222 constancias de posesión pueden existir, en la actualidad, diversos titulares que pueden ser perjudicados por un fallo del Tribunal y a los que no se les ha garantizado el derecho de defensa.

25. En segundo lugar, no existe información respecto de la situación actual de cada una de las 222 constancias de posesión. La Dirección Regional de Agricultura de Ucayali ha adjuntado el Informe N° 0181-GRU-DRA/OACP/CP-UT, de 19 de octubre de 2018, en el que se concluye que, en el área de ampliación de la Comunidad Nativa Santa Clara de Uchunya, se han emitido 20 constancias de posesión, las cuales han sido expedidas en el año 2014; y 4 constancias de posesión, expedidas en el año 2015. Señala que todas ellas no tienen vigencia y que, a la fecha, no han sido actualizadas. Esto demuestra, por un lado, que exista la posibilidad que, a la fecha, existan constancias de posesión del período reclamado en la demanda que puede que ya no se encuentren vigentes, o que, en todo caso, su situación jurídica sea distinta a la sostenida en el escrito de demanda, ya que bien pueden concurrir terceros involucrados en estos hechos por el tiempo que ha transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo.
26. Este Tribunal, por lo expuesto, considera que los cuestionamientos relativos a la nulidad de las 222 constancias de posesión deben ser debatidos en un proceso judicial que cuente con estación probatoria y en el que, además, se garantice el derecho a la defensa de las personas involucradas. La complejidad para emitir un pronunciamiento de fondo radicaba, principalmente, en el hecho que existe una importante cantidad de personas o entidades que no han concurrido a este proceso y que pueden ser afectadas por la decisión que emita este intérprete final de la Constitución.
27. En ese sentido, es importante habilitar el plazo para que, de estimarlo conveniente, la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya pueda acudir a un proceso judicial que cuente con estación probatoria y en

el que puedan ejercer su derecho a la defensa todas las personas que puedan verse afectadas por algún pronunciamiento de fondo relacionado con los territorios asociados a las 222 constancias de posesión a las que se hace referencia en la demanda.

28. No se puede alegar, sobre ello, que existe una limitación de carácter temporal. Como se ha indicado *supra*, este Tribunal no comparte la tesis relativa a que esta clase de reclamos pueden no ser viables por el simple transcurso del tiempo. Sobre esto, se ha precisado que, mientras la relación entre los pueblos originarios y las tierras tradicionales subsista,

el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 131].

29. Por ello, no es posible advertir que, en este caso, exista algún factor que justifique la existencia de una barrera de carácter temporal que impida a la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya para acudir a una vía judicial con estación probatoria en la que se pueda discutir, garantizándose el derecho a la defensa de las personas y entidades involucradas, acerca de la eventual nulidad de las 222 constancias de posesión.

& Sobre la solicitud relativa al cese de todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de los bosques

a) Argumentos de la parte demandante

30. La parte demandante alega que los contratos que han sido celebrados tenían el propósito expreso de realizar monocultivos de palma aceitera, y que se ha consentido la plantación de estos cultivos en una zona en la que existe un alto porcentaje de bosques primarios o nativos (también denominados “bosques vírgenes”), es decir, territorios que nunca han sido explotados o alterados por el hombre.

Agrega que el cultivo irresponsable de la palma aceitera está generando importantes daños medioambientales que han ocasionado la destrucción de recursos naturales y de ecosistemas que son indispensables para la supervivencia de especies animales y vegetales. Se precisa que todos estos daños habrían sido reconocidos por el propio Ministerio de Agricultura en la Resolución Directoral N° 270-2015- MINAGRI-DVDIAR-DGAA. Señalan que los bosques, en tanto recursos naturales, constituyen bienes jurídicos de relevancia constitucional que deben ser protegidos por el Estado.

b) Argumentos de las entidades demandadas

31. Plantaciones Pucallpa S.A.C sostiene que sus actividades han iniciado desde el año 2012, y que, en la actualidad, cuenta con todas las autorizaciones, licencias y permisos para desarrollarlas, por lo que no se les puede atribuir alguna eventual afectación del derecho al medio ambiente. Respecto de los alegatos referidos a daños al medio ambiente, argumenta que esto se trata de un conflicto de tierras de los colonos asentados cerca de la plantación con los miembros de la comunidad Santa Clara, quienes se están disputando las tierras que se encuentran cerca de la empresa.
32. Ocho Sur señala que es falso que realice actos graves de depredación de bosques y superficies boscosas, relacionados con la plantación de monocultivos de palma aceitera. Asimismo, indica que la actividad agrícola de Ocho Sur se encuentra en proceso de adecuación ambiental, y ello siguiendo la legislación vigente. Resalta que el presente proceso de amparo es promovido por intereses contrarios a los de la Comunidad Santa Clara de Uchunya, ya que ella no estaría en contra del proyecto agrícola de Ocho Sur.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

33. Es pacífica en la jurisprudencia de este Tribunal la idea que existe una fuerte conexión entre el estilo de vida de las comunidades nativas y sus territorios ancestrales. Esto obedece a que, en general, estos últimos resultan indispensables para la supervivencia física y cultural de aquellas. De similar forma, la protección de este vínculo obedece a que la adecuada protección del medio ambiente es, también, una forma para asegurar la preservación de las propias comunidades, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión del mundo. Sobre esto, se ha señalado que “[e]sta protección tiene como fin

el garantizar que los pueblos indígenas y tribales puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetados, garantizados y protegidos por los Estados” [Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 309. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 164].

34. Evidentemente, de este derecho se desprende el deber de prevenir y evitar que se materialicen distintos daños al medio ambiente. En este caso, el Tribunal nota que, según la parte demandante, Plantaciones Pucallpa S.A.C sería responsable de realizar diversos daños ambientales. En su escrito de demanda, la parte recurrente sostiene que, para comprobar la conducta que le atribuye a la empresa demandada, un antecedente importante es el relativo a la situación de la Empresa Plantaciones Ucayali S.A.C, ya que ambas pertenecen a un grupo comercial conocido como el Grupo Melka. Sobre ello, adjunta información sobre el Informe N° 1207-2014- MINAGRI-DVDIAR-DGAAA-DGAA/REA-95350-13, de fecha 5 de diciembre de 2014, en el que se detalla que

[1]a Empresa Plantaciones de Ucayali SAC se encuentra realizando actividades agrícolas para la producción de palma aceitera, en el predio denominado Fundo Zanja Seca, ubicado en el distrito de Nueva Requena, provincia de Coronel Portillo, colindante con el distrito de Curinamá, provincia de Padre Abad, departamento de Ucayali, sin contar con la Certificación Ambiental correspondiente, transgrediendo lo establecido en el artículo 3° de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, que señala que “no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicio ni comercio (...)y ninguna autoridad nacional, sectorial regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente”, concordante con lo señalado en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 019-2012-AG.

La Empresa de Plantaciones de Ucayali SAC viene generando impactos ambientales negativos, producto de las actividades de desbosque para la instalación del cultivo de palma aceitera en campo definitivo, como el impacto a la cobertura vegetal debido al desbroce y limpieza de los terrenos (eliminación de cobertura).

35. La parte demandante resalta que, producto de este accionar, las operaciones de la referida empresa fueron suspendidas. Se menciona, sobre esto, que mediante Resolución Directoral N° 463-2014-MINAGRI-DVDIAR-DGAA, se dispuso la suspensión de las actividades de Plantaciones Ucayali S.A.C. También enfatiza que un problema similar se presentó con la empresa Cacao del Norte, cuyas operaciones también fueron sancionadas a través de la Resolución Directoral N° 462-104-MINAGRI-DVDIAR-DGAA. Menciona que esto denota un patrón de las empresas del denominado grupo Melka.
36. Ahora bien, el Tribunal nota, en primer lugar, que la información brindada en el proceso no se refiere exclusivamente a la empresa Plantaciones Pucallpa S.A.C. Si bien la parte demandante brinda información sobre la deforestación y los problemas ambientales de la zona, no se advierte la existencia de datos específicos en los que se pueda vincular a la entidad demandada con los daños ambientales que se le atribuyen. Por lo demás, se trata de una labor difícil de materializar en una vía como el proceso constitucional de amparo, el cual, como se ha indicado, carece de estación probatoria.
37. Por otro lado, es también importante destacar que, a la fecha, la empresa emplazada ya no es la titular de los terrenos cuya titularidad se disputa en este proceso constitucional. En efecto, mediante escrito de fecha 14 de septiembre de 2021, Ocho Sur P S.A.C informó al Tribunal Constitucional que es la actual propietaria de los terrenos. Esta empresa señala que, a la fecha, cuenta con todas las licencias y autorizaciones para el desarrollo de sus operaciones, información que no ha sido controvertida.
38. Sin embargo, este Tribunal no puede dejar de advertir que, en la actualidad, existen serios argumentos que permitirían acreditar daños ambientales de consideración en la zona en la que se encuentran los territorios en litigio. Ahora bien, en la medida en que se requiere que, a través de un procedimiento en el que se puedan desarrollar inspecciones, peritajes y demás diligencias, el Tribunal estima pertinente poner en conocimiento del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) los actuados de este proceso, a fin que, en virtud de las competencias que le han sido asignadas, determine las responsabilidades pertinentes por la posible existencia de daños ambientales producidos en los territorios que son objeto de disputa en este proceso constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Exhortar a la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali a que continúe con el proceso de demarcación territorial de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya. El control de lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia para hacer seguimiento de los avances realizados para la demarcación del territorio de la comunidad.
3. Habilitar el plazo para que, de estimarlo conveniente, la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya acuda a un proceso judicial con estación probatoria, en el cual pueda discutir, garantizándose el derecho a la defensa de las personas o entidades involucradas, la validez de las 222 constancias de posesión mencionadas en este proceso.
4. Poner la presente sentencia en conocimiento del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental para que, en ejercicio de sus atribuciones, determine, de ser el caso, la existencia de responsabilidades por daños al medio ambiente en las zonas en disputa en este proceso constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

PONENTE LEDESMA NARVAEZ

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 se solicita:
 - i. Se reconozca la ampliación de la titulación solicitada por la comunidad demandante;
 - ii. Se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa (con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad; así como las cancelaciones de todas las inscripciones y anotaciones hechas en el Registro de Predios Rurales de los Registros Públicos), y
 - iii. Se solicite que la empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C cese de inmediato todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de bosques.

Coincidimos con la ponencia en declarar improcedente la demanda, pues la resolución de la misma requiere ser discutida en una vía que cuente con estación probatoria.

2. En relación a los demás puntos de la parte resolutive estimamos que dada las particulares circunstancias del caso como estar invocado el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de grupos que se encuentran en especial posición de vulnerabilidad como son los pueblos originarios (específicamente las denominadas comunidades campesinas), nos encontramos en una situación excepcional que habilita a este Tribunal realizar exhortaciones a otras instituciones estatales; por lo cual en el presente caso acompañamos también los puntos resolutivos 2, 3 y 4 de la ponencia.

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente fundamento de voto porque, aunque coincido con declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, me aparto de los puntos resolutivos 2, 3 y 4, que de modo *accesorio* acompañan al fallo. A mi criterio, dicha improcedencia, deriva *solo* de las razones que se exponen a continuación:

En el presente caso, las pretensiones son: i) la ampliación de la titulación solicitada por la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya; ii) la “declaratoria de inconstitucionalidad” de los 222 contratos de compraventa, con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad, así como de todas las anotaciones registrales efectuadas; y, iii) el cese de aquellas actividades que causen depredación y degradación de los bosques.

Respecto a la primera pretensión, se advierte que la demarcación del territorio de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya debe ser discutida en una vía que cuente con estación probatoria. El proceso de amparo no es una vía en la que se puedan determinar asuntos como la extensión o delimitación de territorios, ya que un pronunciamiento de este tipo requiere de la realización de diligencias que no son propias del mismo.

Respecto a la segunda pretensión, relativa a los cuestionamientos de 222 constancias de posesión, se trata de un aspecto a debatir también en un proceso judicial que cuente con estación probatoria, en el que se garantice el derecho a la defensa de las personas involucradas. Cabe notar que existe una importante cantidad de personas o entidades que no han concurrido a este proceso de amparo y que pueden ser afectadas por la decisión que se emita.

Respecto a la tercera pretensión, referida al cese de actividades que causen depredación y degradación de los bosques, se requiere su evaluación a través de un proceso en el que se puedan desarrollar inspecciones, peritajes y demás diligencias a fin de acreditar si acontece o no un daño ambiental. Considero que el proceso de amparo no es tampoco el adecuado para analizar dicha pretensión.

Por estas razones, resulta entonces de aplicación la causal de improcedencia de la demanda contenida en el artículo 7, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 2 del anterior código). Es por ello que la demanda es improcedente. No hay ninguna necesidad de recurrir a referencias a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para sustentar tal improcedencia, como lo hace la sentencia.

Si la demanda es improcedente, evidentemente, no cabe realizar exhortaciones, ni efectuar seguimiento alguno a lo establecido en la sentencia. Dado que no hay un pronunciamiento de fondo sobre los aspectos controvertidos y se está señalando que estos deben resolverse en la vía ordinaria, no hay aspecto al que hacer seguimiento, ni exhortación que realizar frente a una omisión no acreditada en el presente caso.

Tampoco procede, por tanto, habilitar plazo alguno a la comunidad nativa recurrente, pues el establecimiento de dicho plazo, por demás indeterminado en la sentencia, carece de sustento normativo. En todo caso, será la justicia ordinaria, la que –si la demandante acude a ella– podrá evaluar si cabe o no aplicar el plazo prescriptorio fijado por ley. No le compete al Tribunal Constitucional hacerlo.

Por último, la notificación de la sentencia al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) también carece de sustento, pues no existe un pronunciamiento de fondo acerca de la ocurrencia o amenaza de un daño ambiental. Ello debe ser dilucidado en la vía ordinaria. Será la judicatura civil, en caso lo estime pertinente, quien deberá decidir si pone en conocimiento de estos hechos al OEFA.

Además, lo dispuesto en los puntos 2, 3 y 4 de la parte resolutive de la sentencia no guarda relación con el objeto eminentemente restitutorio del proceso de amparo establecida en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional. Dichos puntos solo son fuegos artificiales, que no suscribo.

S. SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien coincido con declarar improcedente la demanda de autos, discrepo del punto resolutivo 2, en cuanto dispone que el control del proceso de demarcación territorial que debe efectuar la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, para que determinen el territorio que ocuparía la comunidad nativa demandante, estará a cargo de la comisión de seguimiento del Tribunal Constitucional. Por cuanto, no es función de este Colegiado supervisar el cumplimiento de las funciones de entidades administrativas, ni cómo ellas realizan una tarea de tal envergadura, ya que la misma requiere de la participación de equipos profesionales y técnicos multidisciplinarios que levanten información *in situ*, para determinen con certeza, el ámbito territorial de desarrollo de la comunidad demandante, situación cuya competencia, lo enfatizo, escapa de las facultades jurídico constitucionales que la Constitución le ha otorgado a este Tribunal, más aún cuando la sentencia de autos no emite un pronunciamiento sobre el fondo, por lo que no contiene un mandato de tutela de derechos fundamentales que resguardar.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR
DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 26 de mayo de 2016, Joel Nunta Valera, presidente de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya, interpone demanda de amparo en contra de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali; la jefa de la Zona Registral N° VI, sede Pucallpa, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos; y la Empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C. Alega que la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali (en adelante, “DRAU”) ha expedido constancias a favor de 222 personas ajenas a la comunidad, a través de las cuales se les reconoce posesión sobre territorios que, en realidad, son de una comunidad indígena ancestral. De igual forma, alega que los títulos de propiedad que, posteriormente, la DRAU entregó a estas mismas personas desconocen los derechos originarios de la comunidad.
2. Del mismo modo, cuestiona que la empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C haya celebrado los 222 contratos de compraventa, a través de los cuales adquirieron la propiedad de tierras pertenecientes a la comunidad. Agrega que la empresa viene ejecutando actos de depredación ambiental en bosques y otras formaciones boscosas. Todo ello, a criterio del recurrente, afecta los derechos de la comunidad y de sus integrantes a la propiedad, a la identidad étnica, a la libre determinación, a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado y a poder contar con sus recursos naturales. En ese sentido, requiere en su escrito de demanda que se reconozca la ampliación de la titulación solicitada por la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya, que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa (con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad; así como las cancelaciones de todas las inscripciones y anotaciones hechas en el Registro de Predios Rurales de los Registros Públicos), y que la empresa Plantaciones de Pucallpa S.A.C

cese de inmediato todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de bosques.

3. Mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2019, el abogado de la Comunidad Nativa, solicita que no se declare la sustracción de la materia. Menciona que la Resolución Directoral 440-2018-GRU-DRA proyecta aumentar otras 1544 hectáreas a favor de la comunidad, lo que suma un total de 1762 hectáreas reconocidas. Sin embargo, según refiere, esta cantidad no constituye la totalidad de su territorio ancestral. Precisa que la comunidad, en ejercicio de su autonomía y autodeterminación, ha delimitado por sí misma la extensión del territorio, y calcula que sería de 85 508 hectáreas. Agrega que si bien es necesario contar con estudios oficiales y especializados para la delimitación y demarcación del territorio perteneciente a la comunidad, es innegable que el procedimiento de aplicación territorial en curso no satisface la pretensión de la Comunidad Nativa al no reconocer la totalidad del territorio ancestral.

Delimitación de lo pretendido

4. Se advierte, de lo expuesto en el escrito de demanda, que son tres las cuestiones que debe resolverse: i) la ampliación de la titulación solicitada por la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya; ii) que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa, con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad, así como de todas las anotaciones efectuadas; y, iii) que cesen todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de los bosques.

a) Sobre la solicitud de ampliación de titulación planteada por la Comunidad Nativa de Santa Clara

Argumentos de la parte demandante

5. La parte recurrente alega que, con fecha 25 de septiembre de 2015, diferentes autoridades de la comunidad solicitaron al Gobierno Regional de Ucayali la ampliación del territorio titulado, pues no se estaría reconociendo la totalidad de su propiedad ancestral. Agrega que esta comunicación no fue atendida. Refieren que dicho gobierno, a través de la Resolución Directoral Regional 591-2015-GRU-DRA, ordenó que se inicie el procedimiento de reconocimiento y titulación de la ampliación territorial de la Comunidad Nativa Santa Clara de

Uchunya. Agrega que se resolvió iniciar dicho procedimiento para la titulación de 757 hectáreas, y que 496 fueron otorgadas a pobladores del centro poblado, a los cuales se les entregó sus constancias de posesión.

Argumentos de las entidades demandadas

6. Sobre este punto, Pucallpa S.A.C alega que la parte demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa, ya que existe un procedimiento iniciado en el que justamente se pretende reconocer la titulación de tierras a favor de la Comunidad Nativa. Posteriormente, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2019, la entidad solicita que se declare la sustracción de la materia, ya que, con la expedición de la Resolución N° 440-2018-GRU-DRA por parte de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, la Comunidad Nativa ha obtenido la demarcación territorial respectiva.
7. Por su parte, Ocho Sur, entidad que, en la actualidad, es la actual propietaria de los terrenos que se discuten en el presente proceso, refiere que es falso que la entidad demandante ostente derechos ancestrales sobre el área demandada, ya que, mediante Oficio 1092-2018-GRU-GR, de fecha 11 de diciembre de 2018, el Gobierno Regional de Ucayali señaló como falsa la supuesta ocupación ancestral del pueblo shipibo sobre el área demandada, pues la etnia shipiba siempre ha ocupado la margen derecha del Río Ucayali. A ello agrega que, en este caso, se habría producido la sustracción de la materia con ocasión de la expedición de la Resolución 440-2018-GRU-DRA.

Consideraciones respecto de la ampliación de la titulación demandada

8. En la demanda los actores han afirmado que el territorio en disputa les pertenece, pues ocupan ancestralmente dichos territorios, por lo que, en esencia, tiene el derecho de propiedad sobre este y, el Estado, no puede disponer de ellos sin antes haber delimitado motivadamente su territorio. Para acreditarlo han presentado:
 - Mapa (Anexo 5 de la demanda), “Plan del Curso del Río Huallaga y Ucayali y de la Pampa del Sacramento levantado por el P. Fray Manuel Sobreviela del año 1799, el mismo que ha sido corregido y añadido en 1830 por Amadeo Chaumette des Fosses. Este mapa, que data de fines del siglo XVIII, ya reconoce

la presencia de los shipibos en la región geográfica materia de la presente demanda. Ahí se gráfica respecto de la presencia de los shipibos en el curso del río Aguaytía.

- Bibliografía respecto de la presencia de este grupo étnico “Fermando Santos y Frederica Barclay editores, Guía Etnográfica de la Alta Amazonia, Volumen 111, Smithsonian Tropical Research Institute y Ediciones Abya Yala, 1998, pág.279.”
 - Así también obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional el “Estudio de territorialidad de la Comunidad Nativa Santa Clara de Uchunya” que concluye afirmando respecto de la presencia del Pueblo Shipibo en la cuenca media y baja del río Aguaytía (siglo XVII), para finalmente expandirse a las riveras del río Ucayali (siglo XX). La comunidad demandante se encuentra en la cuenca baja del río Aguaytía a 22 km del río Ucayali, entre otros.
9. El Convenio 169 de la OIT, que como se sabe forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada (fundamento 31, de la sentencia 03343-2007-PA/TC,) y que, además, ostenta rango constitucional (fundamento 33 de la sentencia 0025-2005-PI/TC), en su artículo 14 establece que:

“1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”

10. Asimismo, en el fundamento 50 de la sentencia recaída en el expediente 00022-2009- PI/TC, este Tribunal precisó la postura respecto a la relación entre posesión y propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. Así, conforme a lo establecido por la Corte IDH en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay*, concluye en su párrafo 128:

“1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.”

11. Es decir, la posesión de los territorios que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas les otorga la calidad de título de pleno dominio y, a su vez, este hecho obliga al Estado de reconocer este estado de cosas (propiedad y su registro) a fin de garantizar no solo el derecho de dominio respecto de sus territorios y su oposición frente a terceros sino también otros derechos relativos a la subsistencia, la identidad, al disfrute del medio ambiente sano y equilibrado, etcétera.
12. Respecto de esta obligación del Estado este Tribunal ha establecido que este procedimiento de delimitación del territorio de los pueblos indígenas tiene por objeto la protección jurídica y la promoción de la seguridad jurídica:

“el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica (...) (fundamento 44 de la STC 00022-2009-PI)

13. En este sentido, la Corte Interamericana ha precisado que, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (disposición que reconoce el derecho a la propiedad), se puedan desprender las siguientes obligaciones internacionales en relación con los territorios de una comunidad: i) la delimitación, demarcación y titulación del territorio de la comunidad; y, ii) que los Estados se abstengan de realizar, en tanto no se produzcan estas delimitaciones, actos que puedan generar que sus agentes, o terceros que actúen bajo su tolerancia, terminen por afectar la existencia, el valor y el uso de los bienes ubicados en las zonas en las que habitan las comunidades [Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 153]. (resaltado nuestro)
14. Así también, es importante destacar que la adecuada garantía del derecho a la propiedad de las comunidades nativas no se agota en un simple reconocimiento de carácter formal, ya que requiere encontrarse acompañado de medidas adicionales que permitan resguardar la efectividad del pronunciamiento final del Estado sobre sus territorios. Sobre ello, se ha señalado que esta suerte de saneamiento

no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho [Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C N° 346, párr. 124].
15. Ahora bien, en el caso concreto, conforme ha denunciado la parte demandante, el 25 de septiembre de 2015 solicitaron al Gobierno Regional de Ucayali la ampliación del territorio titulado, pues su territorio tradicionalmente ocupado es mucho mayor al reconocido formalmente. Agregan que mediante Resolución Directoral Regional 591- 2015-GRU-DRA se ordenó que se inicie el procedimiento

de reconocimiento y titulación de la ampliación territorial de la Comunidad Nativa Santa Clara de Uchunya. No obstante, se resolvió iniciar dicho procedimiento para la titulación de 757 hectáreas, y que 496 fueron otorgadas a pobladores del centro poblado, a los cuales se les entregó sus constancias de posesión.

16. A este respecto, la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali emitió la Resolución 440-2018-GRU-DRA mediante la cual la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya ha obtenido, en la vía administrativa, la ampliación de la demarcación territorial. No obstante, si bien se logró aumentar otras 1544 hectáreas a favor de la Comunidad, lo cual supondría que, en la actualidad, contaría con un territorio compuesto por 1762 hectáreas, la parte demandante afirma que sus territorios ancestrales son muchos más, esto es, serían más de 85 508 mil hectáreas.
17. Como puede verse, el procedimiento formal de titulación del territorio no ha concluido, es decir, la obligación del Estado a delimitar el territorio de la Comunidad demandada está siendo incumplida. Pues, siendo obligación del gobierno regional demandado materializar motivadamente esta delimitación, solo se ha cumplido en parte esta obligación. Y es que no se está estableciendo que el Estado reconozca la totalidad de un determinado territorio demandado sino que el procedimiento, estimatorio o no, continúe respecto de todo lo pretendido (territorio que ocuparían ancestralmente) y que este concluya con una resolución que, motivadamente, se pronuncie respecto de la titularidad o no de la totalidad o parte de la propiedad reclamada.
18. En ese sentido, corresponde que este Tribunal disponga que la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali continúe efectuando todas las diligencias que sean necesarias para la adecuada demarcación del territorio de la Comunidad demandante.
19. Con el propósito que este punto sea adecuadamente cumplido por las autoridades competentes, estimo necesario declarar que lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, con el propósito de examinar los avances efectuados para la delimitación del territorio de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya.

b) Sobre la solicitud relativa a la declaración de invalidez de los 222 contratos de compraventa

Argumentos de la parte demandante

20. La parte demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los 222 contratos de compraventa, con la consecuente nulidad de las constancias de posesión y conversiones a propiedad, así como de todas las anotaciones efectuadas. Se alega que la celebración de estos contratos con Pucallpa S.A.C fue irregular, ya que se trataba de decisiones que afectaron el territorio ancestral de la Comunidad Nativa. Señala que la Comunidad ha sido despojada de su territorio ancestral a través de las denominadas “constancias de posesión” en favor de los colonos, y que estas han sido expedidas por el Gobierno Regional de Ucayali apelando a normas que prohibían expresamente utilizar esta clase de normas en el caso de comunidades nativas.

Argumentos de las entidades demandadas

21. El Director General de Agricultura de Ucayali señala que jamás ha existido vinculación alguna entre la entidad y la empresa demandada Plantaciones de Pucallpa S.A.C. Sostiene que en el Informe 0181-GRU-DRA/OACP/CP-UT, de 19 de octubre de 2018, se concluye que en el área de ampliación de la Comunidad se han emitido 20 constancias de posesión, las cuales han sido expedidas en el año 2014, y 4 constancias de posesión expedidas en el año 2015. Señala que todas ellas no tienen vigencia y que, a la fecha, no han sido actualizadas. Agrega que existe una constancia del año 2016, y que esta fue anulada por la Resolución Directoral N° 035-2018-GRU-DRA, de fecha 25 de junio de 2018. Señala que deslinda de toda responsabilidad por actos ocurridos antes del año 2015, ya que son ajenos a su actual gestión.
22. Por su parte, Plantaciones Pucallpa S.A.C alegó que, en este caso, ha operado la prescripción extintiva. Sobre ello, refiere que la demanda se ha interpuesto luego de 10 años, y esto se comprueba debido a que existen constancias de posesión y titulación que se remontan al año 1997. Esta entidad también ha formulado denuncia civil, ya que ninguna de las 222 personas involucradas en los contratos ha sido emplazadas con la demanda.
23. Ocho Sur señala que, en la actualidad, existen otros poseedores de derechos dentro del supuesto territorial ancestral de la entidad

demandante que se verían perjudicados por un eventual pronunciamiento final del Tribunal Constitucional. Este sería el caso, por ejemplo, de la empresa Eco Forestal Ucayali S.A.C, que sería titular de una concesión forestal de 48,540.89 hectáreas ubicadas dentro del área en disputa. Precisa que estos titulares de derechos no han sido emplazados en el presente proceso y se les estaría privando de ejercer su derecho de defensa. Menciona que es falso el supuesto otorgamiento, por parte de la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali, de constancias de posesión que posteriormente fueron convertidas en derechos de propiedad en favor de 222 colonos dentro del territorio de la Comunidad demandante.

Consideraciones respecto de la nulidad de las constancias de posesión y otros

24. Se alega en este proceso constitucional que existen 222 constancias de posesión que han sido expedidas fuera de las formalidades previstas en la normatividad vigente, lo cual habría afectado severamente a la Comunidad Nativa demandante. Ciertamente, tal y como se ha precisado *supra*, la falta de delimitación definitiva del territorio ancestral de la Comunidad puede generar escenarios de exposición y peligro para sus integrantes.
25. Como se señaló precedentemente la obligación del Estado, en este caso del gobierno regional demandado, de delimitar el territorio de la Comunidad, no se ha estado cumpliendo diligentemente. Es decir, no ha concluido con esta obligación.
26. Al respecto, de conformidad con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT el Estado tiene la obligación de delimitar el territorio de la Comunidad demandante, mientras no concluya con este procedimiento está impedido de disponer de alguna manera este territorio en disputa. En este sentido, es necesario recordar lo establecido por la Corte IDH, citado en el fundamento 13 *supra* del presente voto:

ii) que los Estados se abstengan de realizar, en tanto no se produzcan estas delimitaciones, actos que puedan generar que sus agentes, o terceros que actúen bajo su tolerancia, terminen por afectar la existencia, el valor y el uso de los bienes ubicados en las zonas en las que habitan las comunidades [Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 153]. (resaltado nuestro)

27. Es decir, en este caso, el Estado está impedido de realizar cualquier hecho de disposición o uso de este territorio tradicionalmente ocupado mientras no cumpla con su obligación de delimitar y titular formalmente el territorio de la Comunidad demandante. Se señala “formalmente”, pues como se dijo en el fundamento 10 *supra* la posesión de los territorios que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas les otorga la calidad de título de pleno dominio.
28. En consecuencia, en la medida que el procedimiento formal de delimitación y titulación de la propiedad de la Comunidad no ha concluido, el gobierno regional demandado no puede emitir constancias de posesión respecto de este territorio que la Comunidad alega ocupar tradicionalmente; razón por la cual debe dejarse sin efecto estas constancias de posesión, detalladas en la demanda y en el escrito de fecha 28 de setiembre de 2018 (folios 1 a 3 de este escrito y sus anexos que obran en el cuaderno del Tribunal Constitucional) y los títulos de propiedad correspondiente, así como de cualquier otro acto de disposición de los territorios que tradicionalmente ocupa la Comunidad demandante mientras no se concluya con el procedimiento de delimitación y posterior titulación por parte del gobierno regional y la Oficina de la Sunarp demandada.
29. Al respecto, debe recordarse que el derecho de restitución de sus territorios, como se ha precisado, perdura mientras la relación entre los pueblos originarios y las tierras tradicionales subsista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 131].
30. En conclusión, debe señalarse que mientras no se concluya con el procedimiento de delimitación de los territorios ancestrales de la Comunidad demandante el gobierno regional demandado está impedido de disponer estos territorios en disputa.

c) Sobre la solicitud relativa al cese de todas aquellas actividades que causen depredación y degradación de los bosques

Argumentos de la parte demandante

31. La parte demandante alega que los contratos celebrados tenían el propósito expreso de realizar monocultivos de palma aceitera, y que se ha consentido la plantación de estos cultivos en una zona en la que existe un alto porcentaje de bosques primarios o nativos (también denominados “bosques vírgenes”), es decir, territorios que nunca han sido explotados o alterados por el hombre. Agrega que el cultivo irresponsable de la palma aceitera está generando importantes daños medioambientales que han ocasionado la destrucción de recursos naturales y de ecosistemas que son indispensables para la supervivencia de especies animales y vegetales. Se precisa que todos estos daños habrían sido reconocidos por el propio Ministerio de Agricultura en la Resolución Directoral N° 270-2015-MINAGRI-DVDIAR-DGAA.

Argumentos de las entidades demandadas

32. Plantaciones Pucallpa S.A.C sostiene que sus actividades han iniciado desde el año 2012, y que, en la actualidad, cuenta con todas las autorizaciones, licencias y permisos para desarrollarlas, por lo que no se les puede atribuir alguna eventual afectación del derecho al medio ambiente. Respecto de los alegatos referidos a daños al medio ambiente, argumenta que esto se trata de un conflicto de tierras de los colonos asentados cerca de la plantación con los miembros de la comunidad Santa Clara, quienes se están disputando las tierras que se encuentran cerca de la empresa.
33. Ocho Sur señala que es falso que realice actos de depredación de bosques y superficies boscosas, relacionados con la plantación de monocultivos de palma aceitera. Asimismo, indica que la actividad agrícola de Ocho Sur se encuentra en proceso de adecuación ambiental, y ello siguiendo la legislación vigente. Resalta que el presente proceso de amparo es promovido por intereses contrarios a los de la Comunidad Santa Clara de Uchunya, ya que ella no estaría en contra del proyecto agrícola de Ocho Sur.

Consideraciones respecto a la depredación y degradación de bosques

34. Es pacífica en la jurisprudencia de este Tribunal la idea que existe una fuerte conexión entre el estilo de vida de las comunidades nativas y

sus territorios ancestrales. Esto obedece a que, en general, estos últimos resultan indispensables para la supervivencia física y cultural de aquellas. De similar forma, la protección de este vínculo obedece a que la adecuada protección del medio ambiente es, también, una forma para asegurar la preservación de las propias comunidades, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión del mundo. Sobre esto, se ha señalado que “[e]sta protección tiene como fin el garantizar que los pueblos indígenas y tribales puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetados, garantizados y protegidos por los Estados” [Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 309. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 164].

35. Evidentemente, de este derecho se desprende el deber de prevenir y evitar que se materialicen distintos daños al medio ambiente. En su escrito de demanda, la parte recurrente sostiene que, para comprobar la conducta que le atribuye a la empresa demandada, un antecedente importante es el relativo a la situación de la Empresa Plantaciones Ucayali S.A.C, ya que ambas pertenecen a un grupo comercial conocido como el Grupo Melka. Sobre ello, adjunta información sobre el Informe N° 1207-2014-MINAGRI-DVDIAR-DGAAA-DGAA/REA-95350-13, de fecha 5 de diciembre de 2014, en el que se detalla que

[l]a Empresa Plantaciones de Ucayali SAC se encuentra realizando actividades agrícolas para la producción de palma aceitera, en el predio denominado Fundo Zanja Seca, ubicado en el distrito de Nueva Requena, provincia de Coronel Portillo, colindante con el distrito de Curinamá, provincia de Padre Abad, departamento de Ucayali, sin contar con la Certificación Ambiental correspondiente, transgrediendo lo establecido en el artículo 3° de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, que señala que “no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicio ni comercio (...)y ninguna autoridad nacional, sectorial regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente”, concordante con lo señalado en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 019-2012-AG.

La Empresa de Plantaciones de Ucayali SAC viene generando impactos ambientales negativos, producto de las actividades de desbosque para la instalación del cultivo de palma aceitera en campo definitivo, como el impacto a la cobertura vegetal debido al desbroce y limpieza de los terrenos (eliminación de cobertura).

36. La parte demandante resalta que, producto de este accionar, las operaciones de la referida empresa fueron suspendidas. Se menciona, sobre esto, que mediante Resolución Directoral N° 463-2014-MINAGRI-DVDIAR-DGAA, se dispuso la suspensión de las actividades de Plantaciones Ucayali S.A.C. También enfatiza que un problema similar se presentó con la empresa Cacao del Norte, cuyas operaciones también fueron sancionadas a través de la Resolución Directoral N° 462-104- MINAGRI-DVDIAR-DGAA. Menciona que esto denota un patrón de las empresas del denominado grupo Melka.
37. Ahora bien, debo señalar que la información brindada en el proceso no se refiere exclusivamente a la empresa Plantaciones Pucallpa S.A.C. Si bien la parte demandante brinda información sobre la deforestación y los problemas ambientales de la zona, no se advierte la existencia de datos específicos en los que se pueda vincular a la entidad demandada con los daños ambientales que se le atribuyen. Por lo demás, se trata de una labor difícil de materializar en una vía como el proceso constitucional de amparo, el cual, como se ha indicado, carece de estación probatoria.
38. Por otro lado, es también importante destacar que, a la fecha, la empresa emplazada ya no es la titular de los terrenos cuya titularidad se disputa en este proceso constitucional. En efecto, mediante escrito de fecha 14 de septiembre de 2021, Ocho Sur P S.A.C informó al Tribunal Constitucional que es la actual propietaria de los terrenos. Esta empresa señala que, a la fecha, cuenta con todas las licencias y autorizaciones para el desarrollo de sus operaciones, información que no ha sido controvertida.
39. No obstante lo afirmado, no puedo dejar de advertir que a la fecha existen indicios que permitirían acreditar daños ambientales de consideración en la zona en la que se encuentran los territorios en litigio. Ahora bien, en la medida en que se requiere que, a través de un procedimiento en el que se puedan desarrollar inspecciones, peritajes y demás diligencias, el Tribunal estima pertinente poner en conocimiento del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) los

actuados de este proceso, a fin que, en virtud de las competencias que le han sido asignadas, determine las responsabilidades pertinentes por la posible existencia de daños ambientales producidos en los territorios que son objeto de disputa en este proceso constitucional.

Por estas consideraciones, estimo que la presente demanda debe declararse **FUNDADA** y **DISPONER** a la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali a que continúe con el proceso de demarcación territorial de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya. El control de lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia para hacer seguimiento de los avances realizados para la demarcación del territorio de la comunidad.

Dejar sin efecto cualquier documento, incluidas las 222 constancias de posesión mencionadas en este proceso, así como los títulos de propiedad y otros actos, que afecten el derecho de propiedad que tradicionalmente ocupan la Comunidad demandante.

Poner la presente sentencia en conocimiento del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental para que, en ejercicio de sus atribuciones, determine, de ser el caso, la existencia de responsabilidades por daños al medio ambiente en las zonas en disputa en este proceso constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



Pleno. Sentencia 101/2022
Exp. N° 02728-2021-PA/TC
LIMA
Lidia Lucía Aldana Padilla

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de marzo de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **FUNDADA** la demanda al acreditarse la vulneración del derecho de participación política. En consecuencia, **NULA** la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021 y **NULA** la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE en el punto resolutivo primero.

Por su parte, la magistrada Ledesma Narváez formuló un voto singular en el que declara improcedente la demanda de amparo.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de marzo de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; sin la participación del magistrado Blume Fortini por abstención aceptada en la sesión del Pleno de fecha 10 de marzo de 2022. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lidia Lucía Aldana Padilla contra la Resolución N.º 8, de fojas 337, de fecha 15 de julio de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

II. ANTECEDENTES

La recurrente interpone demanda de amparo contra los integrantes del Jurado Especial Electoral (JEE) de Lima y los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), con el objeto de que se declare la nulidad parcial de: a) la Resolución N.º 00100- 2020-JEE-LIC2/JNE (fojas 24), de fecha 30 de diciembre de 2020, respecto del punto resolutivo primero que declara improcedente la solicitud de inscripción de los candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima; b) la Resolución N.º 0088-2021-JNE (fojas 44), de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el personero legal del partido, y procede a confirmar la Resolución N.º 00100- 2020-JEE-LIC2/JNE; c) como pretensión accesorio, solicita que se ordene al JEE Lima Centro 2, proceda a calificar la solicitud de inscripción como candidata al Congreso de la República en el N.º 10 de la lista del partido; considerando que se afecta el derecho ciudadano de elegir al representante de su preferencia.

Refiere que el 22 de diciembre de 2020 el personero legal del Partido Popular Cristiano presentó en la plataforma virtual la solicitud de inscripción de la fórmula de candidatos para el Congreso de la República para el periodo 2021-2026. Sostiene que fue notificado con la Resolución N.º 00048-2020-JEE-LIC2/JNE (fojas 8), que declaró inadmisibile la solicitud de inscripción, otorgando dos días calendario para subsanar las observaciones advertidas, procediendo a absolver estas en el plazo señalado. Afirmar que, el 30 de diciembre de 2020 el JEE Lima Centro 2 notificó con la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE, mediante la que declara improcedente la solicitud de inscripción por extemporáneo, al haber presentado el escrito fuera del horario establecido, aplicando una normativa que no cumple con el requisito de publicidad.

El Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 25 de febrero de 2021, declaró improcedente *in limine* la demanda, al considerar que la pretensión planteada está sometida a controversia compleja que debe ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria.

La Segunda Sala Constitucional Permanente de Lima, von fecha 15 de julio de 2021, declaró improcedente la demanda, al considerar que la pretensión se ha convertido en irreparable, al haber culminado el proceso de Elecciones Congresales Extraordinarias de 2021.

III. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Las pretensiones planteadas por la recurrente son las siguientes:
 - a) la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE, de fecha 30 de diciembre de 2020, respecto del punto resolutivo primero que declara improcedente la solicitud de inscripción de los candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima;
 - b) la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el personero legal del partido, y procede a confirmar la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE; y
 - c) como pretensión accesoria, solicita que se ordene al JEE Lima Centro 2, proceda a calificar la solicitud de inscripción como candidata al Congreso de la República en el N.º 10 de la lista del partido; considerando que se afecta el derecho ciudadano de elegir al representante de su preferencia.

Alega la vulneración del derecho a la participación política, en tanto los ciudadanos tienen el derecho a elegir al representante de su preferencia, conforme al artículo 31 de la Constitución.

Aunado a lo anterior, la recurrente en su recurso de agravio constitucional (fojas 342), reconoce que el daño perpetrado es irreparable, en tanto el proceso electoral ya ha terminado. Ello, sin embargo, no impide al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre el fondo de la controversia, como tendremos oportunidad de argumentar a continuación. Por ello, el pronunciamiento se circunscribirá a las pretensiones a) y b).

Cuestión procesal previa

2. Conforme se advierte de los antecedentes, la primera instancia declaró la improcedencia liminar de la demanda, decisión que en segunda instancia fue confirmada. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido que, cuando estaba vigente la posibilidad del rechazo liminar, el proceso 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 manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente prevista en el antiguo Código Procesal Constitucional de 2004 (vigente al momento de expedición de las mencionadas resoluciones), que haga viable el rechazo de una demanda condenada al fracaso y que a su vez restringe la atención oportuna de otras demandas constitucionales que merecen un pronunciamiento urgente sobre el fondo. Por el contrario, si existen elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, la aplicación de la figura del rechazo liminar resultará improcedente.
3. Advertido el indebido rechazo liminar, esto implicaría un vicio procesal con la consecuente nulidad de las resoluciones judiciales expedidas por el *a quo* y el *ad quem*, y ordenarles la admisión a trámite de la demanda de amparo. No obstante, es preciso recordar que este Tribunal ha sostenido que la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar. Tal construcción jurisprudencial, realizada incluso antes de la vigencia

del Código Procesal Constitucional, se ha sustentado en diferentes principios propios a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, en los de economía, informalidad y en la naturaleza objetiva de los procesos de tutela de derechos fundamentales (Cfr. Sentencia 04587-2004-PA, de fecha 29 de noviembre de 2005, fundamentos 15 a 19).

4. En lo que respecta al principio de economía procesal, este Tribunal ha establecido que, si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante el tiempo transcurrido. Con ello, no solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente; sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes. Y en lo concerniente al principio de informalidad, este Tribunal tiene dicho que si en el caso existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, este se expedirá respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal, de manera que una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el solo hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal incompatible con el logro de los fines de los procesos constitucionales, como ahora establece el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.
5. En el presente caso, este Tribunal estima que el rechazo liminar de la demanda de amparo no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados como así lo demuestran las instrumentales que obran en autos. En efecto, de autos se aprecia que la procuraduría pública a cargo de los asuntos judiciales del Jurado Nacional de Elecciones se apersonó al proceso (fojas 310), por lo que no se ha generado indefensión para la parte demandada.
6. Ahora bien, el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en su segundo párrafo, establece que:

“Si luego de presentada la demanda, cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor; o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo

que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 27 del presente código, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan”.

7. En el caso presente, se observa de autos que se cuestiona la desestimatoria de la solicitud de inscripción de los candidatos 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República para el año 2021-2026, rechazo contenido en las resoluciones administrativas cuestionadas. En esa línea, es bien sabido que el proceso de elecciones congresales ha concluido, por lo que se ha producido la sustracción de la materia.
8. En efecto, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, en ningún caso la interposición de un proceso de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso. Por ello, toda afectación de los derechos fundamentales en que haya incurrido el órgano electoral, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución. En aquellos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar de conformidad con el artículo del Código Procesal Constitucional de 2004 (fundamento jurídico 39 del expediente 05854-2005-PA).
9. De conformidad a lo expuesto, el Tribunal Constitucional tiene competencia para realizar el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones
10. El artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional habilita a que este Tribunal pueda emitir pronunciamiento de fondo debido a la magnitud de los derechos involucrados, cuyo agravio implicaría la vulneración de los derechos fundamentales señalados en la demanda. De allí que, este Tribunal considere necesario emitir un pronunciamiento de fondo que evite similares vulneraciones en el futuro.

El Derecho de participación en la vida política de la Nación y el derecho a ser elegido

11. Nuestro Estado Constitucional permite que sus ciudadanos puedan participar en los procesos electorales tanto de manera activa (elector)

como de forma pasiva (candidato), de conformidad con el artículo 2, inciso 17 de la Constitución. En esa perspectiva, la participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que, éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el Estado-aparato, sino que se extiende a su participación en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado (expediente 05741-2006-PA, fundamento jurídico 3).

12. El derecho de participación en la vida política de la Nación contempla como una de sus manifestaciones el derecho a postular, ser elegido y ejercer un cargo de representación popular, por lo que se vincula directamente con el artículo 31 de la Constitución. Asimismo, este derecho a ser elegido admite límites constitucionalmente válidos, toda vez que la propia Constitución en su artículo 33 señala los supuestos de suspensión del ejercicio de la ciudadanía. De igual manera se pueden encontrar otras restricciones como las contenidas en los artículos 90, 110, 191 y 194 de la Constitución.
13. Conforme a lo anteriormente anotado, es justo revisar si denegar la inscripción de candidatos para postular al Congreso configura una restricción al derecho de participación política y si la misma es razonable. En atención a que cada caso tiene sus particularidades, es necesario revisar el fondo de la controversia.

Análisis de fondo de la controversia

14. Como se advierte de la pretensión, la discusión se centra en la inscripción de los candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima. En efecto, por Resolución 00048-2020-JEE- LIC2/JNE se declaró inadmisibles dicha inscripción otorgando un plazo de dos días calendarios para subsanar las omisiones advertidas.
15. Mediante Resolución 00100-2020-JEE-LIC2/JNE, de fecha 30 de diciembre de 2020, se declaró improcedente la mencionada solicitud de inscripción debido a que el escrito de subsanación fue ingresado fuera de plazo. Al respecto específicamente se señala lo siguiente:

*“(...) 12. Con fecha 26 de diciembre de 2020 a horas 21:47, el personero legal titular de la organización política **PARTIDO POPULAR CRISTIANO -PPC**, ingresó un escrito de*

*subsanación a través de Mesa de Partes virtual de este Jurado (Plataforma SIJE Electrónico); sin embargo, dicha presentación estaría fuera de plazo, conforme a la **RESOLUCIÓN LIBRE N° 001-2020-JEE- LC2/JNE** de fecha 16 de noviembre de 2020, que estableció como horario de atención al público en general del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 2: de **Lunes a Viernes de 08:00 a.m. a 01:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 04:00 p.m. y Sábados, domingos y feriados de 08:00 am a 02:00 pm** (...)”.*

16. Ahora bien, para la publicidad de la normativa electoral existen reglas especiales. Así, la Resolución N.º 363-2020-JNE (fojas 125), que aprueba el “Reglamento de Gestión de los Jurados Electorales Especiales para las Elecciones Generales 2021 en el Contexto de la Emergencia Sanitaria”, en su numeral 8.6 establece lo siguiente:

“El JEE establece, mediante resolución, el horario de atención al público. Dicho horario no podrá iniciarse antes de las 08.00 horas ni podrá culminar después de las 18.00 horas. En todo caso, la atención al público no podrá ser menor de seis (6) horas ni mayor de ocho (8) horas diarias y deberá comprender los siete (7) días de la semana.

La resolución que establece el horario de atención será publicada en el panel del JEE y en el portal electrónico institucional del JNE.

La recepción de documentos mediante las plataformas virtuales (SIJE, sistema de trámite documentario) para considerarse presentadas en la fecha de envío, deben efectuarse hasta la hora límite de atención de la mesa de partes, determinada por el JEE en la resolución indicada en el párrafo precedente. De presentarse en horario posterior al límite, se tiene por recibido al día siguiente.”

17. De la disposición normativa citada, se advierte claramente que la resolución que establece el horario de atención debe ser publicada tanto en el panel del JEE como en el portal electrónico institucional del JNE. En consecuencia, prescindir de alguna de las publicaciones, que son obligatorias, acarrea la nulidad de la disposición normativa que la contenga.
18. Sin embargo, la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve la apelación interpuesta por la recurrente,

asume otro criterio. Así, señala que: “(...) De ahí que resulta inoficioso pronunciarnos sobre si la resolución emitida por el JEE, que dispone el horario de atención por mesa de partes, ha sido publicada o no en el panel del JEE; toda vez que este Tribunal Electoral considera como el horario único para la presentación virtual de escritos hasta las 20:00 horas”. El Jurado Nacional de Elecciones fundamenta su resolución en el artículo 54, numeral 54.2 del Reglamento de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos para las Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2021, el cual establece que las notificaciones de las resoluciones expedidas por el Jurado Electoral Especial se realizan en el horario de 08:00 a 20:00 horas, por lo que las notificaciones realizadas fuera de dicho horario se consideran efectuadas al día siguiente.

19. Como puede observarse, dicha fundamentación no tiene conexión alguna con la obligatoriedad de la publicación de las normas electorales. En efecto, el numeral citado está referido a las notificaciones que hace el Jurado Electoral Especial, en determinado horario establecido por la propia autoridad electoral. De allí que, como claramente se puede apreciar, nada tiene que ver con la publicación de la normativa electoral.
20. En ese sentido, sí resulta necesario un pronunciamiento respecto a si la Resolución Libre N° 001-2020-JEE-LC2/JNE cumple con la publicidad en los términos de la Resolución N° 363-2020-JNE. Una cuestión adicional debe quedar completamente clara, este Tribunal no está discutiendo sobre el rango del horario que puede establecer la autoridad electoral, sino únicamente si se ha cumplido con la publicidad de la normativa electoral, que dicho sea de paso, fue expedida por el mismo órgano electoral.
21. Como hemos señalado en los fundamentos precedentes, la Resolución N.º 363- 2020-JNE señala que la resolución referida a los horarios de atención, como lo es la Resolución Libre N.º 001-2020-JEE-LC2/JNE, deben ser publicadas tanto en el portal web del Jurado Nacional de Elecciones como en el panel del Jurado Especial Electoral. Sobre lo primero, no hay discusión, pero en relación a lo segundo, la recurrente sostiene que dicha normativa no se encontraba publicada. Esta afirmación es corroborada por una constatación policial efectuada el día 31 de diciembre de 2020, donde se afirma que no se encuentra el panel publicitario del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 2, tal como obra a fojas 42. En suma, la propia autoridad electoral

está incumpliendo su normativa. Por todo ello, la demanda debe ser estimada.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda al acreditarse la vulneración del derecho de participación política. En consecuencia, **NULA** la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021 y **NULA** la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE en el punto resolutivo primero.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. La parte demandante presenta demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE). Las pretensiones planteadas por la recurrente son las siguientes:
 - a) la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE, de fecha 30 de diciembre de 2020, respecto del punto resolutivo primero que declara improcedente la solicitud de inscripción de los candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima;
 - b) la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el personero legal del partido, y procede a confirmar la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE; y
 - c) como pretensión accesoria, solicita que se ordene al JEE Lima Centro 2, proceda a calificar la solicitud de inscripción como candidata al Congreso de la República en el N.º 10 de la lista del partido; considerando que se afecta el derecho ciudadano de elegir al representante de su preferencia.

Alega la vulneración del derecho a la participación política, en tanto los ciudadanos tienen el derecho a elegir al representante de su preferencia, conforme al artículo 31 de la Constitución.

La recurrente en su recurso de agravio constitucional, reconoce que el daño perpetrado es irreparable, en tanto el proceso electoral ya ha terminado. Ello, sin embargo, no impide al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre el fondo de la controversia, como tendremos oportunidad de argumentar a continuación. Por ello, el pronunciamiento se circunscribirá a las pretensiones a) y b).

Análisis de la controversia

2. El artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en su segundo párrafo, establece que:

“Si luego de presentada la demanda, cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 27 del presente código, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan”.

3. En el caso presente, se observa de autos que se cuestiona la desestimatoria de la solicitud de inscripción de los candidatos 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República para el año 2021-2026, rechazo contenido en las resoluciones administrativas cuestionadas. En esa línea, es bien sabido que el proceso de elecciones congresales ha concluido, por lo que se ha producido la sustracción de la materia.
4. En efecto, como lo ha señalado este Tribunal en diversos pronunciamientos, en ningún caso la interposición de un proceso de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso. Por ello, toda afectación de los derechos fundamentales en que haya incurrido el órgano electoral, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución. En estos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar de conformidad con el artículo del Código Procesal Constitucional de 2004 (fundamento jurídico 39 del expediente 05854- 2005-PA).
5. No obstante, este artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional habilita para que este Tribunal pueda emitir pronunciamiento de fondo debido a la magnitud de los derechos involucrados y así evitar futuras agresiones.
6. De conformidad a lo expuesto, el Tribunal Constitucional tiene competencia para realizar el control constitucional de las resoluciones del JNE.

El Derecho de participación en la vida política de la Nación y el derecho a ser elegido

7. Nuestro Estado Constitucional permite que sus ciudadanos puedan participar en los procesos electorales tanto de manera activa (elector) como de forma pasiva (candidato), de conformidad con el artículo 2, inciso 17 de la Constitución. En esa perspectiva, la participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que, éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el Estado-aparato, sino que se extiende a su participación en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado (expediente 05741-2006-PA, fundamento jurídico 3).
8. El derecho de participación en la vida política de la Nación contempla como una de sus manifestaciones el derecho a postular, ser elegido y ejercer un cargo de representación popular, por lo que se vincula directamente con el artículo 31 de la Constitución. Asimismo, este derecho a ser elegido admite límites constitucionalmente válidos, toda vez que la propia Constitución en su artículo 33 señala los supuestos de suspensión del ejercicio de la ciudadanía. De igual manera se pueden encontrar otras restricciones como las contenidas en los artículos 90, 110, 191 y 194 de la Constitución.
9. Conforme a lo anteriormente anotado, es justo revisar si denegar la inscripción de candidatos para postular al Congreso configura una restricción al derecho de participación política y si la misma es razonable.
10. La discusión se centra en la inscripción de candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima. En efecto, por Resolución 00048-2020-JEE-LIC2/JNE se declaró inadmisibile dicha inscripción otorgando un plazo de dos días calendarios para subsanar las omisiones advertidas.
11. Mediante Resolución 00100-2020-JEE-LIC2/JNE, de fecha 30 de diciembre de 2020, se declaró improcedente la mencionada solicitud de inscripción debido a que el escrito de subsanación fue ingresado fuera de plazo. Al respecto específicamente se señala:

*“(...) 12. Con fecha 26 de diciembre de 2020 a horas 21:47, el personero legal titular de la organización política **PARTIDO***

POPULAR CRISTIANO -PPC, ingresó un escrito de subnación a través de Mesa de Partes virtual de este Jurado (Plataforma SIJE Electrónico); sin embargo, dicha presentación estaría fuera de plazo, conforme a la **RESOLUCIÓN LIBRE N° 001-2020-JEE-LC2/JNE** de fecha 16 de noviembre de 2020, que estableció como horario de atención al público en general del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 2: de Lunes a Viernes de 08:00 a.m. a 01:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 04:00 p.m. y Sábados, domingos y feriados de 08:00 am a 02:00 pm (...)”.

12. Ahora bien, para la publicidad de la normativa electoral existen reglas especiales. Así, la Resolución 363-2020-JNE, que aprueba el “Reglamento de Gestión de los Jurados Electorales Especiales para las Elecciones Generales 2021 en el Contexto de la Emergencia Sanitaria”, en su numeral 8.6 establece lo siguiente:

“El JEE establece, mediante resolución, el horario de atención al público. Dicho horario no podrá iniciarse antes de las 08.00 horas ni podrá culminar después de las 18.00 horas. En todo caso, la atención al público no podrá ser menor de seis (6) horas ni mayor de ocho (8) horas diarias y deberá comprender los siete (7) días de la semana.

La resolución que establece el horario de atención será publicada en el panel del JEE y en el portal electrónico institucional del JNE.

La recepción de documentos mediante las plataformas virtuales (SIJE, sistema de trámite documentario) para considerarse presentadas en la fecha de envío, deben efectuarse hasta la hora límite de atención de la mesa de partes, determinada por el JEE en la resolución indicada en el párrafo precedente. De presentarse en horario posterior al límite, se tiene por recibido al día siguiente.”

13. De la disposición normativa citada, se advierte claramente que la resolución que establece el horario de atención debe ser publicada tanto en el panel del JEE como en el portal electrónico institucional del JNE. En consecuencia, prescindir de alguna de las publicaciones, que son obligatorias, acarrea la nulidad de la disposición normativa que la contenga.

14. Sin embargo, la Resolución 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve la apelación interpuesta por la recurrente, asume otro criterio. Señala que: “(...) De ahí que resulta inoficioso pronunciarnos sobre si la resolución emitida por el JEE, que dispone el horario de atención por mesa de partes, ha sido publicada o no en el panel del JEE; toda vez que este Tribunal Electoral considera como el horario único para la presentación virtual de escritos hasta las 20:00 horas”. El JNE fundamenta su resolución en el artículo 54, numeral 54.2 del Reglamento de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos para las Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2021, el cual establece que las notificaciones de las resoluciones expedidas por el Jurado Electoral Especial se realizan en el horario de 08:00 a 20:00 horas, por lo que las notificaciones realizadas fuera de dicho horario se consideran efectuadas al día siguiente.
15. Como puede observarse, dicha fundamentación no tiene conexión alguna con la obligatoriedad de la publicación de las normas electorales. En efecto, el numeral citado está referido a las notificaciones que hace el Jurado Electoral Especial, en determinado horario establecido por la propia autoridad electoral. De allí que, como claramente se puede apreciar, nada tiene que ver con la publicación de la normativa electoral.
16. En ese sentido, sí resulta necesario un pronunciamiento respecto a si la Resolución Libre 001-2020-JEE-LC2/JNE cumple con la publicidad en los términos de la Resolución 363-2020-JNE. Una cuestión adicional debe quedar completamente clara, este Tribunal no está discutiendo sobre el rango del horario que puede establecer la autoridad electoral, sino únicamente si se ha cumplido con la publicidad de la normativa electoral, que dicho sea de paso, fue expedida por el mismo órgano electoral.
17. Como señalé en los fundamentos precedentes, la Resolución 363-2020-JNE regula que la resolución referida a los horarios de atención, como lo es la Resolución Libre 001-2020-JEE-LC2/JNE, deben ser publicadas tanto en el portal web del JNE como en el panel del Jurado Especial Electoral. Sobre lo primero, no hay discusión, pero en relación a lo segundo, la recurrente sostiene que dicha normativa no se encontraba publicada. Esta afirmación es corroborada por una constatación policial efectuada el día 31 de diciembre de

2020, donde se afirma que no se encuentra el panel publicitario del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 2, tal como obra a fojas 42. En suma, la propia autoridad electoral está incumpliendo su normativa.

Por estos fundamentos, considero que, de conformidad con el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, la demanda debe declararse **FUNDADA**. En consecuencia, **NULA** la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021 y **NULA** la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE en el punto resolutivo primero.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Una de las principales exigencias de la democracia es que la justicia constitucional no puede invadir las competencias de los Jurados Electorales Especiales o del Jurado Nacional de Elecciones.

Esto, en tiempos de turbulencia política, de hoy o de mañana, puede ser muy peligroso para la democracia.

En este caso concreto se conoce que el personero legal del Partido Popular Cristiano presentó tarde un escrito (**a las 9 de la noche, con 46 minutos y 15 segundos del 26 de diciembre de 2020**), cuando ninguna norma habilitaba un horario que lo permita.

Si los plazos en un proceso electoral son iguales para todos los partidos políticos, me pregunto ¿por qué ahora la mayoría del Tribunal Constitucional le declara fundada la demanda?, ¿por qué en el año 2022 declaran fundada una demanda si las elecciones generales 2021 ya pasaron? o ¿por qué ahora la mayoría del Tribunal, en un proceso de amparo que no tiene estación probatoria, ingresa al análisis sobre, si un Jurado Electoral Especial colocó un cartel o no, cuando en miles de amparos de otros partidos políticos declaró improcedentes pretensiones similares? La verdad, ¡no lo sé!.

Espero que la ciudadanía, la opinión pública, los medios de comunicación, los operadores jurídicos en el Perú y los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, entre otros, analicen y estudien esta sentencia, pues en el contexto político que actualmente vive el Perú, y los que impredeciblemente vendrán, va a ser muy importante examinar crítica y objetivamente la actuación de los órganos de la justicia constitucional y electoral.

Si seguimos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la demanda de autos debió declararse **IMPROCEDENTE**, sin lugar a duda. Con el debido respeto que guardo por el magistrado ponente, Manuel Miranda,

considero que la posición en mayoría del presente caso, que declaró fundada la demanda, tiene argumentos y puntos resolutivos errados y peligrosos para el sistema democrático.

Ni la justicia constitucional en general ni el Tribunal Constitucional en particular pueden invadir competencias de la justicia electoral. Si apreciamos el siguiente cuadro comparativo, se verificará que esta motivación es contraria a Derecho:

Motivación del TC en otros amparos:	Motivación del TC en este amparo (Exp. 02728-2021-PA/TC)
1. Cuando la demanda se interpone por una persona, la sentencia estimatoria solo se pronuncia sobre el derecho de esa persona, en concreto.	1. La demanda se interpuso por una persona (Lidia Lucía Aldana Padilla), pero la sentencia estimatoria no se pronuncia sólo sobre el derecho de esa persona, sino que además involucra a todos los 33 candidatos del Partido Popular Cristiano.
2. Cuando un caso contiene una grave vulneración de derechos, no se puede resolver sin la intervención de los funcionarios involucrados.	2. Si la mayoría del TC consideraba que en este caso se había producido una grave vulneración de derechos, era imprescindible la intervención del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 2 y del Jurado Nacional de Elecciones. Pero esto no se produjo, ni por asomo.
	Nota: sorprende que la mayoría del TC anule resoluciones sin convocar a quienes las dictaron, y peor aún en un caso que no contiene una grave vulneración de derechos.
3. En reiterada jurisprudencia, el TC desde el caso Lizana Puelles, ha sostenido que los artículos 142 y 181 de la Constitución “tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.	3. La mayoría del TC sostiene que la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021, “no tiene conexión alguna con la obligatoriedad de la publicación de las normas electorales. En efecto, el numeral citado está referido a las notificaciones que hace el Jurado Electoral Especial, en determinado horario establecido por la propia autoridad electoral. De allí que, como claramente se puede apreciar, nada tiene que ver con la publicación de la normativa electoral”. Nota 1: Esto claramente constituye una competencia que no le corresponde al TC. Asuntos como la determinación y verificación del plazo que existe en una entidad para la recepción de escritos es una materia que le corresponde resolver a la justicia electoral.

Motivación del TC en otros amparos:	Motivación del TC en este amparo (Exp. 02728-2021-PA/TC)
	Nota 2: La mayoría del TC le da valor a una constatación policial del 31 de diciembre de 2020 en el que figura que no se apreciaba ningún panel publicitario. Al respecto, cabe mencionar que más allá de que no le corresponde al TC la verificación de plazos electorales, es imposible que un proceso como el amparo que no tiene estación probatoria, se le de valor absoluto a ese medio probatorio. Me pregunto: ¿Y si luego aparece el Jurado Electoral Especial y adjunta medios probatorios de que el panel publicitario estuvo colocado los días 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de diciembre de 2020? Es deficiente la motivación de la mayoría del TC.
4. El TC, en un caso relativo a la inscripción de un partido político (Partido Político Progreso Nacional), se aplicó el mismo criterio del vencimiento del calendario electoral para declarar la improcedencia de la demanda por sustracción de la materia (Exp. 01297-2021-PA/TC). También el TC rechazó la inscripción de candidatos de la Organización Política Democracia Directa (Exp. 02162-2015-PA/TC).	4. La mayoría del TC, sin embargo, en el caso de la solicitud de inscripción de candidatos del Partido Popular Cristiano, entra al fondo del asunto y declara fundada la demanda, anulando una resolución del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 2 y otra resolución del Jurado Nacional de Elecciones. Nota 1: si en aplicación del segundo párrafo del art. 1 del Código Procesal Constitucional, el pronunciamiento del TC es a futuro, me pregunto: ¿cuál es la razón para anular esas resoluciones de la justicia electoral que se referían a un proceso electoral que ya concluyó en el 2021? La única respuesta que se me ocurre es que así se dejaría establecido, a través de este pronunciamiento, que por cierto no es precedente, de que si sería posible que la justicia constitucional controle actos que no son de su competencia. Felizmente este es un caso aislado y muestra una extralimitación de competencias. Nota 2: la mayoría del TC no se ha dado cuenta que anuló resoluciones de la justicia electoral que no sólo declararon la improcedencia de la inscripción de 33 candidatos del Partido Popular Cristiano, sino que también admitía la inscripción de la candidata Ericka Ruth Tardillo León de Escobar. Por eso me pregunto, ¿Por qué la mayoría del TC anuló la admisión de la inscripción de una candidata que había cumplido todos los requisitos de ley para su postulación? Es incomprensible lo que han hecho

Conforme a lo expuesto, seguidamente me referiré a los siguientes puntos:*i)* la demanda fue resuelta de forma prematura, ya que debió ser admitida a trámite en el Tribunal Constitucional; *ii)* La demanda solo pretende un reexamen de las legítimas razones expuestas por el Jurado para no aceptar los documentos remitidos por el Partido Popular Cristiano; *iii)* en los casos relativos a cuestiones electorales, la intervención del Tribunal debería ser excepcional.

I) LA DEMANDA FUE RESUELTA DE FORMA PREMATURA POR EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este caso, la recurrente interpuso demanda de amparo contra los integrantes del Jurado Especial Electoral (JEE) de Lima y los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), con el objeto de que se declare la nulidad parcial de: *a)* la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE (fojas 24), de fecha 30 de diciembre de 2020, respecto del punto resolutivo primero que declara improcedente la solicitud de inscripción de los candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima; *b)* la Resolución N.º 0088-2021-JNE (fojas 44), de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el personal legal del partido, y procede a confirmar la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE; *c)* como pretensión accesorio, solicita que se ordene al JEE Lima Centro 2, proceda a calificar la solicitud de inscripción como candidata al Congreso de la República en el N.º 10 de la lista del partido; considerando que se afecta el derecho ciudadano de elegir al representante de su preferencia.

Tal y como se menciona en la ponencia, el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 25 de febrero de 2021, declaró improcedente *in limine* la demanda, al considerar que la pretensión planteada está sometida a controversia compleja que debe ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria.

Por su parte, la Segunda Sala Constitucional Permanente de Lima, con fecha 15 de julio de 2021, confirmó la decisión de la primera instancia al considerar que la pretensión se ha convertido en irreparable, al haber culminado el proceso de Elecciones Congresales Extraordinarias de 2021.

Se advierte, en consecuencia, que las dos instancias precedentes declararon la improcedencia liminar de la demanda. De este modo, como

ya se ha hecho en otros casos¹, la posibilidad de un pronunciamiento de fondo requería una previa admisión a trámite de la demanda en la sede del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la ponencia suscrita por la mayoría de mis colegas consideró que, en la medida que la procuraduría pública a cargo de los asuntos judiciales del Jurado Nacional de Elecciones se apersonó al proceso (conforme obra a fojas 310), no se habría generado indefensión para la parte demandada.

Ahora bien, no niego que exista la posibilidad que, en esta clase de escenarios, exista la posibilidad que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, considero que, por las notorias repercusiones que se pueden generar por esta decisión, resultaba necesario que el Jurado Nacional de Elecciones y los demás entes emplazados fueran emplazados con la demanda y, ejerciendo su derecho de defensa, pueda aclarar las dudas que surgieron a propósito del cómputo del plazo para la recepción de escritos en la mesa de partes.

De hecho, advierto que la posibilidad de disponer la admisión a trámite de la demanda y correr traslado con la misma en la sede del Tribunal es una figura que ha sido empleada para aquellos casos en los que, por existir un considerable margen de duda en relación con los hechos expuestos, sea necesario recabar toda la información necesaria para mejor resolver.

En este caso, ciertamente la Procuraduría pública a cargo de los asuntos judiciales del Jurado Nacional de Elecciones estaba facultada de exponer argumentos de defensa de esta institución. Sin embargo, la admisión a trámite en sede del Tribunal también hubiera permitido recabar, por ejemplo, las opiniones de los integrantes de los órganos electorales que expedieron las resoluciones que se han cuestionado en el presente proceso de amparo. Esa información nos hubiera dado mayores luces para la toma de decisión, sin embargo, en esta instancia del Tribunal Constitucional, no se ha pedido mayor información al respecto.

Al no hacerlo, considero que la ponencia ha resuelto un asunto sensible sin la intervención u opinión de los funcionarios involucrados. Esto es aun más problemático si es que, como explicaré en el siguiente apartado, se están resolviendo aspectos vinculados con cuestiones que le competen

¹ Se pueden citar, entre otras tantas, las decisiones en los expedientes 02988-2009-PA/TC, 00721-2021-PA y 01126-2011-PHC/TC.

analizar al Jurado Nacional de Elecciones, como la determinación de su horario para la recepción de escritos.

II) LA DEMANDA SOLO PRETENDE UN REEXAMEN DE LAS LEGÍTIMAS RAZONES EXPUESTAS POR LOS ÓRGANOS ELECTORALES

En la decisión suscrita por la mayoría de mis colegas se ha declarado como fundada la demanda en virtud de los siguientes argumentos:

El Jurado Nacional de Elecciones fundamenta su resolución en el artículo 54, numeral 54.2 del Reglamento de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos para las Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2021, el cual establece que las notificaciones de las resoluciones expedidas por el Jurado Electoral Especial se realizan en el horario de 08:00 a 20:00 horas, por lo que las notificaciones realizadas fuera de dicho horario se consideran efectuadas al día siguiente.

Como puede observarse, dicha fundamentación no tiene conexión alguna con la obligatoriedad de la publicación de las normas electorales. En efecto, el numeral citado está referido a las notificaciones que hace el Jurado Electoral Especial, en determinado horario establecido por la propia autoridad electoral. De allí que, como claramente se puede apreciar, nada tiene que ver con la publicación de la normativa electoral².

No comparto lo decidido por mis colegas, ya que considero que lo que en realidad pretende la recurrente es plantear nuevamente una controversia adecuadamente resuelta por la justicia electoral.

Como se indica en la ponencia, la discusión se centra en la inscripción de los candidatos del 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República por el Distrito Electoral de Lima.

La Resolución 00048-2020-JEE-LIC2/JNE declaró inadmisibile dicha inscripción, y otorgó un plazo de dos días calendarios para subsanar las omisiones advertidas.

Fue así que, mediante Resolución 00100-2020-JEE-LIC2/JNE, de fecha 30 de diciembre de 2020, se declaró improcedente la mencionada

2 Fundamentos 18 y 19 de la ponencia.

solicitud de inscripción debido a que el escrito de subsanación fue ingresado fuera de plazo. Para sustentar esa conclusión, el órgano electoral sostuvo que

a través de la RESOLUCION LIBRE N° 001-2020-JEE-LC2/JNE, este colegiado estableció como HORARIO DE ATENCIÓN AL PÚBLICO del Jurado Electoral Especial Lima Centro : de Lunes a Viernes de 08:00 a.m. a 01:00p.m. y de 2:00 p.m. a 04:00 p.m. y Sábados, domingos y feriados de 08:00 am a 02:00 pm: cuyo acto se sustenta en el Reglamento de Gestión de los Jurados Electorales Especiales para las Elecciones Generales 2021 en el contexto de la emergencia sanitaria, aprobado por Resolución N°0363-2020-JNE, que además señala: “La recepción de documentos mediante las plataformas virtuales (SIJE, Sistema de tramite documentarlo) para considerarse presentadas en la fecha de envío, deben efectuarse hasta la hora límite de atención de la mesa de partes, determinada por el JEE en Resolución indicada. De presentarse en horario posterior al límite, se tiene por recibido al día siguiente.

Con posterioridad, a través de la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021, que resuelve la apelación interpuesta por la recurrente, se señala que

“[d]e ahí que resulta inoficioso pronunciarnos sobre si la resolución emitida por el JEE, que dispone el horario de atención por mesa de partes, ha sido publicada o no en el panel del JEE; toda vez que este Tribunal Electoral considera como el horario único para la presentación virtual de escritos hasta las 20:00 horas”.

El Jurado Nacional de Elecciones fundamenta su resolución en el artículo 54, numeral 54.2 del Reglamento de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos para las Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2021, el cual establece que las notificaciones de las resoluciones expedidas por el Jurado Electoral Especial se realizan en el horario de 08:00 a 20:00 horas, por lo que las notificaciones realizadas fuera de dicho horario se consideran efectuadas al día siguiente.

Al respecto, considero que la demanda de amparo solo busca replantear un caso que ha obtenido una adecuada respuesta en el marco de la justicia electoral. No debe olvidarse, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional desde el caso Lizama Puelles, que los artículos 142 y 181 de la Constitución

“tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal” [STC 05854-2005-PA, fundamento 20].

Por ello, considero que asuntos como la determinación del plazo que existe en una entidad para la recepción de escritos es una materia que le corresponde resolver al propio Jurado Nacional de Elecciones, ya que lo contrario supondría que la justicia constitucional pretende arrogarse competencias que no le corresponde, cuestión que afecta el principio de corrección funcional.

Del mismo modo, supondría emitir un pronunciamiento que puede generar un peligro antecedente que no respetaría la autonomía institucional y funcional del Jurado Nacional de Elecciones, órgano que es el competente para determinar los plazos que deben ser observados en el marco de procesos electorales.

III) LA PROCEDENCIA DE UN AMPARO EN CUESTIONES ELECTORALES DEBERÍA SER EN CASOS EXCEPCIONALES

Finalmente, considero que el uso de la justicia constitucional para discutir aspectos electorales debe ser de carácter excepcional. En este caso, la mayoría de mis colegas justifica la competencia del Tribunal Constitucional para emitir un pronunciamiento de fondo en los siguientes términos:

En el caso presente, se observa de autos que se cuestiona la desestimatoria de la solicitud de inscripción de los candidatos 1 al 33 del Partido Popular Cristiano al Congreso de la República para el año 2021-2026, rechazo contenido en las resoluciones administrativas cuestionadas. En esa línea, es bien sabido que el proceso de elecciones congresales ha concluido, por lo que se ha producido la sustracción de la materia.

En efecto, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, en ningún caso la interposición de un proceso de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso. Por ello, toda afectación de los derechos fundamentales en que haya incurrido el órgano

electoral, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución. En aquellos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar de conformidad con el artículo del Código Procesal Constitucional de 2004 (fundamento jurídico 39 del expediente 05854-2005-PA)³.

En líneas generales, la jurisprudencia del Tribunal se ha inclinado por intentar de evitar modificaciones a los calendarios electorales, ya que esta clase de situaciones pueden generar escenarios de politización de la justicia, o que se use a los tribunales para tratar de frenar procesos que se encuentran en curso. Por ejemplo, un asunto relativo a la inscripción de un partido político también se discutió ante nuestra sede, y mereció una respuesta distinta.

Así, en el **expediente N. ° 01297-2021-PA**, el **Partido Político Progreso Nacional** había interpuesto demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones con la finalidad de que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por el Jurado Nacional de Elecciones y que, en consecuencia, continúe el proceso de inscripción. Al decidir este caso, el Tribunal precisó que

conforme a lo expuesto, se verifica del propio contenido de la demanda que el partido político demandante presentó su inscripción con motivo de las elecciones generales del año 2016, que se observó su inscripción, y que le correspondía efectuar la subsanación de las observaciones. En este sentido, del cronograma establecido para el referido proceso electoral, contenido en la Resolución 338- 2015-JNE, se advierte que el proceso electoral ha culminado, de modo que se ha producido la sustracción de la materia, por lo que corresponde que la demanda sea rechazada. En tal sentido, es de aplicación el artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional [STC 01297-2021-PA, fundamentos 5 y 6].

Es decir, en un caso relativo a la inscripción de un partido político, se aplicó el mismo criterio del vencimiento del calendario electoral para declarar la improcedencia de la demanda por sustracción de la materia.

3 Fundamentos 7 y 8 de la ponencia.

En similares términos, en la **STC 02162-2015-PA**, el recurrente solicitaba que se declaren nulas las resoluciones que declararon improcedente la solicitud de inscripción de la lista de candidatos al Concejo Municipal Provincial del Cusco para participar en las Elecciones Regionales y Municipales 2014 de la organización política **Democracia Directa**. Al resolver el caso, el Tribunal sostuvo que

“el supuesto acto lesivo ha devenido en irreparable al haberse producido la sustracción de la materia controvertida, pues mediante Resolución N. 3800-2014- JNE, de fecha 29 de diciembre de 2014 el Jurado Nacional de Elecciones dio por concluido el proceso electoral al proclamar alcalde del Concejo Provincial de Cusco a don Carlos Manuel Moscoso Perea” [STC 02162-2015-PA, fundamento 4].

De similar forma, en la **STC 02533-2013-PA**, se indicó que

“se ha producido la sustracción de la materia por cuanto la agresión se ha tornado irreparable, toda vez que el período para el cual el recurrente solicita le expidan las respectivas credenciales encomendándole la continuidad en el cargo de alcalde del distrito de Huacachi, provincia de Huari, departamento de Áncash, ha cesado el 31 de diciembre de 2014, máxime si dicho distrito a la fecha ya cuenta con nuevas autoridades municipales” [STC 02533-2013-PA, fundamento 2].

Por lo demás, resulta llamativo que, pese a que se invoca el artículo 1 del denominado Nuevo Código Procesal Constitucional, la ponencia suscrita por la mayoría de mis colegas dispone que se declare

FUNDADA la demanda al acreditarse la vulneración del derecho de participación política. En consecuencia, **NULA** la Resolución N.º 0088-2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021 y **NULA** la Resolución N.º 00100-2020-JEE-LIC2/JNE en el punto resolutivo primero.

Por lo general, el propósito de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en virtud del artículo 1 tiene la exclusiva finalidad de evitar que conductas similares ocurran en el futuro, esto es, no puede enmendar alguna decisión porque ya esta se habría tornado en irreparable.

A manera de ejemplo, cito lo que se dijo en la **STC 03861-2013-PA**. Aquí, la demandante invocó su derecho a gozar de licencia por maternidad y a no ser objeto de discriminación laboral alegando que dicho beneficio no le fue otorgado pese a que cursó la solicitud de fecha 10 de octubre de 2012, mediante la cual hizo de conocimiento del demandado su estado de gestación, y la solicitud del 6 de noviembre de 2012, en la

que pidió licencia por maternidad a la jefa de la Oficina de Desarrollo Humano. Al resolver el caso, el Tribunal advirtió que, el nacimiento de la hija se produjo el 7 de noviembre de 2012, por lo que se había producido la sustracción por haberse tornado en irreparable la agresión.

Por ello es que, en la parte resolutive, exhortó al Gobierno Regional de Lambayeque a que, en el futuro, no incurra en conductas similares.

De similar manera, en la reciente **STC 02825-2017-HC**, el Tribunal examinó si es que una eventual exposición en una rueda de prensa con un chaleco de “detenido” resultaba incompatible con el derecho a la presunción de inocencia. Al momento de resolver, ya dicha sesión se había realizado, por lo que, al haberse vuelto irreparable el daño, el Tribunal solo dispuso que, a futuro, las autoridades involucradas en la persecución penal se abstengan de exhibir públicamente a los detenidos de esta forma.

De este modo, la invocación al segundo párrafo del artículo del Código Procesal Constitucional se realiza cuando lo que se pretende es que, a futuro, la entidad emplazada no incurra en conductas similares a las expuestas en la demanda.

Sin embargo, en este caso la ponencia declara la nulidad de la Resolución N.º 0088- 2021-JNE, de fecha 12 de enero de 2021 y de la Resolución N.º 00100-2020-JEE- LIC2/JNE en el punto resolutive primero, **sin que se expliquen cuáles serían las consecuencias de esta declaración o si es que las autoridades electorales deberían emitir un nuevo pronunciamiento pese a que, como resulta evidente, el calendario electoral ya culminó.**

Por ejemplo, en la **STC 02466-2019-PA** el recurrente cuestionaba las resoluciones que declararon fundadas las tachas interpuestas contra el candidato a alcalde Guido Iñigo Peralta, y lo retiraron del proceso de elecciones regionales y municipales de 2018.

En aquella oportunidad, la mayoría del Tribunal consideró que la demanda debía ser declarada como fundada. Sin embargo, en la parte resolutive no se declaró la nulidad de las resoluciones expedidas por las autoridades electorales, sino que solo se dispuso que

“el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda y que, si procediere de modo contrario, se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional” [STC 02466-2019-PA, punto resolutive 2].

Un criterio similar se adoptó en la **STC 03338-2019-PA**, en la que se cuestionaba la tacha de un afiliado al partido político **“El Frente Amplio por justicia, vida y libertad”**, el cual cuestionaba esta decisión debido a que se encontraba rehabilitado. La mayoría del Tribunal que amparó la demanda precisó que,

“el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda y que, si procediere de modo contrario, se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional” [STC 03338-2019-PA, punto resolutivo 2].

Nuevamente, no se declaró la nulidad de ninguna de las resoluciones impugnadas.

Ahora bien, se podría argumentar, por parte de la mayoría de mis colegas, que los hechos que se cuestionan en este caso pueden tener una notoria repercusión para futuros casos que puedan tramitarse ante el Jurado Nacional de Elecciones. Sin embargo, frente a ello debo advertir que:

- i)* existe un margen muy indeterminado en el que el Tribunal decide cuándo intervenir en asuntos electorales y en qué escenarios no, y que, de hecho, ha generado que solicitudes de inscripción de otras agrupaciones sí hayan sido rechazadas por el Tribunal Constitucional bajo el argumento de la sustracción de la materia; y que,
- ii)* no existen razones suficientes que justifiquen la expedición de un pronunciamiento de fondo en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, ya que, según he expuesto en este voto, las autoridades electorales han brindado razones de peso para no proceder a inscribir la lista del Partido Popular Cristiano, y que no corresponde a la justicia constitucional examinar bajo el riesgo -salvo casos notoriamente excepcionales⁴- de politizar el acto de la elección.

⁴ Puedo poner como ejemplo el escenario en que no se permita la inscripción de un partido político por su ideología política, asunto que, indudablemente, requeriría un pronunciamiento que fije estándares por parte del intérprete final de la Constitución. También podría ser el caso de la negación de una inscripción por razones vinculadas a actos de discriminación en razón del sexo, religión, u otras razones que involucren categorías sospechosas. Evidentemente, esto solo tiene un propósito enunciativo y no taxativo.

Esta clase de pronunciamientos pueden generar escenarios de inseguridad jurídica, ya que se exhorta a las autoridades a continuar pronunciándose sobre asuntos que ya concluyeron.

En todo caso, e independientemente de ello, he expuesto en este voto las razones por las cuales considero que no corresponde admitir la demanda.

Por todo lo expuesto, considero que la demanda debe ser declarada como **IMPROCEDENTE**.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



Pleno. Sentencia 103/2022
EXP. N.º 01588-2020-PA/TC LIMA
OWENS ILLINOIS PERU S.A.

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de marzo de 2022, se reunieron los magistrados a efectos de pronunciarse sobre la demanda interpuesta en el Expediente 01588-2020-PA/TC.

Los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini (ponente) votaron por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, al haberse vulnerado el principio constitucional tributario de reserva legal.
2. Declarar **INAPLICABLE** a la recurrente el Decreto Legislativo 148, así como el Decreto Supremo 008-82-VI y demás normas relacionadas, en lo que se refiere a la tarifa de uso de agua subterránea; en consecuencia:
 - a. **Sedapal** está impedida de realizar cualquier acto o medida destinada a efectivizar el cumplimiento de la obligación, correspondiente a cualquier periodo vencido, siempre y cuando sea consecuencia de la aplicación del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI.
 - b. **Sedapal** está impedida y debe abstenerse de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o agua subterránea a la recurrente, que sea consecuencia de una deuda generada por la aplicación del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008- 82-VI.
3. **CONDENAR** a la demandada al pago de costos procesales.

Por su parte, los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera votaron por:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Estando a la votación descrita, se consideró aplicar el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, en el que, entre otras cosas, se establece el voto decisorio del presidente del Tribunal Constitucional en las causas en que se produzca empate en la votación. Así entonces, la sentencia se encuentra conformada por los votos de los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini.

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 esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de marzo de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa Owens Illinois Perú S. A. contra la resolución de fojas 412, de fecha 4 de septiembre de 2019, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 12 de agosto de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo solicitando que se declare inaplicable el Decreto Legislativo 148 y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo 008-82-VI) durante los periodos de diciembre de 2010 a mayo 2015, y que, en virtud de ello, se le devuelva los montos indebidamente recaudados por concepto de tarifa de uso de agua subterránea que a la fecha no se encuentren prescritos, y que la demandada (Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima -Sedapal-) se abstenga de entorpecer o dilatar la devolución de los pagos indebidos y de controvertir su derecho a dicha devolución. Alega que se está vulnerando su derecho a la propiedad.

Sedapal no contestó la demanda.

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 6, de fecha 14 de agosto de 2017, declaró fundada en parte la demanda, e inaplicó a la demandante el Decreto Legislativo 148, por haberse vulnerado el principio de reserva de ley para la creación de un tributo.

La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 4 de setiembre de 2019, revocó la recurrida y declaró improcedente la demanda, por considerar que la empresa

recurrente tiene expedito su derecho de recurrir a la vía ordinaria a través del proceso contencioso administrativo.

III. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demandante solicita que se le inaplique el Decreto Legislativo 148 y su reglamento, el Decreto Supremo 008-82-VI, así como los demás dispositivos legales vinculados, debido a que con tales normas se vulnera su derecho fundamental a la propiedad, en cuanto se le exige el pago de una suma de dinero en virtud de una exacción estatal. La entidad demandante alega que se le pretende cobrar un tributo que no ha sido aprobado de conformidad con los principios constitucionales tributarios, específicamente en lo que al principio de reserva de ley y al principio de legalidad se refiere. Accesorariamente, solicita una serie de abstenciones por parte de Sedapal a fin de cautelar sus derechos.
2. De fojas 18 a 137, se aprecian las resoluciones de determinación del año 2010 a 2015 mediante la cual Sedapal solicita el pago por el uso de aguas subterráneas a la empresa Owens Illinois Perú S.A., en aplicación del Decreto Legislativo 148 y su reglamento, el Decreto Supremo 008-82-VI. En tal sentido, nos encontramos frente a actos de aplicación de la norma cuestionada.
3. Es importante indicar que el cuestionado Decreto Legislativo 148 ha sido derogado por el literal a) de la única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1185, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de agosto de 2015, esto es, con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda, por lo que corresponde analizar la incidencia directa del supuesto normativo denunciado sobre la esfera subjetiva de la recurrente durante su periodo de vigencia.

Análisis del caso concreto

Sobre la naturaleza y clasificación de la denominada “tarifa de agua subterránea”

4. Con respecto, a la naturaleza de la “tarifa de agua subterránea”, el Tribunal Constitucional, en las Sentencias 04899-2007-PA/TC y 01837-2009-PA/TC, ha establecido que es de índole tributaria “[...] y, en virtud de ello, de acuerdo a lo establecido por el artículo 74 de la Constitución dicho cobro está sometido a la observancia de los

principios constitucionales que regulan el régimen tributario, como son el de reserva de ley, de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y de respeto a los derechos fundamentales”.

5. En cuanto al tipo de tributo, en las referidas sentencias se señaló que se trata de una tasa-derecho, en tanto el hecho generador es la utilización de un bien público.
6. Por otro lado, en las acotadas sentencias, este Tribunal dejó dicho que la clasificación del pago de la tarifa como tributo (tasa-derecho), genera de manera ineludible el cumplimiento de una serie de cánones en su diseño normativo tendientes a la vigencia y observancia de principios orientadores establecidos en nuestro marco constitucional (dentro de los cuales se encuentra el principio de reserva de ley).

Sobre el principio de reserva de ley en materia tributaria

7. El principio de reserva de ley se encuentra establecido en el artículo 74 de la Constitución Política, según el cual, el ámbito de creación, modificación, derogación o exoneración de tributos queda reservado a las leyes o a los decretos legislativos.
8. Al respecto este Tribunal precisó sobre el principio de reserva que “tiene como fundamento la fórmula histórica ‘*no taxation without representation*’; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir” (Sentencia 00042-2004-AI/TC, fundamento 10). Con ello se pretende que las exacciones estatales a los ciudadanos gocen de legitimidad representativa, respetándose el principio democrático y los derechos fundamentales.
9. Por su parte, también es criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional que el principio de reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley o norma con rango de ley. Para ello se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regulen los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; y será menor cuando se trate de otros elementos. En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Poder Ejecutivo para regular la materia (Sentencia 00042-2004-PI/TC, fundamento 12).

10. Asimismo, en la Sentencia 02762-2002-PA/TC (fundamentos 20 y 21), este Colegiado subrayó que es razonable que la alícuota, en tanto determina el *quantum* a pagar por el contribuyente, deba encontrarse revestida por el principio de seguridad jurídica en conexión con el de legalidad, lo que conlleva a exigir un mínimo de concreción en la ley; sin embargo, ello no se respeta cuando se deja al reglamento la fijación de los rangos de tasas *ad infinitum*. Es decir, cabe la posibilidad de remisiones legales al reglamento, siempre y cuando los parámetros se encuentren establecidos en la propia ley; por ejemplo, mediante la fijación de los toques de la alícuota.
11. Así, toda delegación, para ser constitucionalmente válida, deberá encontrarse delimitada en la norma legal que tiene la atribución originaria, pues cuando la propia ley o norma con rango de ley no establece los elementos esenciales y los límites de la potestad tributaria derivada, se está frente a una delegación incompleta o en blanco de las atribuciones que el constituyente ha querido reservar en la ley.

Sobre la inobservancia del principio de reserva de ley en la regulación de la tasa- derecho de agua subterránea

12. En lo que se refiere al principio de reserva de ley tributaria, son básicamente dos los cuestionamientos que hace la demandante. En primer lugar, argumenta que el Decreto Legislativo 148 excedió la materia de regulación delegada por la Ley 23230. Alega que dicha ley no delegó la regulación de aspectos relativos al cobro de tributos o contraprestaciones relacionadas con el uso de las aguas subterráneas. En segundo lugar, cuestiona que en dicho decreto legislativo no se establecen los elementos esenciales del tributo, por lo que se estaría delegando la potestad tributaria al Ejecutivo, que por medio del Decreto Supremo 008-82-VI fue el órgano que los estableció.
13. Sobre los cuestionamientos expuestos se precisa que la creación de un tributo en cualquiera de sus especies es una delegación que requiere el máximo de formalidad. Por tanto, la norma autoritativa (Ley 23230) debió prever de manera expresa la facultad para que el Ejecutivo pueda crear nuevos tributos, puesto que se trata de la intervención en la propiedad de los ciudadanos y se requiere la máxima rigurosidad en su regulación. Así, también se debe precisar que la creación de un tributo como el que nos ocupa debió ser consecuencia de un estudio y previsión de la política fiscal del sector Economía y Finanzas, y no de una regulación mínima, escueta y limitada. Por tanto, este extremo de la demanda resulta fundado.

14. Por otro lado, en lo que se refiere al cumplimiento de la exigencia de que los elementos esenciales del tributo y su configuración deben estar contenidos en una norma de rango legal, del análisis del Decreto Legislativo 148 y su Reglamento, el Decreto Supremo 008-82-VI, deriva que no se ha cumplido con ella. En efecto, todos y cada uno de los elementos esenciales del tributo, como son los sujetos, el hecho imponible y la alícuota, se encuentran estipulados en los artículos 1 y 2 de la norma reglamentaria (Decreto Supremo 008-82-VI). Por consiguiente, no se ha respetado en ninguna medida el principio constitucional tributario de reserva de ley. Corresponde estimar también este extremo de la demanda.

Sobre las pretensiones accesorias

15. La empresa recurrente ha solicitado que una vez advertida la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI, en lo que se refiere a la tarifa de uso de agua subterránea, se impida a la demandada realizar cualquier acto o medida destinada a cobrar la referida tarifa correspondiente a cualquier período vencido o por vencer, específicamente, que no se le exija el pago de las resoluciones de determinación del año 2010 a 2015 (f. 18 a 137).
16. El Decreto Legislativo 148 fue derogado mediante Decreto Legislativo 1185, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de agosto de 2015, el cual entró en vigor a partir del día siguiente de su publicación.
17. Teniendo en cuenta la sucesión normativa de la tarifa por agua subterránea y dado que Sedapal ha exigido su pago sustentándose en una norma inconstitucional, corresponde declarar que Sedapal se encuentra impedida de realizar cualquier acto o medida destinada a efectivizar el cumplimiento de la obligación, correspondiente a cualquier periodo vencido, siempre y cuando estos sean consecuencia de la aplicación del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI, mas no de aquellos actos o medidas que sean consecuencia de la aplicación de su norma derogatoria, a saber, del Decreto Legislativo 1185.
18. La recurrente también ha solicitado que la entidad demandada se abstenga de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o subterránea. Respecto de ello, una vez más, debe hacerse hincapié en que el pronunciamiento de este Tribunal es relativo a la prestación por servicio de “agua subterránea”, como consecuencia de la incompatibilidad del Decreto Legislativo

148 y del Decreto Supremo 008-82-VI con el artículo 74 de la Constitución. Por ello, este extremo de la solicitud corresponde estimarse en tanto y en cuanto la restricción del servicio sea consecuencia de una deuda derivada de la aplicación de estas normas.

19. Finalmente, debe tenerse presente que al haberse acreditado la vulneración del principio de reserva legal y de la proscripción de confiscatoriedad, la demandada debe asumir el pago de los costos procesales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Nuevo 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 autos, al haberse vulnerado el principio constitucional tributario de reserva legal.
2. Declarar **INAPLICABLE** a la recurrente el Decreto Legislativo 148, así como el Decreto Supremo 008-82-VI y demás normas relacionadas, en lo que se refiere a la tarifa de uso de agua subterránea; en consecuencia:
 - a. **Sedapal** está impedida de realizar cualquier acto o medida destinada a efectivizar el cumplimiento de la obligación, correspondiente a cualquier periodo vencido, siempre y cuando sea consecuencia de la aplicación del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI.
 - b. **Sedapal** está impedida y debe abstenerse de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o agua subterránea a la recurrente, que sea consecuencia de una deuda generada por la aplicación del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI.
3. **CONDENAR** a la demandada al pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

BLUME FORTINI

PONENTE BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por la ponencia de mi colega magistrado, disiento de lo resuelto en la misma por las siguientes razones:

1. En el presente caso, la empresa demandante solicita que se declare inaplicable el Decreto Legislativo 148 y su Reglamento –aprobado por Decreto Supremo 008- 82-VI– durante los periodos de diciembre de 2010 a mayo 2015, y que, en virtud de ello, se le devuelva los montos indebidamente recaudados por concepto de tarifa de uso de agua subterránea que a la fecha no se encuentren prescritos y que la demandada se abstenga de entorpecer o dilatar la devolución de los pagos indebidos y de controvertir su derecho a dicha devolución. Alega que se está afectando su derecho a la propiedad.
2. Sin embargo, se advierte que en realidad se pretende la nulidad de las resoluciones de determinación correspondientes a los periodos de diciembre de 2010 a mayo de 2015 (Suministro 5400550- 6) y de diciembre de 2010 a mayo de 2015 (Suministro 5808464-1), mediante las cuales la emplazada determinó los montos de la deuda de la recurrente (folios 30 a 137). En otras palabras, en el caso de autos no se presenta el supuesto de un amparo contra una norma, sino que se alude a actos concretos de aplicación de las normas cuestionadas que se materializaron en las referidas resoluciones de determinación. Por lo tanto, debe evaluarse si lo pretendido en la demanda debe ser dilucidado en una vía diferente de la constitucional, esto en atención a lo dispuesto por el artículo 7, inciso 2 del *nuevo* Código Procesal Constitucional.
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 una vía ordinaria será «igualmente satisfactoria» como 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. Esta Sala del Tribunal hace notar que, desde una perspectiva objetiva, el proceso contencioso-administrativo cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Dicho de otro modo, el proceso contencioso-administrativo se constituye en una vía adecuada respecto del amparo, donde puede resolverse el caso *iusfundamental* propuesto por el 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 de que se transite por 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, en la medida en que los procesos contenciosos-administrativos cuentan con plazos céleres y adecuados al derecho que se pretende resguardar 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, en el caso concreto existe una vía igualmente satisfactoria, que es el proceso contencioso-administrativo. Así, corresponde rechazar la demanda bajo análisis de conformidad con lo estipulado en el artículo 7, inciso 2 del *nuevo* Código Procesal Constitucional.

Por todo lo expuesto, el sentido de mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de la posición de dictar una sentencia estimatoria, pues, a mi consideración, lo que corresponde es declarar **improcedente la demanda**. Mis fundamentos son los siguientes:

1. Owens Illinois Perú S. A. solicita que se declare inaplicable el Decreto Legislativo 148 y su Reglamento –aprobado por Decreto Supremo 008-82-VI– durante los periodos de diciembre de 2010 a mayo 2015, y que, en virtud de ello, se le devuelva los montos indebidamente recaudados por concepto de tarifa de uso de agua subterránea que a la fecha no se encuentren prescritos y que la demandada se abstenga de entorpecer o dilatar la devolución de los pagos indebidos y de controvertir su derecho a dicha devolución. Alega que se está afectando su derecho a la propiedad.
2. Funda su pedido señalando que fue notificada con las Resoluciones de Determinación mediante las cuales SEDAPAL le exigió el pago de la Tarifa de Uso de Agua Subterránea correspondiente a los periodos tributarios de Diciembre 2010 a Mayo 2015, que suman un importe total de SI. 812,128.36. Aduce que como base legal para la emisión de los recibos se cita al Decreto Supremo N° 021-81-VC, el Decreto Legislativo N° 148 y el Decreto Supremo N° 008-82-IV, cuya inaplicación pretende. Precisa que en dichos recibos también se advertía que podía exigirse el cobro a través de un procedimiento de cobranza coactiva, sumado a la posibilidad de que se efectúe el corte del servicio, por lo que optó por realizar el pago.
3. Así pues, se advierte que en realidad lo que pretende la recurrente es cuestionar validez de las resoluciones de determinación correspondientes a los periodos de diciembre de 2010 a mayo de 2015 (Suministro 5400550-6) y de diciembre de 2010 a mayo de 2015 (Suministro 5808464-1), mediante las cuales la emplazada determinó los montos de la deuda (folios 30 a 137). En otras palabras, en el caso de autos no se presenta el supuesto de un amparo contra una norma, sino que se alude a actos concretos de aplicación de las normas cuestionadas que se materializaron en las referidas resoluciones de determinación.

4. Ahora bien, 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 una vía ordinaria será «igualmente satisfactoria» como 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.
5. Desde una perspectiva objetiva, el proceso contencioso-administrativo cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Dicho de otro modo, el proceso contencioso-administrativo se constituye en una vía adecuada respecto del amparo, donde puede resolverse el caso iusfundamental propuesto por el demandante.
6. 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 de que se transite por 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, en la medida en que los procesos contenciosos-administrativos cuentan con plazos céleres y adecuados al derecho que se pretende resguardar 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.
7. Siendo ello así, en el caso de autos existe una vía igualmente satisfactoria, que es el proceso contencioso-administrativo, por lo que la demanda se encuentra en la causal de **improcedencia** prevista en el artículo 7.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Acerca de la Constitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional

8. Sin perjuicio de los antes señalado y teniendo en cuenta que en el presente caso se aplica el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021, es mi deber de jueza constitucional dejar constancia de que dicha ley es manifiestamente contraria a la Constitución y que cuando

ha sido sometida a control del Tribunal Constitucional mediante un proceso de inconstitucionalidad [Expedientes 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC], tres magistrados, en una motivación sin ningún sustento y tan sólo de tres párrafos, han hecho posible que dicha ley, pese a su inconstitucionalidad, se aplique sin ningún cuestionamiento.

9. En otras palabras, **el poder de los votos y no el de las razones jurídicas** ha caracterizado la historia de esta ley: el Poder Legislativo tenía los votos, así es que sin mayor deliberación e incumpliendo su propio reglamento, aprobó la ley.
10. Luego, el Tribunal Constitucional, con tres votos que no tenían mayor justificación y alegando un argumento sin fundamento, convalidó dicho accionar del Poder Legislativo.
11. Serán la ciudadanía, la opinión pública o la academia, entre otros, los que emitirán su punto de vista crítico para que estas situaciones no se repitan.
12. Un Código Procesal Constitucional, que se debería constituir en una de las leyes más importantes del ordenamiento jurídico peruano, dado que regula los procesos de defensa de los derechos fundamentales y el control del poder, **tiene hoy una versión que está vigente por el poder de los votos y no de las razones jurídicas**. Es claro que ello deslegitima el Estado de Derecho y en especial la justicia constitucional.
13. Este nuevo código es inconstitucional, irrefutablemente, por vicios formales (más allá de los vicios materiales). Lo voy a exponer de modo breve: La Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, por ser una **Ley Orgánica** (artículo 200 de la Constitución), no de debió ser exonerada del dictamen de comisión.
14. El artículo 73 del Reglamento del Congreso regula las etapas del procedimiento legislativo así como la excepción para que la Junta de Portavoces pueda exonerar a algunas etapas de tal procedimiento, pero además, y esto es lo más relevante, establece de modo expreso que “**Esta excepción no se aplica a** iniciativas de reforma constitucional, de **leyes orgánicas** ni de iniciativas sobre materia tributaria o presupuestal”.
15. Asimismo, concordante con el artículo antes citado, el artículo 31-A, inciso 2, del Reglamento del Congreso de la República, regula, entre otras competencias de la Junta de Portavoces, “La exoneración,

previa presentación de escrito sustentado del Grupo Parlamentario solicitante y con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación”, y luego, expresamente, establece que **“Esta regla no se aplica a** iniciativas de reforma constitucional, de **leyes orgánicas** ni de iniciativas que propongan normas sobre materia tributaria o presupuestal, de conformidad con lo que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso”.

16. Como se aprecia, el Reglamento del Congreso, en tanto norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, dispone que en los casos de leyes orgánicas, **la Junta de Portavoces no puede exonerar del envío a comisiones en ningún supuesto.**
17. En el caso de las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa de una proposición aprobada, éstas **“se tramitan como cualquier proposición” [de ley]** (artículo 79 del Reglamento del Congreso).
18. Por tanto, ante las observaciones del Presidente de la República a una proposición de ley correspondía tramitarla como cualquier proposición de ley y, como parte de dicho trámite, enviarla a la respectiva comisión, resultando prohibido que la Junta de Portavoces exonere del trámite de envío a comisión cuando se trata de leyes orgánicas.
19. En el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, mediante sesión virtual de la Junta de Portavoces celebrada el 12 de julio de 2021 se acordó exonerar del dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley, pese a que se trataba de una ley orgánica.
20. Esta exoneración resultaba claramente contraria al propio Reglamento del Congreso y con ello al respectivo bloque de constitucionalidad, por lo que correspondía declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional por haber incurrido en vicios formales. El Congreso de la República no respetó el procedimiento de formación de la ley que el mismo fijó.
21. Carece de fundamento el argumento de los tres magistrados que salvaron esta ley. Ellos sostienen que conforme al último párrafo del artículo 79 del Reglamento del Congreso, el trámite de una autógrafa de ley observada por el Presidente de la República debe pasar a comisión sólo si fue exonerada inicialmente de dicho trámite, de modo que en

el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, al haber pasado ya por una comisión dictaminadora [antes de su primera votación], podía exonerarse a la autógrafa observada de dicho código.

22. Este argumento de los tres magistrados es incorrecto pues dicho párrafo es aplicable sólo cuando se trata de leyes distintas a las leyes orgánicas o de reforma constitucional, entre otras.
23. Lo digo una vez más. En el caso de las leyes orgánicas, la Junta de Portavoces del Congreso de la República, está prohibida de exonerar el envío a comisiones. Las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa del Nuevo Código Procesal Constitucional debieron recibir un dictamen de la comisión respectiva y, por tratarse de una ley orgánica, no podían ser objeto de ninguna exoneración sobre el trámite a comisión.
24. Pese a la manifiesta inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional y atendiendo a que, formalmente, una sentencia del Tribunal Constitucional, con el voto de tres magistrados, ha convalidado, **en abstracto y por razones de forma**, dicho código, debo proceder a aplicarlo en el caso de autos, reservándome el pronunciamiento en los casos que por razones de fondo se pueda realizar el respectivo control de constitucionalidad.

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas, por las razones que a continuación expongo:

1. La empresa demandante solicita que se declare inaplicable el Decreto Legislativo 148 y su Reglamento –aprobado por Decreto Supremo 008-82-VI– durante los periodos de diciembre de 2010 a mayo 2015, y que se le devuelva los montos indebidamente recaudados por concepto de tarifa de uso de agua subterránea que a la fecha no se encuentren prescritos y que la demandada se abstenga de entorpecer o dilatar la devolución de los pagos indebidos y de controvertir su derecho a dicha devolución. Alega que se está afectando su derecho a la propiedad.
2. Sin embargo, se advierte que en realidad se pretende la nulidad de las resoluciones de determinación correspondientes a los periodos de diciembre de 2010 a mayo de 2015 (Suministro 5400550-6) y de diciembre de 2010 a mayo de 2015 (Suministro 5808464-1), mediante las cuales la emplazada determinó los montos de la deuda de la recurrente (folios 30 a 137). En otras palabras, en el caso de autos no se presenta el supuesto de un amparo contra una norma, sino que se alude a actos concretos de aplicación de las normas cuestionadas que se materializaron en las referidas resoluciones de determinación. Por lo tanto, debe evaluarse si lo pretendido en la demanda debe ser dilucidado en una vía diferente de la constitucional, esto en atención a lo dispuesto por el artículo 7, inciso 2 del *nuevo* Código Procesal Constitucional.
3. Como le he señalado en reiterada jurisprudencia (Cfr. Sentencia recaída en el Expediente 03317-2017-PA) en este tipo de controversia, en la que se impugnan resoluciones administrativas de determinación de deuda, existe una vía igualmente satisfactoria, que es el proceso contencioso-administrativo, de conformidad con lo establecido en la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC y el artículo 7.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

4. Así, desde una perspectiva objetiva, el proceso contencioso-administrativo cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Dicho de otro modo, el proceso contencioso-administrativo se constituye en una vía adecuada respecto del amparo, donde puede resolverse el caso *iusfundamental* propuesto por el 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 de que se transite por 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, en la medida en que los procesos contenciosos-administrativos cuentan con plazos céleres y adecuados al derecho que se pretende resguardar 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.

Por todo lo expuesto, el sentido de mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



Pleno. Sentencia 159/2022
EXP. N.º 03394-2021-PA/TC-LIMA
MANUEL DURAND GÓMEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de abril de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez que se agregan.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Durand Gómez contra la resolución de fojas 286, de fecha 26 de agosto de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 4 de diciembre de 2018, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), solicitando la nulidad de la Resolución Coactiva 0230076960790, emitida en el Procedimiento de Ejecución Coactiva 023-006-4618693, de fecha 15 de mayo de 2018, y que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos concretado con el embargo de su propiedad. Sostiene que no se le permitió subsanar un requisito de admisibilidad del recurso de apelación interpuesto el 20 de febrero de 2018 porque no fue notificado en su domicilio fiscal. Alega la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la legítima defensa y a la doble instancia.

El 29 de mayo de 2019, la Procuraduría Pública de la Sunat contesta la demanda expresando que el recurrente fue notificado en su buzón electrónico mediante notificación clave sol, en mérito a lo establecido en el

inciso b) del artículo 104 del Código Tributario. Asimismo, aduce que el proceso contencioso-administrativo se constituye en una vía idónea para dilucidar la controversia planteada.

El Decimoprimer Juzgado Constitucional Subespecializado en Temas Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 7, de fecha 18 de agosto de 2020, declaró fundada la demanda, por considerar que, respecto a la notificación de los actos administrativos acotados al demandante, el artículo 104 del Código Tributario dispone que se hará en el domicilio fiscal que conste en el expediente señalado por el administrado. Dicho domicilio se considerará subsistente mientras su cambio no haya sido comunicado a la entidad en la forma

establecida; y, en los casos en que la administración tributaria haya notificado al referido sujeto a efectos de realizar una verificación, fiscalización o haya iniciado el procedimiento de cobranza coactiva, el administrado no podrá efectuar el cambio de domicilio fiscal hasta que esta concluya, salvo que a juicio de la administración exista causa justificada para el cambio, de conformidad con el artículo 11 del Código Tributario. Llama la atención sobre el hecho de que la entidad administrativa, habiendo iniciado un procedimiento de ejecución coactiva, haya dirigido las notificaciones solo en el buzón electrónico de clave sol, sin agotar todos los medios que estén a su alcance a fin de garantizar el derecho de defensa del recurrente. Indica que las notificaciones al domicilio clave sol podrían ser validadas si se ha hecho efectiva además una alerta a otros medios señalados por el contribuyente como correo electrónico, teléfono de verificación o domicilio que aparece en el Reniec, con el plazo e idoneidad correspondiente, lo cual no ha ocurrido en autos.

La Sala superior competente revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar que la pretensión formulada puede ser atendida a través del proceso contencioso-administrativo, el cual se constituye en una vía igualmente satisfactoria donde es posible dilucidar la presente controversia, toda vez que, a través de ese proceso, se podrán ofrecer y actuar medios de prueba que den certeza al juzgador de la veracidad de sus afirmaciones.

III. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente solicita la nulidad de la Resolución Coactiva 0230076960790, emitida en el Procedimiento de Ejecución Coactiva

023-006-4618693, de fecha 15 de mayo de 2018, y que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos concretado con el embargo de su propiedad. Sostiene que no se le permitió subsanar un requisito de admisibilidad del recurso de apelación interpuesto el 20 de febrero de 2018 porque no fue notificado en su domicilio fiscal. Alega la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la legítima defensa y a la doble instancia.

2. A partir del objeto perseguido, este Tribunal Constitucional analizará si en el procedimiento de fiscalización y de cobranza coactiva realizados por la Sunat se han vulnerado los derechos de defensa y al debido proceso del recurrente, en la medida en que, tal como lo alega, no pudo conocer de los apercibimientos dispuestos en su contra, dado que no le fueron notificados debidamente.

El procedimiento de fiscalización y el principio de razonabilidad como límite a la facultad discrecional de la Sunat

3. La potestad tributaria estatal, en su dimensión fiscalizadora, se encuentra regulada en el artículo 62 del Texto Único Ordenado del Código Tributario (aprobado mediante Decreto Supremo N.º 133-13-EF), y se ejerce en forma discrecional a fin de que la administración tributaria pueda cumplir con su labor recaudatoria. Esta actividad, normada por ley, otorga gran amplitud de acción a la Sunat, precisamente para combatir la evasión tributaria. No obstante, como ya advirtió el Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 04168-2006-PA/TC, este amplio margen de actuación se encuentra limitado. En efecto, mientras mayor sea la discrecionalidad de la administración, mayor debe ser la exigencia de motivación de tal acto, ya que la motivación expuesta permitirá distinguir entre un acto de tipo discrecional frente a un acto arbitrario; pero también la discrecionalidad debe estar guiada en su ejercicio por el principio de razonabilidad.
4. Como se sabe, la actividad estatal está regida por el principio de legalidad y, en ese sentido, admite la existencia de actos reglados y actos no reglados. Sobre estos últimos, la administración goza de libertad (discrecionalidad) para decidir sobre asuntos concretos dado que la ley, en sentido lato, no ha determinado lo que debe hacer o cómo debe hacerlo. La discrecionalidad trata, pues, de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión acorde con las necesidades de cada momento.

5. Ahora bien, la facultad de discrecionalidad no es absoluta. Tiene que ser ejercida con razonabilidad, a fin de excluir la arbitrariedad y asegurar una solución justa para cada caso. Así lo ha entendido el propio legislador cuando en el numeral 1.4 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo, enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
6. Como ha dicho este Tribunal en su sentencia recaída en el Expediente 00090-2004- AA/TC, la razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Como exige la doctrina, es necesario que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél. Por lo que la razonabilidad comporta entonces una adecuada relación lógico- axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. De ahí que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa el principio de razonabilidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad.
7. Por lo tanto, es exigible, en el caso de la notificación al contribuyente que está siendo objeto de una fiscalización tributaria, que la administración tributaria tenga la certeza absoluta de que este ha tomado conocimiento de la existencia de dicho procedimiento y, para ello, atendiendo el caso, independientemente de lo dispuesto en el artículo 104 del Texto Único Ordenado del Código Tributario [la notificación de los actos administrativos se realizará, indistintamente, por cualquiera de las siguientes formas: a) Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo

o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia], en ejercicio razonable de su facultad discrecional reconocida legalmente, debe tomar las medidas complementarias y necesarias que le permitan cumplir con tal cometido de manera efectiva, vale decir, con el objeto de garantizar el derecho a la defensa del contribuyente.

La notificación de los actos administrativos tributarios y los derechos de defensa y al debido proceso

8. Sobre el acto procesal de la notificación, en líneas generales, este Tribunal ha dejado sentado que en él subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso o procedimiento el contenido de las resoluciones judiciales o administrativas; sin embargo, no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, *per se*, una violación del derecho de defensa. Solo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, como consecuencia de la irregularidad en su tramitación, el justiciable o administrado quede en estado de indefensión.
9. La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14 del artículo 139 y en virtud de este garantiza que los justiciables o administrados, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, tributaria, mercantil, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Así, el contenido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial o procedimiento administrativo, las personas resultan impedidas por concretos actos de los órganos judiciales o administrativos de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.
10. En el presente caso, el demandante alega que se ha vulnerado sus derechos de defensa y al debido proceso por no haber sido notificado debidamente de los apercibimientos dispuestos por la Sunat, en el marco del procedimiento de fiscalización y del inicio del procedimiento coactivo seguido en su contra.
11. En tal sentido, es pertinente recordar que el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, establece como principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no solo se limita a las formalidades propias de un proceso

judicial, sino que también se extiende a los procedimientos administrativos. Y, sobre el caso particular de los actos de notificación de deudas tributarias y no tributarias, es necesario atender lo establecido por este Tribunal en el sentido de que se rigen de acuerdo con la normatividad aplicable, según corresponda a cada caso; es decir, los actos de notificación de deudas tributarias se realizan de conformidad con lo dispuesto por el Texto Único Ordenado del Código Tributario, mientras que en el caso de las deudas no tributarias, se realizan con arreglo a lo dispuesto en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo (véase sentencias emitidas en los expedientes 01741-2005-PA/TC, fundamento 4; 04993-2007-PA/TC, fundamento 6); siempre claro está, atendiendo al principio de razonabilidad y sin dejar de respetar los derechos fundamentales.

Análisis del caso

12. En este caso, el demandante alega que luego de haber sido notificado con la Resolución 0260150010420/SUNAT, de fecha 29 de diciembre de 2017, en la que la administración tributaria le comunica que ha declarado fundado en parte el recurso de nulidad que interpuso ante el Tribunal Fiscal por el cálculo excesivo del impuesto a la renta del año 2004, interpuso recurso de apelación con la documentación sustentatoria -al no encontrarse conforme-, a fin de que se realice un recálculo en el impuesto a la renta del año 2004.
13. Refiere que el 12 de setiembre de 2018 se le notificó en su domicilio fiscal la Resolución Coactiva 0230007690, de fecha 27 de agosto de 2018, y con dicha resolución Sunat le comunicó el embargo que había trabado en forma de inscripción sobre el inmueble de su propiedad registrado en la Partida Electrónica 42030090 de Registros de Lima y Callao, hasta por la suma de S/. 811 000.00 nuevos soles. Inmueble que tiene como dirección Av. Nueva York 356, Urbanización Los Laureles, distrito de Chorrillos.
14. Agrega que ante tal situación interpuso recurso de reclamación, pero se dio con la sorpresa de que la Sunat había hecho notificaciones del procedimiento acotado en el buzón clave sol, medio electrónico que es brindado por la Sunat al contribuyente activo para comunicaciones tributarias y demás. Dicha herramienta, aduce el demandante, no fue ofrecida por su parte como medio para que la Sunat efectúe las notificaciones respectivas, sino que había indicado que el domicilio fiscal para recibirlas siempre fue Av. Nueva York 356, Urbanización

Los Laureles, distrito de Chorrillos, conforme figura en su documento nacional de identidad (DNI). Resalta que no se enteró de las resoluciones emitidas por Sunat y notificadas en el buzón de su clave sol, porque no cumplieron con ser notificadas conforme a lo dispuesto por el artículo 104 del TUO del Código Tributario. Dichas resoluciones son las siguientes:

- i) Requerimiento de Admisibilidad 026055009021, de fecha 23 de febrero de 2018;
 - ii) Resolución de Intendencia 0260150010584/SUNAT, de fecha 28 de marzo de 2018, que declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto ante Sunat; iii) Resolución Coactiva 023006-4618693, de fecha 17 de mayo de 2018; y, iv) Resolución Coactiva 023-006-4618274, de fecha 15 de mayo de 2018.
15. Los actos de notificación de deudas tributarias se realizan de conformidad con lo dispuesto por el artículo 104 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, cuyo texto, aplicable al momento de ocurrido los hechos, prescribía que:

La notificación de los actos administrativos se realizará, indistintamente, por cualquiera de las siguientes formas: a) Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia. (...)

La notificación efectuada por medio de este inciso, así como la contemplada en el inciso f), efectuada en el domicilio fiscal, se considera válida mientras el deudor tributario no haya comunicado el cambio del mencionado domicilio. La notificación con certificación de la negativa a la recepción se entiende realizada cuando el deudor tributario o tercero a quien está dirigida la notificación o cualquier persona mayor de edad y capaz que se encuentre en el domicilio fiscal del destinatario rechaza la recepción del documento que se pretende notificar o, recibéndolo, se niegue a suscribir la constancia respectiva y/o no proporciona sus datos de identificación, sin que sea relevante el motivo de rechazo alegado.

“Cuando el deudor tributario hubiera optado por señalar un domicilio procesal electrónico y el acto administrativo no corresponda ser notificado de acuerdo a lo dispuesto en el inciso b),

la notificación se realizará utilizando la forma que corresponda a dicho acto de acuerdo a lo previsto en el presente artículo. En el caso que el deudor tributario hubiera optado por un domicilio procesal físico y la forma de notificación a que se refiere el inciso a) no pueda ser realizada por encontrarse cerrado, hubiera negativa a la recepción, o no existiera persona capaz para la recepción de los documentos, se fijará en el domicilio procesal físico una constancia de la visita efectuada y se procederá a notificar en el domicilio fiscal.”

16. Al respecto, este Tribunal considera que en relación con los actos administrativos acotados al demandante, el artículo 104 antes citado dispone que la notificación se hará en el domicilio fiscal que conste en el expediente comunicado a la entidad en la forma establecida; asimismo, en los casos en que la administración tributaria haya notificado al administrado a efectos de realizar una verificación, una fiscalización o hubiese iniciado el procedimiento de cobranza coactiva, este no podrá efectuar el cambio del domicilio fiscal hasta que el procedimiento concluya, salvo que a juicio de la administración exista causa justificada para el cambio, de conformidad con el artículo 11 del Texto Único Ordenado del Código Tributario.
17. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en el fundamento 21 de la sentencia expedida en el Expediente 07279-2013-PA/TC, ha establecido lo siguiente: “[...] en el caso de la notificación al contribuyente que está siendo objeto de una fiscalización tributaria, constituye una obligación para la administración tributaria tener la certeza absoluta de que esta ha tomado conocimiento de la existencia de dicho procedimiento y, para ello atendiendo el caso independientemente de lo dispuesto en el artículo 104 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, la Sunat en ejercicio razonable de su facultad discrecional reconocida legalmente debe tomar las medidas complementarias y necesarias que le permitan cumplir con tal cometido de manera efectiva, vale decir, con el objeto de garantizar el derecho de defensa del contribuyente. De ahí que, a juicio del Tribunal, una de las medidas complementarias de la Sunat está obligada a tomar frente a escenarios como el que el presente caso plantea, será notificar también en el domicilio que el contribuyente haya consignado en su DNI [...].

18. De la revisión de autos se puede comprobar que la Sunat, habiendo iniciado un procedimiento de fiscalización tributaria, envió las notificaciones concernientes solo al buzón electrónico de clave sol (f. 15 y 18), sin embargo, tal como lo señala el recurrente dicho domicilio procesal no fue señalado por él, por lo que, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 104 del Código Tributario, dichas notificaciones no surtieron efectos.
19. De lo expuesto se advierte que la administración tributaria no dio cumplimiento a lo estipulado en el artículo 104 del Código Tributario que se refiere que las notificaciones deben efectuarse en el domicilio fiscal del contribuyente. Además, se aprecia de autos, que haya procurado agotar todos los medios posibles para corroborar que al contribuyente le llegaron las notificaciones, con el fin de garantizar su derecho de defensa. Solo recién cuando inició el procedimiento de cobranza coactiva para exigir el cumplimiento del pago de la deuda tributaria, notificó sus resoluciones al domicilio fiscal consignado por el demandante (Av. Nueva York 356, Urbanización Los Laureles, distrito de Chorrillos).
20. En tal sentido, se vulneró el derecho de defensa del actor y, consecuentemente, se afectó el debido procedimiento instaurado contra este.
21. Habiéndose configurado la afectación de los derechos del recurrente por la indebida notificación realizada por la Sunat, el Tribunal considera que se debe declarar nula la notificación de la Resolución de Intendencia 0260150010584/SUNAT, de fecha 28 de marzo de 2018, y nulas las resoluciones coactivas 0230076960790 y 023006-4618693, debiendo ordenarse una nueva notificación de la antes mencionada resolución de intendencia, a fin de reestablecer los derechos conculcados.

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 notificación de la Resolución de Intendencia 0260150010584/SUNAT, de fecha 28 de marzo de 2018, y **NULAS** las resoluciones coactivas 0230076960790 y 023006-4618693.

2. **ORDENAR** que la Sunat notifique nuevamente la Resolución de Intendencia 0260150010584/SUNAT, de fecha 28 de marzo de 2018, al domicilio fiscal del demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien coincido con la ponencia en cuanto a que debe declararse **FUNDADA** la demanda de autos; no obstante, a renglón seguido me permito exponer algunas razones complementarias respecto a la notificación de los actos administrativos emitidos por Sunat.

1. La demanda de amparo tiene como objeto la nulidad de la Resolución Coactiva 0230076960790, de fecha 17 de mayo de 2018 —emitida en el Procedimiento de Ejecución Coactiva 0230064618693—, y que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos concretado con el embargo de su propiedad. Alega esencialmente que no se le permitió subsanar un requisito de admisibilidad del recurso de apelación interpuesto el 20 de febrero de 2018 porque no fue notificado en su domicilio fiscal sino mediante buzón electrónico, pese a que no señaló este último como domicilio procesal.
2. Al respecto, en el fundamento 12 de la STC 07279-2013-PA, este Tribunal prescribió que:

“[...] es exigible, en el caso de la notificación al contribuyente que está siendo objeto de una fiscalización tributaria, que **la Administración Tributaria tenga la certeza absoluta de que este ha tomado conocimiento de la existencia de dicho procedimiento y, para ello, atendiendo el caso, independientemente de lo dispuesto en el artículo 104 del Texto Único Ordenado del Código Tributario [...], en ejercicio razonable de su facultad discrecional reconocida legalmente, debe tomar las medidas complementarias y necesarias que le permitan cumplir con tal cometido de manera efectiva, vale decir, con el objeto de garantizar el derecho a la defensa del contribuyente.** [Énfasis nuestro]

Pero, la referida exigencia de certeza —a mi juicio— no solo resulta ser tal en los procedimientos de fiscalización que lleva a cabo Sunat, y es que de por medio está el objeto de garantizar el derecho de defensa de los contribuyentes, lo cual hace extensible dicha obligación también

para el procedimiento contencioso tributario (en sus distintas etapas: reclamación, apelación y cumplimiento).

Aunque parezca evidente, me permito recalcar que no solo se trata de asegurar de que el contribuyente conozca sobre el inicio de un procedimiento que se le sigue –como el de fiscalización–, sino que se comprenden en dicha obligación de certeza a todos aquellos actos que supongan la continuidad del procedimiento y demás que sean de relevancia para la conclusión o resolución del mismo, como se presente en el caso de autos con el Requerimiento de Admisibilidad 0260550090021.

3. Por tanto, resulta aplicable *mutatis mutandis* el criterio desarrollado por la mayoría de este Tribunal en la STC 07279-2013-PA para la resolución de la presente controversia. De allí que manifiesto mi conformidad con lo expuesto en la ponencia.

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. En el presente caso, el demandante alega que se ha vulnerado sus derechos de defensa y al debido proceso por no haber sido notificado debidamente de los apercibimientos dispuestos por la Sunat, en el marco del procedimiento de fiscalización y del inicio del procedimiento coactivo seguido en su contra. Señala que, como consecuencia de ello, no pudo subsanar un requisito de admisibilidad del recurso de apelación interpuesto el 20 de febrero de 2018 porque no fue notificado en su domicilio fiscal.
2. El acto de notificación tiene como objeto poner en conocimiento de los administrados de cada uno de los actos, de cada una de las decisiones, y de la existencia de un procedimiento, que tendrá efectos en la situación jurídica de aquel, por ello resulta sumamente importante que la administración tributaria tenga la certeza absoluta de que el o la administrada haya tomado conocimiento de la existencia de dicho procedimiento, de dichos actos y de las decisiones.
3. De no ser así, no solo se vulnera el derecho de la comunicación previa, precisa y exacta de los actos y decisiones administrativas, sino también el derecho a la defensa, pues el administrado desconocería del procedimiento, y del contenido de las decisiones administrativas que, eventualmente, pueden afectarlo, recortándosele de este modo la posibilidad de poder ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, aunque como ya ha señalado este Tribunal, no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, *per se*, una violación del derecho de defensa. Solo se produce tal afectación cuando, como consecuencia de la irregularidad en su tramitación, el justiciable o administrado quede en estado de indefensión.
4. Este Tribunal también ha señalado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales

suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo tal hecho se produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (fundamento 3 de la STC N.º 00582-2006- PA/TC).

5. En el caso de autos se ha verificado que se vulneró el derecho a la defensa del recurrente, pues la Sunat, habiendo iniciado un procedimiento de fiscalización tributaria, envió las notificaciones concernientes solo al buzón electrónico de clave sol (f. 15 y 18), sin embargo, tal como lo señala el recurrente dicho domicilio procesal no fue señalado por él, por lo que, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 104 del Código Tributario, dichas notificaciones no surtieron efectos, con lo cual, la administración tributaria no dio cumplimiento a lo estipulado en el referido dispositivo.
6. Al respecto, se debe destacar que las actuaciones de las entidades que generen procedimientos deben realizarse con la debida diligencia a fin de no afectar los derechos de los administrados. La debida diligencia recae precisamente en que pueda sujetarse a los parámetros legales y constitucionales estatuidos para cada una de las situaciones concretas que asume en el ejercicio de sus competencias. En particular, respecto del acto de notificación, la debida diligencia se expresará en el hecho de procurar en la mayor medida posible de agotar todos los medios lícitos y razonables para tener la completa certeza de que sus actos han sido notificados adecuadamente y, por tanto, que los y las administradas tengan conocimiento de ellos a fin de que puedan ejercer su derecho a la defensa o en su defecto, aleguen lo que juzguen conveniente.

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 **IMPROCEDENTE**.

Manuel Durand Gómez solicita la nulidad de la Resolución Coactiva 0230076960790, de fecha 15 de mayo de 2018, expedida por la Sunat, en el procedimiento de ejecución coactiva, Expediente 023-006-4618693; y que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos concretado con el embargo de su propiedad. Sostiene que no se le permitió subsanar el requisito de admisibilidad del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de cumplimiento del 29 de diciembre de 2017, emitida por la Sunat en virtud de la decisión del Tribunal Fiscal en la RTF 07811-5-2017 del 5 de setiembre de 2017. Señala que no fue notificado en su domicilio fiscal y que fue sorprendido de la continuación del procedimiento cuando se le notificó la resolución de ejecución coactiva. Alega la vulneración de sus derechos al debido proceso, de defensa y a la doble instancia.

Sobre el particular, debo indicar que este Tribunal Constitucional en la STC Expediente 01428-2002-PA/TC, fundamento 5, ha expresado que “que detrás del acto procesal de la notificación subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso el contenido de las resoluciones judiciales. Sin embargo, no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, *per se*, una violación del derecho de defensa. Sólo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, tras la irregularidad en su tramitación, se alcanza que el justiciable quede en estado de indefensión”.

El recurrente alega no haber sido notificado debidamente de las resoluciones emitidas en procedimiento contencioso tributario y del inicio del procedimiento de ejecución coactiva. Señala que no se le notificó en su domicilio fiscal la resolución que declaró inadmisile su recurso de apelación, así como las subsiguientes resoluciones administrativas, incluidas las del procedimiento de ejecución coactiva.

El artículo 104 del TUO del Código Tributario, que regula las formas de notificación en los procedimientos tributarios, indica que los modos ahí establecidos se realizan en forma “indistinta”. Los incisos a) y b), vigentes a la fecha de los hechos, señalaban:

Artículo 104.- FORMAS DE NOTIFICACIÓN

La Notificación de los actos administrativos se realizará, indistintamente, por cualquiera de las siguientes formas:

- a) Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia. [...]
- b) Por medio de sistemas de comunicación electrónicos, siempre que se pueda confirmar la entrega por la misma vía. [...]

El citado artículo habilita a la administración tributaria a realizar el acto de notificación, tanto al domicilio fiscal como mediante sistemas de comunicación electrónica como fue el caso del demandante, hecho que el recurrente, incluso, no ha negado en su escrito de demanda. El mismo demandante ha referido, a fojas 32, que “me doy con la sorpresa, que la SUNAT, había hecho notificaciones de este procedimiento en el buzón de la clave sol, medio electrónico que es señalado por la SUNAT cuando eres contribuyente activo para comunicaciones tributarias y demás; este domicilio procesal y legal no fue señalado por el demandante [...]”. En efecto, la Sunat notificó la resolución de inadmisibilidad del recurso de apelación y las subsiguientes al correo clave sol del actor en su calidad de contribuyente.

Es decir, el demandante recibió las notificaciones y estuvo en la posibilidad de subsanar la presentación de su recurso de apelación y/o ejercer su derecho de defensa en el procedimiento de ejecución coactiva iniciado con posterioridad. Si bien el recurrente precisa que señaló un domicilio fiscal y que debió ahí remitirse físicamente la notificaciones, lo cierto que es que Código Tributario también autoriza a la Sunat a comunicar sus resoluciones mediante correo electrónico, como efectivamente se hizo según de aprecia en el expediente.

De ahí que, la Sunat cumplió, en mi opinión, con su deber de poner en conocimiento al recurrente de las resoluciones del procedimiento tributario mediante medios electrónicos, conforme al artículo 104, inciso b), del TUO del Código Tributario; por lo que, no puede afirmarse que

se haya afectado su derecho de defensa. No genera convicción que exista una “irregularidad” en los términos de la STC Expediente 01428- 2002-PA/TC, cuando el mismo recurrente ha aceptado que recibió las notificaciones en su buzón de correo clave sol.

Por otro lado, debo precisar que el criterio asumido por la suscrita en la STC Expediente 07279-2013-PA/TC no se encuentra comprometida en este caso, ya que aquí no se está discutiendo si la Sunat tenía certeza o no de que el demandante tomó conocimiento de las notificaciones en su domicilio fiscal o en su correo clave sol, y que para asegurar ello sea necesario que la administración tributaria notifique en forma complementaria al domicilio del DNI, que es el criterio de dicha sentencia. La discusión aquí no es tanto si la Sunat tenía problemas para identificar el domicilio del contribuyente. Lo que el demandante reclama en este amparo es que se haya notificado por medios electrónicos y no físicamente al domicilio fiscal, que es una discusión distinta. De hecho, el demandante no pone en duda que el correo clave sol sea un medio electrónico de su dominio. Tanto es así que en autos obran las capturas del correo clave sol, donde se acredita que el demandante tomó conocimiento de la resolución de inadmisibilidad de su recurso de apelación, así como de la resolución de inicio del procedimiento de ejecución coactiva, obrante a fojas 15 y 21:

INTENDENCIA LIMA



Constancia de Notificación de Resolución de Apelación N° 0260150010584

"De acuerdo al Inciso b) del Art. 104 del Código Tributario y Resolución de Superintendencia N° 014-2008/SUNAT y normas modificatorias"

Fecha de depósito en el Buzón Electrónico: 10 de ABRIL de 2018

Señor Contribuyente : DURAND GOMEZ MANUEL

RUC : 10070442588



La presente constancia acredita el depósito de la Resolución de Apelación N° 0260150010584 emitida por ROSALIA CRISTINA MUÑOZ LI expedida por INTENDENCIA LIMA, de conformidad a lo establecido en el inciso b) del Art. 104 del Código Tributario y Resolución de Superintendencia N° 014-2008/SUNAT y normas modificatorias.

Le recordamos que la notificación de la presente Resolución de Apelación se considera efectuada desde el día hábil siguiente de su depósito en el Buzón Electrónico SOL, de acuerdo a lo establecido en el Inciso b) del Art. 104 y Art. 106 del Código Tributario.

INTENDENCIA LIMA



Constancia de Notificación de Resolución de Ejecución Coactiva

De acuerdo al Inciso b) del Art. 104 del Código Tributario y Resolución de Superintendencia N° 014-2008/SUNAT y normas modificatorias

Fecha de depósito en el Buzón Electrónico: 17 de Mayo del 2018

Señor Contribuyente: : DURAND GOMEZ MANUEL

RUC : 10070442588

La presente constancia acredita el depósito de la Resolución de Ejecución Coactiva N° 023-006-4618893, emitida por GUIDO ANTONIO CARBONE DOUMENZ expedida por SECCIÓN DE LIQUIDACIÓN DE SALDOS DEUDORES Y GESTIÓN DE ADEUDOS - SUPERVISIÓN 5, de conformidad a lo establecido en el Inciso b) del Art. 104 del Código Tributario y Resolución de Superintendencia N° 014-2008/SUNAT y normas modificatorias.

Le recordamos que la notificación de la presente Resolución de Ejecución Coactiva se considera efectuada desde el día siguiente de su depósito en el Buzón Electrónico SOL, de acuerdo a la establecido en el Inciso b) del Art. 104 y Art. 106 del Código Tributario.

Así es, el demandante mismo da por hecho que a su correo clave sol de la Sunat le llegaron la notificaciones de la resoluciones administrativas que ahora solicita su nulidad. Pero más allá, de que no advierto alguna afectación a los derechos que invoca, no obstante, estimo que esta controversia puede ventilarse, en todo caso, en un proceso contencioso administrativo. Este Tribunal ha precisado en su jurisprudencia en materia tributaria que existen vías ordinarias que pueden considerarse como específicas e igualmente satisfactorias al proceso de amparo (Cfr. STC Exp. 01939-2013-PA/TC, STC Exp. 3417-2011-AA/TC, RTC Exp. 00611-2009-PA/TC, RTC Exp. 2612-2008- PA/TC, RTC Exp. 5920-2008-PA/TC, RTC Exp. 4921-2007-PA/TC, RTC Exp. 2879-2012-PA/TC, entre otras).

Teniendo en cuenta el análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional, debe entenderse, como regla general, que la demanda contencioso administrativa (artículo 157 y siguientes del TUO vigente del Código Tributario), el recurso de apelación (artículo 122 del TUO vigente del Código Tributario) y el proceso que se instaura con la demanda de revisión judicial (artículos 23 y 40 de la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva), con carácter meramente enunciativo, constituyen vías idóneas e igualmente satisfactorias a través de las cuáles deberían encausarse pretensiones de carácter tributario, debiéndose optar por ellas y no por la vía excepcional del amparo.

Ello ha sido previsto en el precedente constitucional establecido en la STC Expediente 02383-2013-PA/TC, cuando se hace referencia a la procedencia del amparo considerando los criterios de tutela idónea y de urgencia iusfundamental. Como parte de las reglas de dicho precedente se estableció lo siguiente:

[...] 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 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 la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia)

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 resulta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia)

Las reglas para determinar cuándo una vía ordinaria alterna resulta igualmente satisfactoria son las establecidas en esta sentencia, y conforme a ellas se interpretará el inciso 2 del artículo 5, resultandos aplicables a todos los procesos de amparo, independientemente de su materia.

Así, de manera excepcional, y en atención a las singularidades de cada caso que deberían ser acreditadas por la parte demandante, considero que, en lo esencial, solo cabría acudir a la vía subsidiaria del amparo con respecto de (i) asuntos que no podrían discutirse o cuestionarse en la vía ordinaria; (ii) asuntos para los cuales este Tribunal haya determinado

expresamente, aplicando debidamente el análisis de pertinencia de la vía constitucional antes mencionado, que el amparo es la vía idónea, y siempre que se presenten los mismos elementos o propiedades relevantes del caso de que se trate asuntos de suma urgencia, sea por la importancia iusfundamental de lo discutido o por la gravedad o irreparabilidad del daño que podría ocurrir si no se brinda una protección especial, como la que puede obtenerse a través de los procesos constitucionales (STC Exp. 00867-2013-PA/TC, FJ 12).

De ahí que el pedido de la demanda de que se evalúe la notificación en los procesos contencioso tributario y ejecución coactiva sea una controversia que no corresponde que sea ventilado en el amparo, sino en el proceso contencioso administrativo por ser la vía igualmente satisfactoria.

Por eso, estimo que la demanda debe rechazarse.

Acerca de la inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional

Teniendo en cuenta que en el presente caso se aplica el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021, es mi deber de jueza constitucional dejar constancia de que dicha ley es manifiestamente contraria a la Constitución y que cuando ha sido sometida a control del Tribunal Constitucional mediante un proceso de inconstitucionalidad [Expedientes 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC], tres magistrados, en una motivación sin ningún sustento y tan sólo de tres párrafos, han hecho posible que dicha ley, pese a su inconstitucionalidad, se aplique sin ningún cuestionamiento.

En otras palabras, **el poder de los votos y no el de las razones jurídicas** ha caracterizado la historia de esta ley: el Poder Legislativo tenía los votos, así es que sin mayor deliberación e incumpliendo su propio reglamento, aprobó la ley. Luego, el Tribunal Constitucional, con tres votos que no tenían mayor justificación y alegando un argumento sin fundamento, convalidó dicho accionar del Poder Legislativo. Serán la ciudadanía, la opinión pública o la academia, entre otros, los que emitirán su punto de vista crítico para que estas situaciones no se repitan.

Un Código Procesal Constitucional, que se debería constituir en una de las leyes más importantes del ordenamiento jurídico peruano, dado que regula los procesos de defensa de los derechos fundamentales y el control del poder, tiene hoy una versión que está vigente por el poder de los votos y no de las razones jurídicas. Es claro que ello deslegitima el Estado

de Derecho y en especial la justicia constitucional. Este nuevo código es inconstitucional, irrefutablemente, por vicios formales (más allá de los vicios materiales). Lo voy a exponer de modo breve.

La Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, por ser una ley orgánica (artículo 200 de la Constitución), no se debió ser exonerada del dictamen de comisión. El artículo 73 del Reglamento del Congreso regula las etapas del procedimiento legislativo así como la excepción para que la Junta de Portavoces pueda exonerar a algunas etapas de tal procedimiento, pero además, y esto es lo más relevante, establece de modo expreso que “Esta excepción no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas sobre materia tributaria o presupuestal”.

Asimismo, concordante con el artículo antes citado, el artículo 31-A, inciso 2, del Reglamento del Congreso de la República, regula, entre otras competencias de la Junta de Portavoces, “La exoneración, previa presentación de escrito sustentado del Grupo Parlamentario solicitante y con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación”, y luego, expresamente, establece que “Esta regla no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas que propongan normas sobre materia tributaria o presupuestal, de conformidad con lo que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso”.

Como se aprecia, el Reglamento del Congreso, en tanto norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, dispone que en los casos de leyes orgánicas, la Junta de Portavoces no puede exonerar del envío a comisiones en ningún supuesto. En el caso de las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa de una proposición aprobada, éstas “se tramitan como cualquier proposición” [de ley] (artículo 79 del Reglamento del Congreso).

Por tanto, ante las observaciones del Presidente de la República a una proposición de ley correspondía tramitarla como cualquier proposición de ley y, como parte de dicho trámite, enviarla a la respectiva comisión, resultando prohibido que la Junta de Portavoces exonere del trámite de envío a comisión cuando se trata de leyes orgánicas.

En el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, mediante sesión virtual de la Junta de Portavoces celebrada el 12 de julio de 2021 se acordó exonerar del dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley, pese a que se trataba de una ley orgánica.

Esta exoneración resultaba claramente contraria al propio Reglamento del Congreso y con ello al respectivo bloque de constitucionalidad, por lo que correspondía declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional por haber incurrido en vicios formales. El Congreso de la República no respetó el procedimiento de formación de la ley que el mismo fijó.

Carece de fundamento el argumento de los tres magistrados que salvaron esta ley. Ellos sostienen que conforme al último párrafo del artículo 79 del Reglamento del Congreso, el trámite de una autógrafa de ley observada por el Presidente de la República debe pasar a comisión sólo si fue exonerada inicialmente de dicho trámite, de modo que en el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, al haber pasado ya por una comisión dictaminadora [antes de su primera votación], podía exonerarse a la autógrafa observada de dicho código.

Este argumento de los tres magistrados es incorrecto pues dicho párrafo es aplicable sólo cuando se trata de leyes distintas a las leyes orgánicas o de reforma constitucional, entre otras. Lo digo una vez más. En el caso de las leyes orgánicas la Junta de Portavoces del Congreso de la República está prohibida de exonerar el envío a comisiones. Las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa del Nuevo Código Procesal Constitucional debieron recibir un dictamen de la comisión respectiva y, por tratarse de una ley orgánica, no podían ser objeto de ninguna exoneración sobre el trámite a comisión.

Pese a la manifiesta inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional y atendiendo a que, formalmente, una sentencia del Tribunal Constitucional, con el voto de tres magistrados, ha convalidado, en abstracto y por razones de forma, dicho código, debo proceder a aplicarlo en el caso de autos, reservándome el pronunciamiento en los casos que por razones de fondo se pueda realizar el respectivo control de constitucionalidad.

Dicho esto, mi voto entonces es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, ahora, artículo 7, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



Pleno. Sentencia 199/2022

Exp. N.º 02151-2018-PA/TC-LIMA

Asociación de Adjudicatarios y Posesionarios
de la Urbanización Los Huertos de La Molina

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 31 de mayo de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga (con fundamento de voto), Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, y dejar a salvo el derecho de la recurrente a fin de que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de mayo de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia; con el fundamento de voto de la magistrada Pacheco Zerga, que se agrega.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación de Adjudicatarios y Posesionarios de la Urbanización Los Huertos de La Molina, contra la resolución de fojas 366, de fecha 5 de diciembre de 2017, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de enero de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra Luz del Sur SAA y el Organismo Supervisor de la Energía y Minería (Osinergmin), con el objeto de que se declare nulas la Resolución SGSC-SAN-151378, de 6 de agosto de 2015; la Resolución SGSC-SAN-151654, de 14 de septiembre de 2015; la Resolución de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de la Energía y Minería 1357-2015-OS/JARU-SC, de 18 de noviembre de 2015, que confirmó la Resolución SGSC-SAN-151654; y que, por consiguiente, se ordene a Luz del Sur SAA que apruebe el proyecto del sistema de distribución primaria, secundaria e instalaciones de alumbrado público para las manzanas H (lotes 1 al 20), I (lotes 1 al 19), 1-2 (lotes 1 al 20), K (lotes 1 al 7) y L (lotes 1 al 9), ubicadas en la calle Los Alpes Este y calle Los Himalayas Este de la Urbanización Los Huertos de La Molina en el distrito de La Molina. Alega la vulneración de los derechos de acceso al servicio público de electricidad, a la motivación del acto administrativo y a la igualdad.

Manifiesta que, atendiendo a sus solicitudes presentadas, Luz del Sur SAA, mediante Carta DPBT.12.11183630, de fecha 3 de agosto de 2012, les otorgó el certificado de factibilidad de suministro eléctrico y fijó el punto de diseño del proyecto del sistema de distribución primaria, secundaria e instalaciones de alumbrado público para su predio; sin embargo,

ante los reiterados pedidos de revisión del referido proyecto de electrificación, así como el posterior reclamo presentado, mediante Resolución SGSC-SAN-151378, de fecha 6 de agosto de 2015, la demandada declaró infundado el reclamo bajo la consideración de que el área que ocupa el proyecto mantiene la condición de terreno rústico sin habilitación urbana aprobada para efectos de un proyecto de electrificación definitivo; decisión que fue confirmada por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Osinergmin.

Refiere que las resoluciones administrativas impugnadas vulneran el derecho a la debida motivación de los actos administrativos, por cuanto la decisión adoptada no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley de Concesiones Eléctricas, puesto que en las mismas resoluciones cuestionadas se ha reconocido que la Urbanización Los Huertos de La Molina sí cuenta con habilitación urbana en virtud de que fue aprobada por la Resolución 273-97-MML, de fecha 24 de octubre de 1997; y si bien fue anulada mediante Acuerdo de Concejo 1 de fecha 22 de junio de 2000, las partes emplazadas no han tomado en cuenta que esta decisión es ilegal y nula puesto que la facultad que tenía la Municipalidad Metropolitana de Lima para declarar la nulidad de oficio de la Resolución 273-97-MML venció en el año 1998, por lo que la habilitación urbana sigue vigente. Agrega que también se ha vulnerado su derecho a la igualdad, puesto que Luz del Sur SAA le habría brindado un trato diferente sin que exista una justificación objetiva para ello, en la medida que anteriormente aprobó cuatro proyectos de electrificación en la misma Urbanización Los Huertos de La Molina sin que cuenten con la habilitación urbana aprobada.

El apoderado de Luz del Sur SAA contesta la demanda alegando que las normas sobre la materia exigen como requisito para otorgar el punto de diseño, a fin de elaborar el proyecto de electrificación y posterior ejecución, copias del plano de lotización aprobado por la municipalidad provincial o distrital y copia del documento por el que la municipalidad aprueba los estudio preliminares de habilitación urbana; sin embargo, la demandante pretende que se apruebe su proyecto de electrificación sobre la base de una habilitación urbana declarada nula por la Municipalidad Metropolitana de Lima, por lo que queda claro que ningún momento se le ha restringido el acceso a la provisión de un servicio público, sino que se ha declarado la imposibilidad de aprobar un proyecto de electrificación debido a su incumplimiento de presentar requisitos expresamente contemplados en la normatividad que vela por la correcta instalación de la infraestructura eléctrica. Agrega que, con

relación al argumento de que se habrían aprobado otros proyectos de electrificación que tienen la misma condición que el proyecto de electrificación materia de la demanda, los tres procedimientos de electrificación se llevaron a cabo cuando no tenían conocimiento de que se había anulado la habilitación urbana; y el cuarto proyecto de electrificación aún no ha sido ejecutado por los mismos motivos que impidieron la prosecución el proyecto de electrificación cuestionado por la demandante.

El apoderado del Osinergmin contesta la demanda argumentando que la empresa concesionaria desestimó el reclamo presentado, en tanto que la demandante no tiene un proyecto de habilitación urbana, ni provisional ni definitivo, y que lo único que tenía era un estudio preliminar que la Municipalidad Metropolitana de Lima declaró nulo. Agrega que, dado que la demandante no acreditó cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 85 de la Ley de Concesiones Eléctricas (habilitación urbana o, en su defecto, los planos de lotización, trazado de vías, constancia de posesión), la empresa concesionaria no se encuentra obligada atender la solicitud de aprobación de proyección de electrificación.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 22 de octubre de 2016, declaró fundada la demanda, por estimar que en el presente caso las emplazadas no han evaluado la legitimidad constitucional del Acuerdo de Concejo 1, por la cual se declaró nula la habilitación urbana aprobada por la Resolución 273-97-MML, puesto que obviaron considerar que dicho acuerdo se encuentra viciado de nulidad en razón de que fue emitido más allá del plazo legal para declarar la nulidad de oficio del acto administrativo, por lo que se mantiene vigente la validez y eficacia de la Resolución 273-97-MML.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, con el argumento de que las resoluciones cuestionadas son actos administrativos, los cuales son susceptibles de ser cuestionados en el proceso contencioso administrativo conforme con el inciso 1 del artículo 4 de la Ley 27584, por lo que resulta de aplicación el precedente emitido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

III. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. La cuestión controvertida radica en determinar si corresponde declarar nulas la Resolución SGSC-SAN-151378, de 6 de agosto de 2015; la Resolución SGSC- SAN-151654, de 14 de septiembre de 2015;

la Resolución de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de la Energía y Minería 1357-2015-OS/JARU-SC, de 18 de noviembre de 2015, que confirmó la Resolución SGSC-SAN-151654; y que, por consiguiente, se ordene a Luz del Sur SAA que apruebe el proyecto del sistema de distribución primaria, secundaria e instalaciones de alumbrado público para las manzanas H (lotes 1 al 20), I (lotes 1 al 19), 1-2 (lotes 1 al 20), K (lotes 1 al 7) y L (lotes 1 al 9), ubicadas en la calle Los Alpes Este y calle Los Himalayas Este de la Urbanización Los Huertos de La Molina en el distrito de La Molina. Se alega la vulneración de los derechos de acceso al servicio público de electricidad, a la motivación del acto administrativo y a la igualdad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional respecto del acceso a los servicios públicos como derechos sociales mínimos

2. El artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, incorporado por el artículo único de la Ley 30588, publicada el 22 de junio de 2017, consagra lo siguiente:

El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

3. Al respecto, cabe destacar que la existencia del derecho al agua potable en nuestro ordenamiento jurídico tuvo un origen jurisprudencial, pues este Tribunal ya había reconocido el derecho al agua potable como un derecho constitucional no enumerado, en la lógica del artículo 3 de la Constitución Política, a partir de la Sentencia 06534-2006-PA/TC (cfr. fundamentos 15 a 25):

7. El agua potable como derecho constitucional no enumerado

17. (...) la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.

8. Contenido del derecho fundamental al agua potable. Roles personales y extra personales

18. El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

(...)

9. Supuestos mínimos del derecho al agua potable. El acceso, la calidad, la suficiencia (...)

25. En resumidas cuentas corresponde al Estado, dentro de su inobjetable rol social y en razón de su objetivo primordial de protección del ser humano y su dignidad, fomentar que el agua potable se constituya no sólo en un derecho de permanente goce y disfrute, sino a la par, en un elemento al servicio de un interminable repertorio de derechos, todos ellos de pareja trascendencia para la realización plena del individuo.

4. Sin embargo, este Tribunal advierte que, en materia de servicios públicos, el acceso al agua potable no es la única necesidad básica que tenemos las personas, ni es el único servicio público que pueda ser tratado como un derecho no enumerado (y, eventualmente, también positivizado). La vida en el mundo moderno requiere de ciertos derechos sociales mínimos en materia de servicios públicos, sin los cuales las personas no pueden tener una vida digna, ejercitar sus demás derechos, ni desarrollarse en sociedad. Entre ellos se puede incluir el acceso a agua potable y desagüe, a energía eléctrica y a internet, los cuales comparten una naturaleza prestacional y, por ello, un deber del Estado y la comunidad.

5. Así, resulta de aplicación a todos ellos lo dispuesto en el artículo 58 de nuestra Constitución Política, el cual establece que bajo el régimen de una economía social de mercado, el Estado actúa principalmente en el área de los servicios públicos, garantizando a los usuarios su acceso y prestación efectiva, continua, suficiente, de calidad y sin discriminación. En ese orden de ideas, le corresponde al Estado garantizar un acceso mínimo a los servicios de agua, energía eléctrica e internet, a todas las personas, particularmente a los más necesitados y a aquellos que viven en situación de extrema pobreza.
6. Efectivamente, del acceso a la energía eléctrica también puede decirse que se trata de un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente; resulta prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de energía eléctrica el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.
7. En tal sentido, este Tribunal reconoce que, si bien el derecho de acceso a la energía eléctrica no se encuentra consagrado expresamente en la Constitución, puede ser considerado como un derecho no enumerado conforme a su artículo 3, por cuanto está relacionado “directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho” (cfr. Sentencias 06534-2006-PA/TC y 06546-2006-PA/TC).
8. Sin embargo, esto no significa que el acceso a la energía eléctrica sea automático o deba realizarse sin respetar ninguna otra consideración, pues requiere una debida implementación que asegure la protección del medio ambiente, la seguridad de las redes eléctricas, y que se considere la producción nacional de electricidad. En tal sentido, se trata de un derecho fundamental de configuración legal, de manera que la implementación de las redes eléctricas necesarias para la satisfacción de las necesidades humanas estará sujeta al cumplimiento de determinados requisitos legales racionales y necesarios bajo la supervisión de los entes administrativos correspondientes que ya existen en nuestro sistema eléctrico, dentro del cual no se debe postergar de suministro indefinidamente a los grupos en situación de pobreza.

9. Ahora bien, en esta línea, el artículo 82 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, dispone que “Todo solicitante, ubicado dentro de una zona de concesión de distribución tendrá derecho a que el respectivo concesionario le suministre energía eléctrica, previo cumplimiento de los requisitos y pagos que al efecto fije la presente Ley y el Reglamento, conforme a las condiciones técnicas que rijan en el área”, lo que implica, para el resto de casos, el desarrollo de los trámites previstos por la ley.

Análisis del caso

10. Del artículo 7, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Constitucional (que reproduce el texto del artículo 5, inciso 2, del anterior Código Procesal Constitucional), se desprende que procede acudir a la vía especial y urgente del proceso de amparo para solicitar la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos; esto es, si no existe una “vía igualmente satisfactoria”. El examen de esta causal de improcedencia no supone verificar, simplemente, si existen “otras vías judiciales” mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida [cfr. Sentencia 02383-2013- PA/TC, fundamento 8].
11. Para determinar la existencia de vías igualmente satisfactorias, este Tribunal ha establecido, con carácter de precedente vinculante [Sentencia 02383-2013-PA/TC, fundamento 15], que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” que 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 sea idónea para la tutela del derecho;
 - ii) Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada;
 - iii) Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y,
 - iv) Que no exista 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 revelará 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.

12. En el presente caso, desde una perspectiva objetiva, el proceso contencioso administrativo contemplado en el inciso 1 del artículo 4 de la Ley 27584 cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión de la recurrente y darle tutela adecuada. Es decir, el proceso contencioso administrativo constituye una vía célere y eficaz respecto del amparo, donde puede resolverse el caso de derecho fundamental propuesto por el demandante, de conformidad con el fundamento 27 de la Sentencia 02383 -2013 -PA/TC.
13. 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.
14. Efectivamente, y a mayor abundamiento, la recurrente ha sostenido en su recurso de agravio constitucional (f. 383) que el amparo es la vía idónea debido a que: (i) reiterada jurisprudencia de este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el amparo es la vía idónea para tutelar las violaciones que sufre el derecho fundamental de acceso al agua potable (Sentencias 06534-2006-PA/TC, 06546- 2006-PA/TC, 01573-2012-PA/TC, 03333-2012-PA/TC y 00666-2013-PA/TC), y por ello, argumenta que las mismas razones para tutelar dicho derecho son aplicables, *mutatis mutandis*, al derecho fundamental de acceso al servicio público de electricidad; (ii) el acceso a tal servicio es una condición de vida adecuada que permite el pleno disfrute de la vida y el ejercicio de los demás derechos fundamentales; en la Sentencia 03668-2009-PA/TC este Tribunal concluyó que cortar el servicio de energía eléctrica sin razón objetiva es inconstitucional y lesivo de la dignidad humana.
15. Al respecto, este Tribunal advierte una diferencia sustancial entre los casos señalados por la recurrente y el presente caso; a saber, que todos los casos mencionados fueron resueltos antes de la entrada en vigencia del precedente constitucional establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.
16. En el presente caso, en los actuados obra la Resolución SGSC-SAN-151378, de 6 de agosto de 2015 (f. 199), a través de la cual Luz del Sur SAA declaró infundado el reclamo presentado por la ahora demandante sobre la denegatoria de la aprobación del proyecto correspondiente al subsistema de distribución primaria, secundaria e

instalaciones de alumbrado público para las manzanas H (lotes 1 al 20), I (lotes 1 al 19), 1-2 (lotes 1 al 20), K (lotes 1 al 7) y L (lotes 1 al 9), ubicadas en la calle Los Alpes Este y calle Los Himalayas Este de la Urbanización Los Huertos de La Molina en el distrito de La Molina.

17. Del mismo modo, en los actuados obra la Resolución 1357-2015-OS/JARU-SC, de 18 de noviembre de 2015 (f. 271), a través de la cual la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de la Energía y Minería confirmó la Resolución SGSC-SAN-151654, de 14 de septiembre de 2015.
18. Se advierte que las referidas resoluciones administrativas cuestionadas desestimaron la solicitud de aprobación del proyecto “Subsistema de Distribución Primaria y Secundaria e Instalación de Alumbrado Público” para la calle Los Alpes Este y calles adyacentes de la Urbanización Los Huertos de la Molina, puesto que la demandante no cumplió con presentar los documentos exigidos por el artículo 85 de la Ley de Concesiones Eléctricas; esto es, la habilitación urbana o, en su defecto, los planos de lotización, trazado de vías, así como la constancia de posesión, aprobados y emitidos por la municipalidad correspondiente.
19. Por otro lado, la demandante alega que si bien la Resolución 273-97-MML, de fecha 24 de octubre de 1997, por la cual se aprobó el estudio preliminar de habilitación urbana, fue anulada mediante Acuerdo de Concejo 1 de fecha 22 de junio de 2000, las partes emplazadas no habrían tomado en cuenta que esta decisión es ilegal y nula puesto que la facultad que tenía la Municipalidad Metropolitana de Lima para declarar la nulidad de oficio de la Resolución 273-97-MML venció en el año 1998, por lo que –a su criterio– la habilitación urbana seguiría vigente.
20. Sobre el particular, cabe tener presente que el artículo 9 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece el principio de presunción de validez, conforme al cual todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda. Bajo este escenario, en la medida que el Acuerdo de Concejo 1 de fecha 22 de junio de 2000 no fue declarado nulo por la autoridad administrativa competente o por un órgano jurisdiccional, las partes emplazadas estaban en la obligación de presumir su

validez, por lo que de modo alguno podían alegar un presunto vicio de nulidad para resolver el caso planteado en sede administrativa.

21. En ese sentido, y en atención a que este Tribunal considera que los actos administrativos cuestionados son susceptibles de ser cuestionados en el proceso contencioso administrativo según lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 4 de la Ley 27584, resulta de aplicación el precedente emitido en la Sentencia 02383-2013- PA/TC. En consecuencia, corresponde declarar improcedente la demanda de amparo, pero dejando a salvo el derecho de la recurrente a fin de que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, y dejar a salvo el derecho de la recurrente a fin de que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAIVA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Si bien coincido con el sentido de la ponencia, debo precisar lo siguiente:

1. La Asociación de Adjudicatarios y Posesionarios de la Urbanización Los Huertos de La Molina a recurrente interpone demanda de amparo contra Luz del Sur SAA y el Organismo Supervisor de la Energía y Minería (Osinergmin). Pretende la nulidad de: la Resolución SGSC-SAN-151378, de seis de agosto de 2015; la Resolución SGSC-SAN-151654, de catorce de septiembre de 2015; y la Resolución de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Osinergmin 1357-2015-OS/JARU-SC, de dieciocho de noviembre de 2015.
2. Solicita además que se ordene a Luz del Sur SAA que apruebe el proyecto del sistema de distribución primaria, secundaria e instalaciones de alumbrado público para las manzanas H (lotes 1 al 20), I (lotes 1 al 19), 1-2 (lotes 1 al 20), K (lotes 1 al 7) y L (lotes 1 al 9), ubicadas en la calle Los Alpes Este y calle Los Himalayas Este de la Urbanización Los Huertos de La Molina en el distrito de La Molina.
3. Al respecto, comparto lo decidido en la ponencia, respecto a que la pretensión invocada debe ser declarada improcedente. Sin embargo, considero que el fundamento de dicha decisión radica más bien en que los hechos expuestos carecen de relevancia constitucional. Y es que, si bien se invoca la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas y del principio de igualdad, en realidad lo que la demandante pretende es que se le otorgue el servicio público de suministro eléctrico, a pesar de no contar con Habilitación Urbana vigente, conforme lo exige el artículo 85 de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley 25844).
4. En ese sentido, la determinación del cumplimiento de los requisitos para la implementación del servicio de suministro eléctrico es una controversia estrictamente de rango legal, que no contraviene los derechos fundamentales alegados. Por tanto, la demanda es **IMPROCEDENTE** en aplicación del artículo 7 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que establece 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.

PACHECO ZERGA



Pleno. Sentencia 192/2022

EXP. N.º 02220-2019-PA/TC-ICA

JIMMY JOSÉ OLARTE GALINDO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 31 de mayo de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro (con fundamento de voto), Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo en el extremo referido a los descuentos que se vienen realizando de forma indebida a las remuneraciones del recurrente; en consecuencia, **ORDENA** a la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA cesar todo descuento indebido a las remuneraciones del recurrente, conforme a lo expresado *supra*.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la restitución de la suma de S/. 357 319.60.
3. Dejar a salvo el derecho de la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” para que haga efectivo el cobro de la deuda en la vía que corresponda.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido al otorgamiento de costos y costas procesales.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de mayo de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia; con el fundamento de voto del magistrado Domínguez Haro, que se agrega.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jimmy José Olarte Galindo contra la Resolución 24, de folios 346, de fecha 29 de marzo de 2019, expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 14 de noviembre de 2017, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA y contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona”. Solicita que se deje sin efecto el abusivo y excesivo descuento por planilla del 100 % de su remuneración y que se proceda a descontarle solo el 60 %, conforme al límite establecido por el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil; y que, en consecuencia, se disponga la restitución del pago del 40 % de sus remuneraciones descontadas indebidamente, ascendente a la suma de S/. 357 319.60, más el pago de los intereses y los costos y las costas del proceso.

Manifiesta ser trabajador de la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA, con contrato de trabajo a plazo indeterminado, y que, de manera arbitraria, unilateral, sin autorización judicial y sin que lo haya autorizado por escrito, su empleador desde el año 2007 hasta la actualidad procedió a descontarle el 100 % de su remuneración semanal, poniendo en peligro su subsistencia, sin tomar en consideración que desde el referido año se le viene afectando el 60 % de sus remuneraciones por concepto de retención judicial por pensiones alimenticias, por lo que el 40 % de

sus remuneraciones tiene el carácter de intangible; sin embargo, procede a descontarle dicho porcentaje para cancelar un crédito que tiene con la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona”, hecho que vulnera su derecho constitucional a percibir una remuneración equitativa y suficiente a fin de procurar a su persona y a su familia el bienestar material y espiritual, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política (f. 36).

El Juzgado Mixto y de Investigación Preparatoria de Marcona, mediante Resolución 3, del 26 de enero de 2018, admite a trámite la demanda (f. 50).

El apoderado de la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA contesta la demanda y afirma que los descuentos que se realizan al actor son por mandatos judiciales o en cumplimiento de texto expreso de la ley, pues parte de los descuentos son para la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona”, que no tiene la condición de entidad financiera sino de cooperativa; y que la vía del amparo no es la idónea para exigir a su representada —que es una empresa privada que retiene haberes de sus trabajadores por mandatos judiciales y/o legales— devolver sumas de dinero que no tiene en su poder (f. 76).

El Juzgado Mixto y de Investigación Preparatoria de Marcona, mediante Resolución 5, de fecha 2 de abril de 2018, declaró improcedente la demanda, en aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el precedente vinculante establecido en la sentencia emitida en el Expediente 00206-2005-PA/TC (f. 136). La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica, por Resolución 11, de fecha 4 de julio de 2018, declaró nula la sentencia emitida por el *a quo*, y dispuso que emita nueva resolución, y que incorpore a la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” como co-demandada en el presente proceso (f. 170). El *a quo*, por Resolución 14, del 4 de octubre de 2018, vuelve a admitir a trámite la demanda (f. 201).

El apoderado de la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA absuelve la demanda, reproduciendo *in extenso* la contestación contenida en su primer escrito (f. 204).

La gerente general de la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente, en aplicación de los numerales 1 y 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, aduciendo que no proceden las demandas constitucionales cuando existen vías igualmente satisfactorias para

la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, y más aún cuando existe cosa juzgada sobre la misma pretensión del actor en el Expediente 030-2017 y los hechos datan de 2007, lo que acredita que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad. Asimismo, sostiene que no corresponde la pretendida devolución del 40 % de las remuneraciones del accionante, dado que ellas se definen como la contraprestación que se brinda en dinero o en especie al trabajador por poner a disposición del empleador su capacidad de trabajo, situación que no se presenta con el accionante, pues este no tiene relación laboral alguna con su representada (f. 214).

El Juzgado Mixto y de Investigación Preparatoria de Marcona, mediante Resolución 16, de fecha 20 de noviembre de 2018, declara improcedente la demanda, por considerar que la materia discutida es eminentemente laboral, y existe una vía igualmente satisfactoria prevista en la Ley Procesal Laboral 29497, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante recaído en el Expediente 02383-2013-PA/TC (f. 233).

Mediante Resolución 24, del 29 de marzo de 2019, la Sala Superior revisora confirmó la apelada, por similares argumentos (f. 346).

III. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En la presente demanda de amparo el recurrente solicita que se deje sin efecto el descuento por planilla del 100 % de su remuneración y que se proceda a descontarle solo el 60 %, conforme al límite establecido por el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil; y que, en consecuencia, se disponga la restitución del pago del 40 % de sus remuneraciones descontadas indebidamente, ascendente a la suma de S/. 357 319.60, más el pago de los intereses y los costos y las costas del proceso.

Derecho a la remuneración y la inembargabilidad relativa de la remuneración

2. El artículo 24 de la Constitución establece que el trabajador tiene “derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual [...]”. La jurisprudencia de este Tribunal sobre este artículo 24 ha establecido que la remuneración es la retribución recibida por el trabajador en virtud

de un trabajo o servicio realizado para un empleador. Posee una naturaleza alimentaria y está en estrecha relación con los derechos a la vida, igualdad, dignidad y con efectos sobre el desarrollo integral de la persona humana (sentencia emitida en el Expediente 00020-2012-PI/TC, fundamento 12). El derecho a una remuneración implica además que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, que el empleador no puede dejar de otorgar remuneración sin causa justificada, que ello es prioritario, sin que esté permitida la discriminación en el pago de la remuneración, y que debe ser suficiente (sentencia emitida en el Expediente 00020-2012-PI/TC, fundamento 13).

3. De otro lado, conforme al numeral 6 del artículo 648 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, son inembargables las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal (URP). El exceso es embargable hasta una tercera parte. Asimismo, cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el 60 % del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.
4. Con relación a dicha disposición legal, el Tribunal Constitucional ha indicado en el fundamento 8 de la sentencia emitida en el Expediente 00645-2013-PA/TC que:

(...) el objeto del artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil es permitir la existencia de una cantidad inembargable para asegurar que toda persona pueda tener un mínimo de ingresos para cubrir sus necesidades básicas, independientemente de que sus ingresos provengan de una remuneración laboral o de una contraprestación civil.

5. En tal sentido, la inembargabilidad a la que se hace referencia en el numeral 6 del artículo 648 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, coadyuva a que se garantice el derecho a la remuneración equitativa y suficiente, pues el aseguramiento de un mínimo de ingresos posibilita que haya una retribución por el trabajo realizado, y contribuye a que el titular atienda sus necesidades básicas de alimentación, salud, vestido, entre otros aspectos, que le permitan realizar una vida digna, en igualdad de condiciones y conforme a su proyecto de vida.
6. Debe precisarse también que el Tribunal Constitucional ha aplicado lo establecido en el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, no solo en casos en donde se intervienen los montos

remunerativos depositados en las cuentas de ahorros de los trabajadores o cuando existía procedimiento de cobranza coactiva o embargo, ya sea a nivel jurisdiccional o administrativo. En efecto, en la sentencia expedida en el Expediente 01192-2001-AA/TC, se analizó la situación en que una entidad financiera procedió a descontar casi el 100 % de la remuneración percibida por el fiador. Frente a ello el Tribunal precisó en el punto d) del fundamento 2 que:

(...) este hecho convierte la medida adoptada en una decisión carente de todo sentido razonable y proporcional, por cuanto en el presente caso, de la remuneración afectada no sólo depende la persona afectada sino su propia familia, lo cual infringe la protección a la familia que garantiza el artículo 26° de la Constitución y el artículo 648°, incisos 6) y 7), del Código Procesal Civil.

7. Ahora bien, en la sentencia emitida en el Expediente 03682-2012-PA/TC, se analizó el acuerdo entre una entidad financiera y un tercero por el cual se autorizaba, de forma expresa, que dicha entidad financiera descuenta lo adeudado de sus pensiones de sobrevivencia a las que tuvieran derecho sus deudos, hasta la cancelación total de la deuda. En virtud de ello, y luego del fallecimiento del firmante, se descontó cierto monto de las pensiones de supervivencia sin mediar resolución judicial. Frente a ello se resolvió que ese acuerdo era arbitrario, y se afirmó también que la entidad financiera no tomó en consideración lo establecido en el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil. En dicha sentencia se enfatizó que “los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, por otro, todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico” (sentencia recaída en el Expediente 03682-2012-PA/TC, fundamento 7).
8. En esa línea, en la sentencia emitida en el Expediente 01796-2020-PA/TC se realizó un pronunciamiento sobre el acuerdo de compensación para el cobro de una deuda por parte de una entidad bancaria, poniéndose de relieve que la compensación debe ser interpretada en armonía con el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil, por

lo que no resulta factible que la entidad emplazada se apropie del íntegro de las remuneraciones del demandante, pues solamente está permitido proceder en virtud del mencionado artículo.

9. Sobre la base de lo expuesto, la inembargabilidad a la que se hace referencia en el numeral 6 del artículo 648 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, coadyuva a que se garantice el derecho a la remuneración equitativa y suficiente; y ningún pacto contractual podría oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales, como el derecho a la remuneración equitativa y suficiente.

Análisis de la controversia

10. En el presente caso, el demandante solicita que se deje sin efecto el descuento por planilla del 100 % de su remuneración y que se proceda a descontarle solo el 60%, conforme al límite establecido por el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil; razón por la cual corresponde determinar si el descuento que la parte emplazada le realiza al actor, del 100 % de su remuneración, vulnera su derecho a la remuneración equitativa y suficiente.
11. Sobre el particular, de lo reconocido por las partes a lo largo del proceso, queda claro que al demandante se le venía descontando el 60 % de sus remuneraciones por mandato judicial, a fin de cumplir con el pago de pensiones alimenticias. Ello se corrobora con la sentencia emitida en el Expediente 130-2007-C, de fecha 9 de junio de 2008, seguido ante el Juzgado de Paz Letrado de Marcona, confirmada por la sentencia emitida por el Juzgado Mixto y de Investigación Preparatoria de Marcona, de fecha 28 de enero de 2009, Expediente 2008-0183-0-1413-JM-FA- 01, cuyas copias fueron presentadas con el escrito con registro 003634-20-ES, del 26 de noviembre de 2020.
12. Por otro lado, de las boletas de pago semanal de haberes del actor se advierte que se le descontaba, además del 60 % por embargo judicial, sumas por concepto “Cooperativa de Crédito”, como los S/. 78.34, descontados en la semana del 30 de octubre al 5 de noviembre de 2017, en la que el neto a pagar resultó en S/. 0.00 (f. 9). Similar situación se advierte en las boletas de pago correspondientes a diversas semanas de los años 2009 a 2016 (ff. 10 a 18), entre otras boletas que obran tanto en el expediente judicial como en el cuaderno de este Tribunal. Los referidos descuentos, en menor porcentaje, han seguido efectuándose, incluso hasta el año 2020, conforme se advierte de

la boleta de pago de la semana del 17 al 23 de febrero de 2020, en la que se le descontó al actor la suma de S/. 60.00 y recibió como pago neto S/. 203.20, la cual fue presentada por la parte demandante el 8 de junio de 2020, en cumplimiento del pedido de información realizado por este Alto Colegiado y que obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional (Escrito con registro 001653-20-ES, del 8 de junio de 2020).

13. En cuanto al descuento por concepto “Cooperativa de Crédito”, obran en el cuaderno de este Tribunal autorizaciones de descuento mensual de remuneraciones suscritos por el actor, mediante las cuales autoriza a su empleador, la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA, a descontar el monto de la cuota del préstamo obtenido de la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” e instruye a que dicho importe sea abonado a la mencionada cooperativa, al amparo del artículo 79 del Decreto Supremo 074-90- TR. Dichas autorizaciones, correspondientes a los meses de agosto de 2007, marzo de 2008, mayo de 2012 y agosto de 2015, fueron presentadas por la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA en cumplimiento del pedido de información formulado por este Tribunal (Escrito con registro 003634-20-ES, del 26 de noviembre de 2020).
14. Al respecto, el referido artículo 79 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por el Decreto Supremo 074-90-TR, establece que:

Artículo 79.- Toda dependencia del Sector Público y *cualquier empleador de otros sectores deberán descontar y retener con cargo a las remuneraciones, pensiones y/o beneficios sociales de sus servidores activos, cesantes y jubilados, las sumas que éstos deseen abonar por cualquier concepto a una o más cooperativas*, a solicitud expresa de ellos y con observancia de las siguientes normas:

1. La solicitud de descuento no podrá ser revocada sino con autorización de la cooperativa o cooperativas beneficiarias;
2. Cada descuento será practicado con prioridad sobre cualquier otra obligación del servidor, salvo los ordenados por mandamiento judicial;
3. Cuando se trate de dos o más cooperativas beneficiarias, la prioridad de los descuentos las favorecerá en el orden

cronológico de presentación de las solicitudes de descuento correspondientes;

4. Los descuentos serán hechos sin deducciones adicionales a cargo del servidor ni costo alguno para la cooperativa beneficiaria, salvo los gastos de transferencia pagados a terceros;
 5. Las sumas retenidas devengarán a favor de la cooperativa beneficiaria y a cargo del retenedor, el interés máximo legalmente autorizado para las colocaciones bancarias, desde el día siguiente a la fecha del descuento hasta que sean transferidas a aquella;
 6. Las sumas descontadas y en su caso los intereses según el inciso anterior serán transferidos a favor de la cooperativa beneficiaria, dentro de los 15 días siguientes al descuento, bajo responsabilidad del retenedor (énfasis adicionado).
15. Dicha norma legal faculta al trabajador a que pueda autorizar a su empleador a efectuar descuentos y retenciones con cargo a sus remuneraciones con la finalidad de amortizar préstamos otorgados por las cooperativas; es decir, contempla la posibilidad de autorizar el referido descuento como una expresión de la libre voluntad del trabajador.
 16. Sin embargo, como se indicó *supra*, si bien la autonomía de la libertad es la base para el ejercicio del derecho fundamental a la libre contratación, esta no puede ser considerada como una libertad absoluta. En efecto, se trata de la expresión de la volición, tendiente a la creación de una norma jurídica con interés particular (sentencia emitida en el Expediente 00047-2004-PI/TC, fundamento 44). Pero en virtud de este ejercicio de la autonomía privada no puede justificarse la vulneración de otros derechos fundamentales ya que, como cualquier otro derecho, tiene límites. En tal sentido, un pacto contractual no puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales (sentencia emitida en el Expediente 03682-2012-PA/TC, fundamentos 4 a 7).
 17. Por consiguiente, teniendo en cuenta que la libertad de contratar (artículo 62 y el artículo 2.14 de la Constitución) debe interpretarse en concordancia con el derecho a la remuneración (artículo 24 de la Constitución), los descuentos y retenciones que la empresa demandada realice de acuerdo con las autorizaciones efectuadas por el demandante, en aplicación del artículo 79 del Texto Único Ordenado

de la Ley General de Cooperativas; deben ser interpretados en armonía con el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

18. Consecuentemente, no resulta factible que la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA descuenta de las remuneraciones del actor un porcentaje mayor al permitido por el mencionado inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.
19. Por lo tanto, queda acreditado que la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA incumplió con lo establecido en el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, por lo que la demanda debe ser declarada fundada en dicho extremo. En tal sentido, la referida emplazada debe cesar todo descuento a las remuneraciones del recurrente que implique superar el porcentaje máximo establecido por la mencionada norma legal.
20. Lo establecido no significa que la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” no tenga derecho a cobrar las deudas que tenga el actor, sino que su cobranza debe respetar el parámetro fijado en el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil. Efectivamente, lo resuelto no implica la extinción de la deuda que ha contraído el actor, o que no esté obligado a cancelarla, pues los demandados tienen habilitados los demás medios que ofrece el ordenamiento jurídico para conseguir que el demandante honre dicha deuda. Por ello, se deja a salvo el derecho de la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” para que haga efectivo el cobro de la deuda en la vía que corresponda.
21. Por otra parte, con relación a la pretensión de la devolución de la suma descontada de forma indebida, ascendente a S/. 357 319.60, este Tribunal Constitucional advierte que los medios probatorios obrantes en autos resultan insuficientes para determinar todos los períodos en los cuales se efectuaron descuentos contraviniendo el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil, además de existir controversia en cuanto a los montos que habrían sido descontados al actor, conforme lo señala el propio demandante en su escrito presentado a este Tribunal con fecha 23 de diciembre de 2020 (Escrito con registro 004247-20-ES). Similar contradicción es apuntada por el recurrente en su demanda (f. 36), y en su escrito de fecha 16 de marzo de 2018, en cuyo punto 5 indica que lo declarado por su empleador a la Sunat no cuadra con los descuentos realizados a sus boletas de pago (f. 131).

22. Asimismo, se debe tener en cuenta que las sumas descontadas al actor por su empleador no han sido retenidas por este para beneficio propio sino para ser entregadas a un tercero, en este caso, a la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona”, con la finalidad de amortizar la deuda mantenida por el demandante; deuda que, además, se ha seguido incrementando con nuevos préstamos después de haberse interpuesto la presente demanda, conforme consta en el estado de cuenta obrante a fojas 125, en el cual aparecen préstamos otorgados el 17 de enero y el 6 de febrero de 2018 por S/. 64 954.41 y S/. 2800.40, respectivamente, así como en los cronogramas de pagos de préstamos realizados el 23 de agosto de 2018 (S/. 30 000.00), el 31 de enero de 2019 (S/. 14 710.40) y el 16 de marzo de 2021 (S/. 3100.00), que fueran presentados por la referida cooperativa, conforme a lo solicitado por este Tribunal Constitucional (Escrito con registro 002922-21-ES, del 4 de mayo de 2021). Siendo así, no resulta posible, en el proceso constitucional de amparo, restituir las sumas descontadas en exceso por el empleador, en tanto que fueron utilizadas para amortizar las deudas del recurrente; razón por la cual el reintegro de los descuentos se ha convertido en irreparable en sede constitucional.
23. Por los motivos expuestos, y teniendo en cuenta la irreparabilidad del acto que intervino irrazonablemente en el derecho a la remuneración del actor, debe declararse improcedente el extremo de la pretensión de la demanda relacionado con la solicitud de devolución de la suma descontada de la remuneración. Sin perjuicio de lo resuelto, este Alto Colegiado deja a salvo el derecho del demandante para que, si lo estima conveniente, requiera la devolución de los descuentos de su remuneración en la vía ordinaria correspondiente.
24. Finalmente, no se observa temeridad o agravio manifiesto en el actuar de la parte demandada para lesionar el derecho a la remuneración equitativa y suficiente del actor. En todo caso, se advierte que la demandada ha interpretado errónea o defectuosamente la aplicación del artículo 79 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, y sin concordarlo con el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil. Por tales consideraciones, este Tribunal Constitucional concluye que corresponde desestimar la demanda en el extremo referido al pago de costos y costas procesales.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo en el extremo referido a los descuentos que se vienen realizando de forma indebida a las remuneraciones del recurrente; en consecuencia, **ORDENA** a la Empresa Minera Shougang Hierro Perú SAA cesar todo descuento indebido a las remuneraciones del recurrente, conforme a lo expresado *supra*.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la restitución de la suma de S/. 357 319.60.
3. Dejar a salvo el derecho de la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” para que haga efectivo el cobro de la deuda en la vía que corresponda.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido al otorgamiento de costos y costas procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

Si bien suscribo la sentencia, no obstante, en relación al punto cuatro de la parte resolutive, debo expresar que considero que dicho extremo debe ser desestimatorio por una razón distinta a la explicada en la sentencia.

En mi opinión corresponde exonerar los costos y costas procesales a la empresa emplazada, porque el comportamiento del recurrente acerca del descuento mensual de sus haberes fue negligente. El demandante denuncia en este proceso que es inconstitucional que su empleador desde el año 2007 le venga realizando descuentos de su remuneración; sin embargo, en autos obra documentación donde expresamente este venía autorizando a la emplazada para que se retenga parte de sus haberes más allá del 60% embargado judicialmente.

Mediante las cartas dirigidas a la demandada de fechas 10 de agosto de 2007, 8 de marzo de 2008, 26 de mayo de 2012, 7 de agosto de 2015, adjuntadas en el Escrito 003634-20-ES, de fecha 26 de noviembre de 2020, el accionante autorizaba en forma voluntaria que se deduzca de sus remuneraciones los montos de las cuotas del préstamo con la Cooperativa de Ahorro y Crédito “La Esperanza de Marcona” y así también se indica en una carta dirigida al gerente de la referida cooperativa del 17 de enero 2018. Incluso, luego de interpuesto este amparo existen nuevos préstamos con dicha cooperativa, según se desprende del estado de cuenta de fojas 125, comportamiento que no se condice necesariamente con el reclamo de que se descuenta de sus remuneraciones sumas mayores al 60% embargado judicialmente.

En ese sentido, en la medida que no se aprecia que la empleadora haya realizado unilateralmente los descuentos denunciados, sino que fue más bien por iniciativa del recurrente, es que no estimo que en el presente caso haya una manifiesta temeridad de la empresa demandada de comprometer los derechos fundamentales del recurrente. Por esa razón, opino que, en este caso en particular, debe exonerársele del pago de los costos y costas procesales regulado en el artículo 28 del nuevo Código Procesal Constitucional.

S. DOMÍNGUEZ HARO



Pleno. Sentencia 210/2022

Exp. N.º 00616-2018-PA/TC-LIMA

MILUSKA KARINA ODAR BEJARANO,
en representación de su menor hijo H. M.
T. O.

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de junio de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse (con fundamento de voto), Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la educación y del interés superior del menor de iniciales H.M.T.O.
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.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de junio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia; con el fundamento de voto del magistrado Gutiérrez Ticse, que se agrega.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional por doña Miluska Karina Odar Bejarano, en representación de su menor hijo de iniciales H. M. T. O., contra la resolución de folio 618, de 5 de septiembre de 2017, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Demanda

El 29 de abril de 2016, la recurrente, en representación de su menor hijo H.M.T.O., interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Educación (folio 255), solicitando que se suspenda la aplicación de la norma técnica denominada “Normas y orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2016 en la Educación Básica”, aprobada por Resolución Ministerial 572-2015-MINEDU, de 18 de diciembre de 2015, respecto al grado de la matrícula para el nivel de educación primaria de su menor hijo, y que se disponga su matrícula en el aula de segundo grado del nivel de educación primaria en el Centro Educativo Particular “Santo Domingo”. Sostiene que su hijo ha concluido sus estudios en el aula de 3, 4 y 5 años de educación inicial y que pese a haber culminado el primer grado de educación primaria en el año 2015, continúa sin ser matriculado oficialmente en dicho grado, al no poder regularizar su matrícula en el centro educativo particular indicado. Refiere que la institución educativa le ha manifestado que el motivo de no haberlo matriculado es la fecha de nacimiento del menor, porque la Ugel 2 Rímac considera que la edad de su hijo no se ajusta a la normativa vigente, puesto que esta solo acepta a niños que hayan cumplido 6 años hasta el 31 de marzo de 2015, lo que

carece de sustento científico y pedagógico. Así, aduce que su hijo ha quedado en la condición de alumno libre, lo que tendrá como resultado que repita de grado, al haber cumplido 6 años el 20 de abril de 2015. Denuncia la vulneración de sus derechos a la dignidad, integridad psíquica, educación, libre desarrollo y a la igualdad ante la ley.

Contestación de la demanda

El 27 de julio de 2016, la procuradora pública adjunta encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación (Minedu) deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda (folio 376). Sostiene que la edad cronológica que establecen las disposiciones normativas cuestionadas, al 31 de marzo de cada año, para el ingreso o matrícula a la educación inicial, es un criterio objetivo diferenciador legítimo para establecer diferencias de trato, al sustentarse en fundamentos teóricos sobre el desarrollo infantil, la capacidad cognitiva y el grado de madurez, y para garantizar que los niños y las niñas puedan iniciar el primer grado de educación primaria en mejores condiciones madurativas, a efectos de que enfrenten los retos que demandan los aprendizajes correspondientes a ese grado.

Resolución de primera instancia o grado

Mediante Resolución 4, de 21 de octubre de 2016, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró infundada la excepción deducida (folio 460). Esta resolución no fue impugnada, por lo que quedó consentida. Posteriormente, a través de la Resolución 5, de 24 de octubre de 2016 (folio 463), el citado juzgado declaró fundada la demanda, por considerar que al niño de iniciales H. M. T. O. se le permitió ingresar en el sistema educativo nacional para que, con la edad declarada, iniciara en el año 2012 el nivel inicial en la sección correspondiente a los 3 años de edad, lo cual fue aceptado por la autoridad administrativa demandada, quien incluso le otorgó el código único de alumno 73282108 y, posteriormente, permitió que en los años 2013 y 2014 continuara sus estudios de 4 y 5 años. Arguye que, si la autoridad administrativa permitió y autorizó el inicio de los estudios del niño aludido en el sistema educativo nacional, su posterior negativa a matricularlo en el nivel primario que corresponde a los niños de 6 años (primer grado), con el argumento de que no cumple la edad exigida por ley, resulta un contrasentido y, por tanto, constituye un acto arbitrario vulneratorio de los derechos del menor.

Resolución de segunda instancia o grado

A través de la Resolución 12, de 5 de setiembre de 2017, la Sala Superior revocó la Resolución 5 y declaró improcedente la demanda, por estimar que, por la edad del menor, ya no es posible ordenar su matrícula en el segundo grado de primaria.

III. FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. Pese a que de autos no se acredita que la 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. La recurrente solicita que se suspenda la aplicación de la norma técnica denominada “Normas y orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2016 en la Educación Básica”, aprobada por Resolución Ministerial 572-2015-MINEDU, de 18 de diciembre de 2015, respecto al grado de la matrícula para el nivel de educación primaria de su menor hijo, y se disponga su matrícula en el aula de segundo grado del nivel de educación primaria en el Centro Educativo Particular Santo Domingo. Aduce que no se permite la matrícula de su hijo por haber cumplido 6 años de edad el 20 de abril de 2015, y no hasta el 31 de marzo. Estas pretensiones llevan implícita otra, cual es la validación de la referida matrícula en el Sistema de información de apoyo a la gestión de la institución educativa (Siagie), el cuales un aplicativo informático de carácter oficial a través del cual se expiden todos los documentos oficiales.

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”, mientras

que 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. 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 socio afectivo 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 572-2015-MINEDU, de 18 de diciembre de 2015, que aprobó la norma técnica denominada “Normas y orientaciones para el Desarrollo Escolar 2016 en Instituciones Educativas y Programas de la Educación Básica”.

12. En dicha directiva, se estableció que para acceder a la educación inicial y al primer grado de educación primaria, se requiere lo siguiente:

Matrícula en el Nivel de Inicial:

[...] Para los niños y niñas del ciclo II (3 a 5 años), la matrícula se realiza antes o durante el primer mes de iniciadas las clases y de acuerdo a la edad cronológica cumplida al 31 de marzo. Las niñas y niños que cumplen 6 años al 31 de marzo son promovidos de manera automática al primer grado de la Educación Primaria.

A través del SIAGIE se llevará el control estricto del cumplimiento de la edad reglamentaria [...].

13. Asimismo, en la Resolución Ministerial 0556-2014-MINEDU, de 15 de diciembre de 2014, que aprueba las “Normas y orientaciones para el Desarrollo del Año Escolar 2015 en la Educación Básica”, se aprecia una regulación similar, pues se incluye como uno de los requisitos para acceder al primer grado de educación primaria haber cumplido 6 años al 31 de marzo.
14. Sin embargo, al menor de iniciales H.M.T.O. le fue concedida una vacante en primer grado de primaria en la IEP “Santo Domingo” en el año 2015 (folio 53), pese a que cumplió 6 años en fecha posterior, esto es, el 20 de abril de 2015, conforme se advierte de su acta de nacimiento (folios 1).

Convalidación de actos administrativos

15. 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 primer grado de primaria, así como al momento en que su madre presentó la demanda), la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe a los 2 años, contados 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

16. Frente a un requerimiento de información formulado por este Tribunal, el director de la Institución Educativa Privada Norbert Wiener, mediante escrito de 20 de julio de 2021 (que obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional), expresa que el menor H. M. T. O. cuenta con el Código 73282108 y que se encuentra cursando el primero de secundaria.
17. Posteriormente, mediante escrito 1650-2022-ES, de 22 de marzo de 2022, que también obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional, la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación adjunta el Informe 0069-2022-MINEDU/VMGI- DRELM-UGEL.02-ASGESE-ESSE, emitido por el Equipo de soporte del servicio educativo del Área de Supervisión y Gestión del Servicio Educativo, en el que se comunica que el menor H.M.T.O. figura en el registro del Sistema de Información de Apoyo a la Gestión de la Institución Educativa (Siagie) como alumno matriculado en:
 - Inicial para niños de 3 y 4 años en la institución educativa privada “Thales de Mileto Las Colinas” en los años 2012 y 2013.
 - Inicial para niños de 5 años en la institución educativa privada “Corpus Christus” en 2014.
 - Cuarto, quinto y sexto grado de primaria en la institución educativa privada “Santo Domingo” en los años 2018, 2019 y 2020.
 - Actualmente el menor viene cursando el primer grado de educación secundaria en la institución educativa privada “Norbert Wiener de San Marcos”.
18. Respecto al primer, segundo y tercer grado de primaria, en el mencionado informe se precisa que la directora de la institución educativa privada “Santo Domingo” aplicó la evaluación de ubicación en el Siagie en los años 2015, 2016 y 2017. A diferencia de los estudios detallados en el fundamento anterior, no se dice que los estudios correspondientes al primer, segundo y tercer grado de primaria estén registrados. Además, en el Informe Técnico 051-2022-MINEDU/SPE-OSEE-UE-SIAGIE, de 8 de marzo de 2022, emitido por la especialista del Siagie, y que cuenta con la conformidad del coordinador del Siagie, se concluye que el menor de iniciales H.M.T.O. no cuenta con registro de matrícula en los años 2015, 2016 y 2017, correspondientes al primer, segundo y tercer grado de primaria.

19. Así, se advierte la siguiente situación: los estudios del nivel inicial y de cuarto, quinto y sexto grado de primaria, se encuentran registrados en el Siagie y, por ende, están reconocidos oficialmente. Paradójicamente, pese a que materialmente el menor realizó estudios de primer, segundo y tercer grado de primaria, estos no se encuentran reconocidos oficialmente.
20. No se acredita que alguna entidad oficial convalidase a través de acto administrativo alguno, los estudios realizados por el menor de 2015 a 2017, pero sí los anteriores y posteriores.
21. Ahora bien, aunque es innegable que se han incumplido las resoluciones ministeriales que regulan las edades de los menores para cursar cada grado educativo, 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 el año 2015, 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.
22. 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 (2015, 2016 y 2017), pese a que, materialmente, el menor ha concluido grados y periodos escolares.
23. 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. Y ello, en el caso, se encuentra en peligro ante la amenaza de que se desconozcan los estudios que materialmente el menor ha realizado, o se interrumpa la regularidad del proceso educativo que se está ejecutando.

24. 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.
25. 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 556-2014-MINEDU y 572- 2015-MINEDU. Por consiguiente, queda claro que no se cumplió el mencionado especial deber de protección del interés superior del menor.
26. 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.
27. 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. Por ello, corresponde estimar la demanda.
28. 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 del interés superior del menor de iniciales H.M.T.O.
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

MORALES SARAIVA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE DOMÍNGUEZ HARO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Si bien me encuentro de acuerdo con el sentido de lo resuelto en el presente caso, considero importante presentar argumentos adicionales

1. En el presente caso, la demanda es fundada en virtud de que el Ministerio de Educación no ha registrado en el SIAGIE los períodos académicos relativos a los años 2015, 2016 y 2017, a pesar de haberse realizado dichos estudios.
2. Este Tribunal Constitucional ha resuelto una cantidad considerable de casos similares, lo que denota la gran incidencia de este problema en nuestro país. Al respecto, si bien es preciso reconocer los estudios efectivamente realizados, lo cierto es que son los padres de los menores quienes, al matricularlos en el colegio un año antes de lo indicado por las normas, generan que al próximo año no tengan la edad indicada.
3. Las normas orientadoras que da el Ministerio de Educación constituyen parámetros objetivos y se fundamentan en el desarrollo infantil, la capacidad cognitiva, y el grado de madurez que pueden tener los niños. Cuando los padres deciden adelantar a sus hijos solo se están tomando en cuenta unos de los factores, tal vez el hecho de que ya sepan leer, o sumar; pero dejan de lado otros aspectos relativos a la maduración emocional que también tienen que ser tomados en cuenta para una sólida e integral formación del educando.

S.

GUTIÉRREZ TICSE



Pleno. Sentencia 238/2022

EXP. 03853-2021-PA/TC

JUNÍN

LORENZO VICENTE ZEVALLOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de julio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Raúl Enrique Álvarez de la Riva Agüero, abogado de don Lorenzo Vicente Zevallos, contra la resolución de fojas 90, de fecha 25 de octubre de 2021, expedida por la Sala Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 31 de marzo de 2021, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a fin de que declare la nulidad de la Resolución 5945-2021-ONP/DPR.GD/DL 19990, del 15 de febrero del 2021, y que, en consecuencia, se le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley 19990, más el pago de las pensiones devengadas, los intereses legales y los costos del proceso.

La ONP contesta la demanda manifestando que el accionante no tiene la condición de inválido ni es mayor de 60 años de edad a la fecha del fallecimiento de la causante, esto es, el 23 de marzo de 2011, por lo que no le corresponde el otorgamiento de la pensión de viudez solicitada.

El Tercer Juzgado Civil de Huancayo, mediante la Sentencia 057-2021 contenida en la Resolución 4, del 3 de junio del 2021 (f. 64), declaró infundada la demanda, por estimar que el demandante no contaba con 60

años de edad a la fecha del fallecimiento de su causante, por lo que no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto Ley 19990 para el otorgamiento de la pensión de viudez.

La Sala Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, con fecha 25 de octubre de 2021 (f. 90), confirmó la apelada por similares consideraciones.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. El actor solicita que se ordene a la ONP le otorgue pensión de viudez conforme al Decreto Ley 19990, más el pago de las pensiones devengadas, los intereses legales y los costos del proceso.
2. En reiterada jurisprudencia⁵ este Tribunal ha precisado que aun cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse con los requisitos legales para obtenerla, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Análisis de la cuestión controvertida

3. El artículo 53 del Decreto Ley 19990 establece:

Tiene derecho a pensión la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge o integrante de la unión de hecho inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio o unión de hecho se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse

5 Ver, por todas, las sentencias recaídas en los expedientes 00076-2016-PA/TC, 019162016-PA/TC, 02099-2021-PA/TC, 02600-2021-PA/TC, 03902-2021-PA/TC, 056652014-PA/TC.

celebrado el matrimonio o unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de las indicadas.

Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:

Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;

Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y

Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.

4. Mediante la Resolución 5945-2021-ONP/DPR.GD/DL 19990, del 15 de febrero de 2021, la ONP denegó la solicitud de pensión de viudez presentada por el actor, en aplicación del artículo 53 del Decreto Ley 19990 (D.L. en adelante), al aducir que no le correspondía el otorgamiento de pensión de viudez debido a que el matrimonio se realizó antes de un mes del fallecimiento de la asegurada, y porque el actor no era mayor de sesenta años de edad a la fecha del fallecimiento de la causante.
5. Es importante señalar que, si bien la celebración del matrimonio entre el demandante y su causante tuvo lugar el 22 de febrero de 2011⁶, también se ha comprobado que la muerte de la asegurada se debió a un accidente, según consta tanto en el certificado y el acta de defunción, como en la copia certificada de la denuncia policial⁷. Asimismo, de las partidas de nacimiento de las dos hijas de ambos cónyuges, se aprecia que, a la fecha de la muerte de la madre, tenían 16⁸ y 9⁹ años. Por tanto, se configuran las excepciones previstas en los incisos a) y b) del mencionado artículo 53 del D.L. 19990, ya que la convivencia *more uxorio* fue mayor al año que establece la ley como requisito ordinario para acceder a la pensión. En consecuencia, este Colegiado considera necesario hacer un control de constitucionalidad de dicha norma, a

6 Cfr. fojas 17 del expediente (en adelante, la referencia a las fojas se hará en relación con el presente expediente).

7 Cfr. fojas 8 a 12.

8 Julissa Vicente Altamirano, nacida el 11 de setiembre de 1995, según partida de nacimiento, que obra a fojas 15.

9 Militza Jhoana Vicente Altamirano, nacida el 3 de abril de 2002, según consta en la partida de nacimiento, que obra a fojas 13.

efectos de verificar su compatibilidad con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, ya que en este caso se le ha denegado la pensión a un varón cuya esposa había aportado durante 20 años y seis meses a la ONP¹⁰ y cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 53 del D.L. 19990 en situación de excepción.

El principio-derecho de igualdad

6. El artículo 2, inciso 2, de la Constitución consagra el derecho- principio de igualdad, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.
7. La igualdad, consagrada constitucionalmente, tiene la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio es un componente axiológico fundamental del ordenamiento jurídico. En cuanto derecho, constituye un auténtico derecho subjetivo, oponible *ergo omnes*. Este principio se concreta, en sentido negativo, en el *derecho a no ser discriminado* por motivo alguno. A la vez, exige la *diferenciación* exigida por la naturaleza de las cosas y las personas, ya que la justicia no consiste en *dar a todos lo mismo* (igualitarismo), sino en dar a cada uno, *lo suyo* (equidad), Como ha enfatizado este Tribunal en anteriores oportunidades, “la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”¹¹.

10 Cfr. fojas 53.

11 Sentencia emitida en el Expediente 03461-2010-PA/TC, fundamento 3. En similar sentido, ver las sentencias emitidas en los expedientes 02974-2010-PA/TC, fundamento 8, y 02835-2010-PA/TC, fundamento 41.

La igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”

8. El principio-derecho de igualdad distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de 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”¹².
9. De aquí que el tratamiento de la igualdad no se verifique solamente “ante la ley” sino “en la ley”. Es decir, no basta con que la ley sea aplicada con carácter de universalidad e igualmente respecto de todos aquellos que se encuentren en situaciones iguales, sino que la ley establezca un tratamiento igual para todos los individuos, o los grupos, que se encuentren en identidad de situaciones.
10. La jurisprudencia constitucional ha precisado, con relación al acceso a la pensión, que “el desarrollo progresivo de los derechos sociales “(...) se debe medir (...) en función de la creciente cobertura de (tales) derechos (...) en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”¹³.
11. Por tanto, siendo el caso materia de la presente demanda, uno que afecta a un número significativo de varones cuyas parejas, al fallecer, han aportado al Sistema Nacional de Pensiones y obtenido derecho a pensión, resulta necesario analizar si el artículo 53 del D.L. 19990 respeta el principio-derecho a la igualdad.

Control constitucional del artículo 53 del Decreto Ley 19990

12. El D.L. 19990 data del 24 de abril de 1973, cuando en la sociedad peruana el acceso de la mujer a la vida pública daba sus primeros

12 Sentencia emitida en el Expediente 01513-2017-PA/TC, fundamento 13.

13 “Caso cinco pensionistas”, fundamento 147, citado en la sentencia recaída en los expedientes 00001-2004-AI/TC y 00002-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 57.

pasos. Muestra de ello es que la Población Económicamente Activa (PEA) masculina era, al inicio de la década de 1970 del siglo pasado, del 72.8 %, y la femenina apenas alcanzaba el 27.2 %¹⁴. En cambio, al analizar el crecimiento de la PEA entre 1970 y 1995, se aprecia que mientras que la mano de obra masculina creció en un 93%, la femenina lo hizo en un 173 %¹⁵.

13. El crecimiento sostenido de la participación de la mujer en la PEA se constata en la última “Encuesta nacional de hogares”, según la cual, el porcentaje de mujeres que trabajan fuera del hogar se ha incrementado en 23,2 % en los últimos diez años¹⁶. Al punto que, a la fecha, el Instituto Nacional de Estadística (INEI) ha comprobado que, en Lima, “el 54,3% (2 millones 888 mil 400) de la PEA Metropolitana lo conforman los hombres y el 45,7% (2 millones 431 mil 900) las mujeres”¹⁷.
14. Por tanto, la protección brindada a la mujer por el ordenamiento jurídico en 1973 correspondía a la realidad social de esa época, pero hoy en día esa diferenciación se ha convertido en discriminatoria en perjuicio del varón. No es razonable que, habiendo fallecido uno de los cónyuges o convivientes, tipificados en el artículo 53 del D.L. 19990, que hubiera aportado a un sistema de pensiones y accedido al derecho a percibir una pensión, se imponga al sobreviviente, en caso de ser varón, unos requisitos que no son exigibles a las mujeres.
15. El artículo 53 del D.L. 19990 establece que la cónyuge o conviviente tiene derecho a la pensión de viudez si fallece el asegurado, pero para que el cónyuge o conviviente acceda, debe demostrar ser inválido o mayor de sesenta años y haber estado a cargo de la asegurada o pensionista fallecida. Asimismo, exige que el derecho a la pensión

14 Cfr. <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0176/C1-1.htm>

15 Cfr. *Ibidem*.

16 “En la actualidad trabajan 6 millones 947 mil mujeres, mientras que en el año 2005 eran 5 millones 637 mil. La mayor incorporación de las mujeres en la actividad económica se relaciona con la disminución de las tasas de fecundidad y el acceso a la educación, aumentando su disponibilidad de tiempo para acceder a una actividad remunerada”. Ubicable en <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/mas-de-7-millones-de-mujeres-conforman-la-fuerza-laboral-del-peru-8943/>

17 <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/poblacion-ocupada-de-lima-metropolitana-alcanzo-los-4-millones-876-mil-personas-en-el-trimestre-diciembre-2021-enero-febrero-2022-13491/>

lo adquiriera “siempre que el matrimonio o unión de hecho se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio o unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de las indicadas”. En consecuencia, mientras que a la mujer fallecida en una relación *more uxore* se le exige haber iniciado esa relación al menos un año antes de cumplir cincuenta años, en el caso del varón, este tiene que acreditar que no había cumplido los sesenta años. De haber iniciado la relación a una edad mayor a la establecida, el vínculo debía tener al menos dos años.

16. Esta diferencia de trato se sintetiza en el siguiente cuadro:

DECRETO LEY 19990, ARTÍCULO 53		
Criterios de diferenciación	Mujeres	Varones
Condición de salud	Sana	Inválido
		Si está sano debe ser mayor de 60 años de edad
DECRETO LEY 19990, ARTÍCULO 53	DECRETO LEY 19990, ARTÍCULO 53	DECRETO LEY 19990, ARTÍCULO 53
Criterios de diferenciación	Mujeres	Varones
Edad mínima para obtener la pensión de viudez	No hay edad mínima	60 años, si no es inválido
Edad máxima del cónyuge a la fecha de celebración del matrimonio o de la unión de hecho	60 años	50 años
Dependencia económica del causante	NO	SI

17. Como se aprecia, el tratamiento legislativo que se dispensa a la mujer es mucho más ventajoso que al varón, puesto que ella: 1) puede obtener pensión de viudez siendo sana a cualquier edad; en cambio

el varón si está sano sólo puede obtenerla a partir de los 60 años de edad; 2) se le otorga, incluso, cuando ha contraído matrimonio o establecido unión de hecho con una persona de 60 años de edad, mientras que el varón solo puede hacerlo si la mujer tenía hasta 50 años de edad: hay una diferencia de 10 años a favor de la mujer; y 3) puede obtener pensión de viudez aunque no haya dependido económicamente de su causante; por el contrario, el varón sano no puede obtener pensión de viudez si no ha dependido económicamente de su causante.

18. Esta regulación no supera el test de igualdad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁸, porque la decisión legislativa presenta un grado de intensidad *grave* en el principio- derecho de igualdad, ya que la diferenciación, que era válida hace cinco décadas, se ha convertido hoy en una discriminación por razón de sexo¹⁹ contraria al orden constitucional, que tiene como consecuencia hacer más gravoso al varón que a la mujer el acceso a una pensión de viudez²⁰. Se vulnera, así, el “derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”²¹.
19. La interpretación teleológica de los derechos constitucionales mencionados permite concluir que las exigencias establecidas en el artículo 53 del Decreto Ley 19990, para que los varones accedan a la pensión de viudez de una asegurada que tenía derecho a percibir una pensión, resultan inconstitucionales. Por tanto, para que el Estado cumpla con su obligación de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión de viudez, resulta indispensable homogenizar las exigencias para acceder a ella.
20. Consecuentemente, los requisitos establecidos para acceder a la pensión de viudez deben ser iguales para los varones y las mujeres.

18 Por todos, ver la sentencia emitida en el Expediente 00045-2004-AI/TC.

19 Constitución, artículo 2, inciso 2.

20 Constitución, artículo 11. “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.

21 Constitución, artículo 10.

El Estado, para cumplir con el deber de desarrollar progresivamente los derechos sociales, debe exigir la misma edad para que ambos sexos accedan a la pensión, esto es, de cincuenta años, sin que en ningún caso sea exigible la invalidez o dependencia, ya que lo esencial consiste en demostrar el mínimo de años de convivencia entre ambos sexos, y que el o la causante haya cumplido con los años de aportación establecidos para acceder a una pensión.

21. Por tanto, corresponde declarar la nulidad de la Resolución 5945-2021-ONP/DPR.GD/DL 19990 y disponer que la ONP expida una nueva resolución administrativa que otorgue pensión de viudez al actor, con el pago de las pensiones devengadas, de conformidad con lo establecido por el artículo 81 del Decreto Ley 19990, y de los intereses legales conforme a lo dispuesto en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 02214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial, y a lo previsto en el artículo 1246 del Código Civil; así como los costos procesales conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Sobre la necesidad de establecer los requisitos para la obtención de una pensión de viudez por parte del varón

22. Por otro lado, se advierte que en las sentencias recaídas en los Expedientes 00313-2010-PA/TC, 02380-2010-PA/TC y 04045- 2016-PA/TC, entre otras, el Tribunal Constitucional ha desestimado las demandas de amparo de los viudos que solicitaban la pensión del artículo 53 del Decreto Ley 19990, bajo el argumento de que no se había demostrado que el cónyuge supérstite hubiese tenido una relación de dependencia con relación a su causante. Por tal motivo, este Tribunal considera que corresponde modificar este criterio, porque atenta contra el derecho a la igualdad en la ley, tal como se ha argumentado en los fundamentos 15 al 21 de esta sentencia.
23. Asimismo, en la sentencia emitida en los expedientes acumulados N° 00050-2004-AI/TC, 00051-2004-AI/TC, 00004-2005-PI/TC, 00007-2005-PI/TC, 00009-2005-PI/TC, se declaró constitucional el artículo 32 del Decreto Ley 20530, por estimar que las condiciones exigidas al viudo eran razonables y que, por lo tanto, no eran discriminatorias. No obstante que no se trata de la misma norma legal, es necesario precisar que, con la presente sentencia, el Tribunal Constitucional también modifica dicho criterio.

24. Consecuentemente, con la finalidad de ordenar las diferentes interpretaciones que existen en la justicia constitucional sobre los requisitos exigibles para que el varón obtenga una pensión de viudez, resulta necesario establecer criterios definitivos para resolver las solicitudes de otorgamientos de esas pensiones.
25. En consecuencia, para poner fin a esta discriminación por razón de sexo, se establece **que los requisitos para otorgar la pensión de viudedad de los varones serán los mismos, en cuanto a edad y a salud, que los establecidos para las mujeres.**
26. El Tribunal Constitucional estima necesario poner de manifiesto que el requisito del artículo 53 del D.L. 1990, respecto a que el accionante no sea mayor de sesenta años de edad a la fecha del fallecimiento de la causante, ha sido repetido en el nuevo texto de dicho artículo, aprobado por el artículo 2 de la Ley 30907, publicada el 11 de enero de 2019, reiterando así la vulneración al derecho a la igualdad en la ley, identificada en el presente caso. Asimismo, en la sentencia emitida en el Expediente 06572-2006-PA/TC, publicada el 2 de julio de 2012 en el portal web institucional, este Tribunal interpretó el artículo 53 del Decreto Ley 1990, de modo tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez, siempre que la unión de hecho se acredite por medio de documentación idónea para ello. En virtud de ello, aun cuando el nuevo texto del artículo 53 del Decreto Ley 1990, aprobado por la Ley 30907, incorpora como beneficiario de la pensión de viudez al integrante de la unión de hecho, mantuvo la discriminación detectada en la presente sentencia.
27. Es oportuno anotar que este vicio existe no sólo en el régimen previsional del Decreto Ley 1990, sino también en otros regímenes previsionales, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

PENSION DE VIUEZ								
SISTEMA CIVIL						SISTEMA MILITAR-POLICIAL		
	Decreto Ley 19990 (Artículos 33, 54 y 55)	Pensión de Cenanta Decreto Ley 2030 (Artículo 32.3S y 1)	Renta Vitalicia e Invalidez - (DIL. N° 18846)	Pensión de Rescate Complementaria - PRC (Regimen Previsional Complementario de goao Ley N° 29302 (Artículos 4 y 8)	Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud Ley N° 26790	Ley de Jubilación Minera Ley N° 25009	Decreto Ley 19846 (Artículo 23)	Decreto Legislativo 1133 (Art. 2°: Pensión de viudez, Art. 27: Acceso de sobrevivientes)
	1) Tener 50 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.
Mujeres	1) Con matrimonio celebrado al año antes de la fecha de fallecimiento del causante.	2) Tener 60 años.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento de causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	3) Con matrimonio celebrado al año antes de la fecha de fallecimiento del causante, profesionalea...	1) Los causantes retheron fallar decer en eacusa de sidadad o caussión de profesional.	1) Los causantes debieron fallecer en racuaa de actividad o en situación de invalidez... 3) Tener 60 años.
	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 60 años.
Hombres	1) Tener 60 años.	2) Invalidez o) Discapacidad.	2) Invalidez o pumbtracdad. consecuencia de accidente de trabajo y enfermedad adctasio profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional.	2) Inapacidad pela adclastia por sj peenes ta servicia de sividad profesional.	1) Invaligitz z infrimó deyon en cracho de actividad o em situación de invalidez..	2) Inapacidad para maicos de ceguro senytn del Régimen de Seguridad Social.	1) Los causantes fallideron en situación de discordenación con seguridad dractagocia, maicos de ceguro senytn del Régimen de Seguridad Social.
	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.	1) Tener 60 años.
Hombres	1) Con matrimonio celebrado al año antes de la fecha de fallecimiento del causante.	1) Tener 60 años.	2) Invalidez o) Discapacidad.	3) Carancia de bienes o pasapato peritoladoo peso de invalidez.	2) Tener 60 años.	3) Los causantes falleclitraron en situación de ensecundancia de la trabajo de mina.	3) Los causantes stianerone en situación de servicio o actividad.	3) Carencia de bienes o recuores qu pomers, necha no malides, la nacerón a Régimen de Seguridad Social.

28. Se advierte, por tanto, que en los regímenes del Decreto Ley 20530, así como en el del militar policial, regulado por el Decreto Ley 19846, a los viudos se les exige, además del matrimonio, el carecer de rentas y de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión, y no pertenecer al Régimen de Seguridad Social; requisitos que no se exigen a las viudas.
29. Habiéndose identificado y puesto de manifiesto una diferenciación legislativa, que constituye una discriminación por razón de sexo en perjuicio de los viudos, respecto a los requisitos y condiciones para obtener pensión de viudez, y que esta ha sido repetida en la modificatoria vigente del artículo 53 del Decreto Ley 19990, y que también existe en otros regímenes previsionales, el Tribunal Constitucional estima que corresponde que los Poderes Legislativo y Ejecutivo adopten las medidas necesarias para corregirla, en el plazo de un año, para restablecer la igualdad entre viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudez.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la ley y a la pensión del actor.
2. Declarar **INAPLICABLE**, por inconstitucional, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo que exige que el viudo debe ser mayor de sesenta años de edad a la fecha del fallecimiento de la causante para tener derecho a la pensión de viudez. En consecuencia, **NULA** la Resolución 5945-2021-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 15 de febrero de 2021, y **ORDENA** a la Oficina de Normalización Previsional que expida nueva resolución otorgando pensión de viudez del régimen del Decreto Ley 19990 al recurrente, con el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales.
3. **EXHORTAR** a los Poderes Legislativo y Ejecutivo que adopten, en el marco de las disposiciones constitucionales, legales y presupuestarias y en el plazo de un año, las medidas adecuadas para corregir esta situación, para asegurar la igualdad entre viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudez.

4. **DISPONER** la notificación de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, al Poder Legislativo y Ejecutivo, para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAIVA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE PACHECO ZERGA



Pleno. Sentencia 216/2022

EXP. N.º 03089-2021-PA/TC-CALLAO

MARIO VITALIANO LÓPEZ TUCTO y MIGUEL ÁNGEL LÓPEZ TUCTO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de junio de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la tutela del debido proceso.
2. Ordena que el Ilustre Colegio de Abogados del Callao decida lo pertinente en relación con la habilitación y carnetización de don Mario Vitaliano López Tucto y don Miguel Ángel López Tucto, en tanto se garantice de modo previo su derecho fundamental al debido proceso.

Por su parte, el magistrado Gutiérrez Ticse emitió un voto singular declarando infundada la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de junio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia; con el voto singular del magistrado Gutiérrez Ticse, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mario Vitaliano López Tucto y don Miguel Ángel López Tucto contra la resolución de fojas 169, de fecha 3 de junio de 2021, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de marzo de 2019, los recurrentes interponen demanda de amparo contra el Colegio de Abogados del Callao, a efectos de que cese la vulneración de su derecho de carnetización; y por consiguiente, su condición de hábiles para el ejercicio de su profesión como abogados. Sostienen que han venido ostentando la condición de miembros activos y hábiles del Colegio de Abogados del Callao, sin embargo y de un momento a otro han sido retirados arbitrariamente de la relación de carnetización. Alegan la vulneración de sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, a la debida motivación y al trabajo.

Con fecha 19 de agosto de 2019, el síndico del Colegio de Abogados del Callao contesta la demanda y expresa que existe un problema jurídico y social respecto del tema de la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote y la legalidad de los títulos otorgados por dicha casa de estudios, toda vez que desde el año 1996, ante las graves irregularidades que se dieron en la Universidad Los Ángeles, con sede en la ciudad de Chimbote, la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), en estricta aplicación de la Ley 26490, intervino y procedió a su reorganización, y producto de estos hechos comenzó a funcionar una entidad paralela sin reconocimiento por parte de la ANR y sin tener una existencia legal, denominada Universidad Privada Los Ángeles. En este orden de ideas, aduce que la

demanda deviene improcedente, ya que el proceso de recarnetización es una medida tomada por la junta directiva a fin de regularizar la situación de aquellos agremiados que no cuentan con registros la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria-Sunedu, y que se enmarca en el cumplimiento del Acuerdo de Junta Directiva 08-2018-CAC, que suspendió la entrega de duplicados de carné, papeletas y constancias de habilitación a todos los agremiados que no cuenten con título inscrito en la Sunedu, en cuya página web los recurrentes no cuentan con registro de inscripción válido. Asevera que antes del funcionamiento de la Sunedu existía la ANR como entidad encargada del registro y supervisión del funcionamiento de las universidades, la que, mediante Oficio 367-2003-P/ANR, informó que la Universidad Privada Los Ángeles no tiene existencia legal, ni está registrada en sus padrones y, por tanto, los títulos expedidos por la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote no cumplen con la exigencia legal para sustentar la incorporación de los demandantes al Colegio de Abogados del Callao. Agrega que se ha efectuado una serie de consultas a la Sunedu, y que a tal efecto se ha recibido el Oficio 6419-2018-SUNEDU-02-15-02, mediante el cual esta indica que “(...) En el caso que consulta, la institución denominada Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote, no se encuentra dentro del listado de universidades licenciadas ni en las universidades en proceso de evaluación para su licenciamiento; en consecuencia, no está autorizada para prestar servicio educativo superior universitario (...)”.

El Primer Juzgado Civil del Callao, mediante sentencia de fecha 13 de noviembre de 2019, declaró fundada en parte la demanda, en consecuencia, inaplicable al caso de los demandantes el Acuerdo de Junta Directiva 008-2018-CAC, de fecha 6 de noviembre de 2018; y ordenó que el Ilustre Colegio de Abogados del Callao respete los derechos de sus agremiados demandantes, como son la expedición de papeletas de habilitación y no se les excluya del proceso de recarnetización; sin perjuicio de que, en ejercicio de su potestad sancionadora, emita nuevo pronunciamiento, previo procedimiento en el cual se emplace a los demandantes y se les haga conocer las razones del proceso, a efectos de que puedan ejercer su derecho de defensa. El *a quo* considera que el demandado no dio ninguna oportunidad a los recurrentes de conocer oportuna, formalmente y en modo detallado los cargos imputados, lo que trae como lógica consecuencia que tampoco hayan tenido la oportunidad de ejercer su descargo respecto a las imputaciones efectuadas, lo que los dejó en un estado de indefensión contrario a sus intereses.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar que los demandantes ni sostienen ni ofrecen medio de prueba para acreditar haber inscrito su título profesional en la Sunedu, conforme a las disposiciones de la Ley 30220, Ley Universitaria. Aduce que resulta obvio por sí mismo que, para pertenecer a un colegio de abogados, el mínimo requisito que resultará exigible siempre será el de tener un título profesional que acredite tal condición, extendido por una entidad que cuente con reconocimiento legal dentro del país por parte de la Sunedu, conforme con la Ley 30202; en tal sentido, la supuesta vulneración del debido proceso en el caso de autos solo tendría relevancia en el supuesto de que los demandantes afirmaran -y probaran debidamente- que en realidad poseen un título profesional de abogado otorgado por una universidad que cuenta con el reconocimiento de la Sunedu, -que exige la ley-, y que, no obstante ello, no se les ha permitido acreditar dicha circunstancia; nada de lo cual ha ocurrido.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional es que se solicite al Colegio de Abogados del Callao que disponga el cese de la vulneración del derecho de carnetización de los recurrentes y, por consiguiente, que se reconozca su condición de hábiles para el ejercicio de su profesión como abogados. Alegan la vulneración de sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, a la debida motivación y al trabajo.
2. Aunque en la demanda se alega la vulneración de un derecho a la carnetización como si dicha condición fuese en estricto un derecho fundamental, este Colegiado en aplicación del principio *iura novit curia* reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente al momento de plantearse la controversia e implícitamente deducible del artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, considera que lo que los demandantes reclaman es en concreto el hecho de que la entidad emplazada haya vulnerado su derecho al trabajo como consecuencia de una previa vulneración de sus derechos al debido proceso y a la motivación. Así las cosas y con independencia de la conclusión a la que finalmente se arribe, la naturaleza de lo reclamado resulta de indudable relevancia constitucional.

Análisis del caso concreto

3. Al respecto, en el caso se advierte que, luego de una serie de presuntas irregularidades en que habría incurrido la denominada Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote, que pondrían en tela de juicio la condición profesional de quienes obtuvieron títulos profesionales en ese centro de estudios, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao, efectuó una serie de consultas ante la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu), debido a que había agremiado a varios abogados provenientes de dicha universidad. De esta forma y mediante Oficio 6419-2018-SUNEDU-02-15-02, de fecha 7 de diciembre de 2018 (fojas 73), la Unidad de Registro de Grados y Títulos de la Sunedu informó a la entidad solicitante que “(...) En el caso que consulta, la institución denominada Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote, no se encuentra dentro del listado de universidades licenciadas ni en la universidades en proceso de evaluación para su licenciamiento; en consecuencia, no está autorizada para prestar servicio educativo superior universitario (...)”. Asimismo, mediante Oficio 1444-2018-SUNEDU-02-13, de fecha 26 de diciembre de 2018 (fojas 77), la Dirección de Supervisión de la Sunedu da respuesta a la consulta efectuada por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao, e indica que “la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote no está autorizada para ofrecer ni prestar programas académicos conducentes a expedir grados académicos o títulos profesionales de nivel superior universitario a nombre de la Nación, con lo cual, cualquier oferta o prestación del servicio educativo universitario por parte de dicha institución carece de efectos legales”.
4. Por otra parte y como lo indica la parte demandada -sin que dicha afirmación haya sido contradicha por los demandantes- desde antes de la existencia de la Sunedu, la propia Asamblea Nacional de Rectores (ANR), mediante Oficio N° 367-2003- P/ANR, había señalado que la Universidad Privada Los Ángeles carecía de existencia legal, debido a una serie de irregularidades de carácter administrativo existentes desde aproximadamente el año 1996, lo que incluso y en su día motivó la intervención de dicha entidad supervisora, pese a lo cual la mencionada casa de estudios continuó funcionando en los hechos e incluso otorgando títulos a sus egresados; como en el caso de los recurrentes, quienes, conforme se acredita de los autos (fojas 8 y 9) y se reconoce en el propio informe oral llevado a efecto por parte de este Colegiado, los obtuvieron hacia el año 2014.

5. A pesar de la situación descrita, este Colegiado toma nota que la propia entidad demandada, no tuvo mayor reparo en reconocer la validez de los citados títulos profesionales no solo en el caso de los recurrentes, sino de un numeroso grupo de egresados de la denominada Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote. Prueba de ello lo constituyen los propios carnets profesionales que los recurrentes han acompañado a los autos y que obras a fojas 3 y 4, que demuestran que no solo estuvieron plenamente habilitados por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao, sino que ejercieron su carrera sin contratiempos por un lapso relativamente amplio de años.
6. Fue posteriormente y con base en la información referida en el fundamento 3, que mediante Acuerdo de Junta Directiva 008-2018-CAC, de fecha 6 de noviembre de 2018 (fojas 65), el Ilustre Colegio de Abogados del Callao acordó “**SUSPENDER** de manera inmediata la entrega de carné, duplicado de carné, papeletas y constancias de habilitación, así como el cobro de las cuotas ordinarias mensuales realizadas por los agremiados que no tengan el título debidamente inscrito en el Registro Nacional de Grados Académicos y Títulos Profesionales de la SUNEDU” (sic). Esto es, recién reaccionó muchos años después que el mismo colegio profesional validó los títulos profesionales de los recurrentes, así como de otros de sus miembros en similar condición.
7. Este Tribunal sin embargo advierte que por muy legítimos que sean los propósitos que motivan la necesidad de esclarecer la situación de aquellos titulados que hayan logrado dicha condición en un contexto de incertidumbre administrativa, ello no significa justificar decisiones arbitrarias o carentes de base razonable. En efecto, el hecho de que actualmente la Sunedu, no reconozca la existencia legal de la entidad denominada Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote y que los problemas administrativos de esta última se hayan originado varios años atrás, no enerva el hecho concreto de la existencia de títulos profesionales emitidos por dicha entidad en favor de diversas personas, como los recurrentes, ni tampoco el hecho de que la propia entidad demandada, Ilustre Colegio de Abogados del Callao, en el pasado y tras diversos trámites y cumplimiento de requisitos, haya habilitado a diversos abogados provenientes de la precitada Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote e incluso, les haya expedido los respectivos carnets profesionales.

8. En tal hilo, lo razonable, evidentemente, no era permanecer inactivo frente a tal estado de cosas, en razón de que como se ha enfatizado en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente 0027-2005-PI/TC, Caso Colegio de Periodistas del Perú:

En suma, no debe perderse de vista que la justificación última de la constitucionalización de los colegios profesionales radica en incorporar una garantía, frente a la sociedad, de que los profesionales actúan correctamente en su ejercicio profesional. Pues, en último extremo, las actuaciones profesionales afectan directamente a los propios ciudadanos que recaban los servicios de los profesionales, comprometiendo valores fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, la seguridad, la libertad, el honor (...) que los ciudadanos confían a los profesionales. Semejante entrega demanda por la sociedad el aseguramiento de la responsabilidad del profesional en el supuesto de que no actúe de acuerdo con lo que se considera por el propio grupo profesional, de acuerdo con sus patrones éticos, como correcto o adecuado.

9. Sin perjuicio de ello, tampoco un colegio profesional puede proceder de modo exabrupto y, de un momento a otro, a desconocer lo que previamente ya había sido reconocido, como la habilitación y la propia entrega de carnets para el ejercicio profesional, sino, elementalmente, notificar a todos los que estuviesen en situaciones como la reseñada, con el propósito de que ofrecieran su propia versión de los hechos. En eso consiste un proceso debido y en eso se respalda precisamente la justificación de cualquier decisión a tomarse por un colegio profesional; tanto más si iban a presentarse notorias incidencias sobre el derecho a la libertad de trabajo y el propio ejercicio profesional de los agremiados.
10. Por ello, aunque no ha sido acompañada a los autos del presente proceso, este mismo Colegiado ha tomado conocimiento a través de procesos paralelos, muy similares al presente, tanto en pretensión como en fundamentos, que la propia entidad emplazada ha expedido con fecha 19 de junio del 2020, la Resolución Decanal 077-2020-CAC, mediante la cual se declara la nulidad del Acuerdo de Junta Directiva 008-2018-CAC, de fecha 6 de noviembre de 2018, aunque mantiene la suspensión de los egresados cuyo título no figure en la Sunedu.

11. Por consiguiente, sin que este Colegiado se esté pronunciando de ninguna forma sobre la regularidad o no de los títulos profesionales de quienes como los recurrentes del presente proceso, los obtuvieron de la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao necesariamente deberá garantizar el derecho al debido proceso de don Mario Vitaliano López Tucto y don Miguel Ángel López Tucto y, por consiguiente, solo podrá decidir sobre su situación en tanto haya tomado conocimiento de los argumentos esgrimidos en su defensa y haya motivado debidamente la conclusión a la que pueda arribar.
12. En cuanto a la decisión que pueda adoptar la entidad emplazada, deberá tomarse en cuenta que el criterio que actualmente pueda tener la Sunedu sobre la legalidad de la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote no es el determinante, como erróneamente fue entendido en el Acuerdo de Junta Directiva 08-2018-CAC, de fecha 6 de noviembre de 2018, sino el que estuvo vigente en el momento en que los demandantes obtuvieron su título. Esta consideración se sustenta en el hecho de que no pueden aplicarse de manera retroactiva las condiciones que actualmente pueda establecer la Sunedu para un centro de enseñanza superior, que las que pudieron existir antes de su creación y funcionamiento.
13. Finalmente, aunque el Ilustre Colegio de Abogados del Callao es una entidad gremial cuya directiva se renueva periódicamente, y en ese sentido sus representantes no son los mismos en cada época, al haberse constatado que quienes incorporaron a diversos titulados en un escenario de indefinición administrativa habrían obrado de modo contrario a las exigencias elementales de nuestro ordenamiento jurídico, se exhorta a los actuales directivos de dicha orden profesional -independientemente de lo que pueda decidirse en el caso de los recurrentes de la presenta causa- y atendiendo a las peculiaridades de su reclamo-, investigar y en su caso sancionar a los que resulten responsables de incorporaciones profesionales comprobadamente irregulares.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la tutela del debido proceso.

2. Ordena que el Ilustre Colegio de Abogados del Callao decida lo pertinente en relación con la habilitación y carnetización de don Mario Vitaliano López Tucto y don Miguel Ángel López Tucto, en tanto se garantice de modo previo su derecho fundamental al debido proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Emito el presente voto, con el debido respeto de la opinión de mis colegas, debido a que no comparto la decisión adoptada en este caso ni con los argumentos que la sustentan; por lo que, a continuación, fundamentaré por qué considero que la demanda debió ser declarada **INFUNDADA**:

1. Los recurrentes interponen demanda de amparo contra el Colegio de Abogados del Callao, a efectos de que se les incluya en la relación de carnetización, con la finalidad de que se les restituya su condición de miembros activos y hábiles para el ejercicio de su profesión de abogados. Alegan la vulneración de sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, a la debida motivación y al trabajo.
2. Al respecto, de la revisión de los actuados se aprecia que mediante Oficio 6419- 2018-SUNEDU-02-15-02 (fojas 73), de fecha 7 de diciembre de 2018, la Unidad de Registro de Grados y Títulos de la Sunedu informó al gremio demandado que “(...) la institución denominada Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote, no se encuentra dentro del listado de universidades licenciadas ni en las universidades en proceso de evaluación para su licenciamiento; en consecuencia, no está autorizada para prestar servicio educativo superior universitario (...)”. Asimismo, mediante Oficio 1444-2018-SUNEDU-02-13 (fojas 77), de fecha 26 de diciembre de 2018, la Dirección de Supervisión de la Sunedu dio respuesta a la consulta efectuada por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao, expresando que “la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote no está autorizada para ofrecer ni prestar programas académicos conducentes a expedir grados académicos o títulos profesionales de nivel superior universitario a nombre de la Nación, con lo cual, cualquier oferta o prestación del servicio educativo universitario por parte de dicha institución carece de efectos legales”.
3. En ese escenario, mediante Acuerdo de Junta Directiva 08-2018-CAC (fojas 65), de fecha 6 de noviembre de 2018, el Colegio de Abogados del Callao acordó “SUSPENDER de manera inmediata la entrega de carné, duplicado de carné, papeletas y constancias de

habilitación, así como el cobro de las cuotas ordinarias mensuales realizadas por los agremiados que no tengan el título debidamente inscrito en el Registro Nacional de Grados Académicos y Títulos Profesionales de la SUNEDU”.

4. De lo expuesto, se advierte que el Colegio de Abogados demandado suspendió a los recurrentes de la relación de carnetización y de la condición de miembros activos y hábiles para el ejercicio de su profesión de abogados, debido a que tenían su título profesional expedido por la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote, que no está autorizada por la Sunedu para prestar servicio educativo superior universitario, conforme lo indican el Oficio 6419-2018-SUNEDU-02-15-02, de fecha 7 de diciembre de 2018 y el Oficio 1444-2018-SUNEDU-02-13, de fecha 26 de diciembre de 2018.
5. Consecuentemente, la institución demanda no vulneró derecho fundamental alguno de los recurrentes, pues, tal como lo expresa la Sunedu, los grados académicos o títulos profesionales expedidos por la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote, que pretenden hacer prevalecer los recurrentes para ejercer la profesión de abogado, carecen de efecto legal alguno.

Por todo lo expuesto, considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda, al no advertirse vulneración de derecho alguno.

S.

GUTIÉRREZ TICSE



Pleno. Sentencia 254/2022

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC

MADRE DE DIOS

JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 22 de julio de 2022, los magistrados Morales Saravia, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la demandante.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría, hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido.
3. **ORDENAR** el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha de su reposición, más los intereses legales, así como los depósitos de compensación por tiempo de servicios; con el abono de los costos del proceso.

Asimismo, con fecha posterior el magistrado Ferrero Costa comunicó que suscribe la sentencia.

Por su parte, el magistrado Gutiérrez Ticse emitió un voto singular declarando fundada en parte la demanda e improcedente en otro extremo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de julio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el voto singular del magistrado Gutiérrez Ticse.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Jenny Marvila Meléndez Vega contra la resolución de fojas 427, de fecha 19 de marzo de 2021, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de setiembre de 2020, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, solicitando se declare ilegal y nulo el despido arbitrario del que fue víctima -el 27 de agosto de 2020-; y que, en consecuencia, se ordene la suscripción de su contrato laboral a plazo indeterminado.

Sostiene que laboró para el hospital emplazado como técnica en enfermería desde el 3 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2019, y luego desde el 28 de enero hasta el 30 de junio de 2020, como locadora de servicios, mediante órdenes de compra, para seguir laborando desde el primero hasta el 17 de julio de 2020, según recibo electrónico por honorarios E001-31 y, finalmente, desde el 17 de julio hasta el 27 de agosto de 2020, sin contrato alguno. Afirma que fue despedida por no querer firmar la orden de compra 4503642292, del 13 de agosto de 2020, no obstante que su empleador conocía que estaba en estado de gestación.

Asevera que laboraba sin contrato desde el 17 de julio de 2020, y que, en los hechos, con base en el principio de primacía de la realidad, los contratos verbales de locación de servicios celebrados con la emplazada

devienen en nulos, pues se encontraban desnaturalizados, debido a que solo encubrieron la relación laboral a plazo indeterminado que mantenía con su empleador, dentro del régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Alega la trasgresión del principio tuitivo de primacía de la realidad y de los derechos constitucionales al trabajo, a la protección de la madre gestante y al debido proceso (f. 45).

El apoderado judicial de la Red Asistencial Madre de Dios del Seguro Social de Salud - EsSalud, contesta la demanda argumentando que esta es improcedente, porque la demandante, desde el inicio hasta la culminación de los servicios prestados a EsSalud, ejerció labores que implicaron servicios no incluidos en el catálogo del acuerdo marco, conforme a lo establecido en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF, pues las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT vigentes al momento de la transacción, están sujetas a la supervisión del Organismo de Supervisión de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Asimismo, refiere que es improcedente porque resulta de aplicación al caso de la demandante el precedente vinculante establecido por este Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, pues no ingresó a laborar a la entidad demandada mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante y de duración indeterminada, debido a que siempre fue contratada en la modalidad de locación de servicios, que son de naturaleza civil, mediante órdenes de compra, sin generar un vínculo laboral; y que obvió firmar la última orden de compra 4503642292, del 13 de agosto de 2020, para prestar servicios al Programa de Inmunizaciones del Hospital emplazado del 17 de julio al 14 de setiembre de 2020, con el errado y premeditado objetivo de valerse de dicha omisión para solicitar que se declare nulo su supuesto despido (f. 317).

El Juzgado Civil - Sede Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante Resolución 4, del 23 de octubre de 2020, declaró fundada la demanda, al considerar que en autos ha quedado acreditado que la demandante ha laborado en favor de la demandada, con un contrato con fecha 3 de noviembre de 2019 (sic), hasta el 17 de julio de 2020, y que al 27 de agosto de 2020, fecha de su despido, tenía aproximadamente

6 meses de gestación, por lo que fue despedida de forma arbitraria, pues había sido contratada en una plaza presupuestada y mediante concurso público (f. 331).

La Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda, por estimar que la demandante ha mantenido una relación contractual de locación de servicios desde el mes de octubre de 2019 hasta el 30 de junio de 2020, para realizar labores de técnica en enfermería, las cuales estaban supeditadas a subordinación y dependencia, además de realizar otras funciones, por lo que se acreditó en autos que la emplazada utilizó dicha modalidad contractual con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal, y que en armonía con el artículo 77, inciso d) del Decreto Supremo 003-97- TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dichos contratos se han desnaturalizado. Sin embargo, aduce que resulta de aplicación el precedente fijado en la Sentencia 05057-2013-PA/TC, ya que de la demanda y sus recaudos se desprende que la demandante no ingresó mediante concurso público de méritos para una plaza vacante e indeterminada. Asimismo, en relación al estado de gestación de la demandante, considera que no se ha acreditado en autos que esta haya informado documentadamente a la entidad emplazada de su estado de gravidez, por lo que no puede concluirse que su cese laboral haya tenido como motivo dicho estado (f. 427).

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando como técnica en enfermería del Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, por haber sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encontraba en estado de gravidez.
2. Es preciso mencionar que, a la fecha de la interposición de la presente demanda (14 de setiembre de 2020), aún no se había implementado la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Madre de Dios. Por tanto, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, motivo por el cual el proceso de amparo resulta ser, en principio, la vía idónea para dilucidar la pretensión de la demandante.

3. Asimismo, en el presente caso, la vía del proceso de amparo es la idónea para resolver la controversia, en la medida en que existe la necesidad de tutela urgente, por cuanto la demandante alega que fue despedida por encontrarse embarazada, lo que contravendría el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política. En ese sentido, este Tribunal Constitucional considera que en el caso de autos subyace una controversia de relevancia constitucional, lo que amerita un pronunciamiento de fondo.

Análisis de la controversia

4. Conforme lo afirma la propia demandante en su demanda, y se corrobora con diversos medios probatorios obrantes en autos²², ella ha prestado servicios para la entidad emplazada en tres períodos: primero, desde el 3 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2019; posteriormente, desde el 28 de enero hasta el 17 de julio de 2020 -ambos períodos mediante órdenes de compra en la modalidad de locación de servicios-; y, finalmente, desde el 18 de julio hasta el 27 de agosto de 2020, sin contrato alguno. En ese sentido, este Tribunal solo se pronunciará con relación al período comprendido entre el 28 de enero y el 27 de agosto de 2020, en el que se acredita la continuidad de los servicios prestados.
5. Ha sido determinado por las instancias inferiores, basándose en los medios probatorios ofrecidos, que es posible determinar la existencia de subordinación en la prestación de servicios de la demandante, porque se encontraba sujeta a las órdenes de un jefe inmediato, para quien emitía informes de las labores realizadas²³. Además, de los turnos de servicio programados por la demandada²⁴, se aprecia que era esta la que establecía el itinerario de trabajo de la demandante. Finalmente, de los recibos por honorarios se corrobora que percibía un pago mensual por sus servicios²⁵.
6. Asimismo, sin perjuicio de lo antes expuesto, dada la naturaleza del cargo de técnico en enfermería, para el que fue contratada, y las funciones asignadas, también se puede concluir que las labores encomendadas eran de naturaleza permanente y no temporales, por ser propias de la actividad principal del hospital demandado. Así se puede

22 Ver fojas 14 a 19 y 204 a 275, y otras que se precisarán en los siguientes considerandos.

23 Ver informes de fojas 204, 214, 220, 267 y 275

24 Cfr. fojas 215, 216, 221, 222, 268, 269 y 276.

25 Cfr. fojas 14 a 19.

comprobar, de los términos de referencia que sustentaron la contratación de la demandante²⁶, que sus funciones específicas eran: brindar apoyo en triaje de Emergencia y registro de pacientes de Tópico de Emergencia y observación; implementar y equipar el consultorio médico de Emergencia y Tópico de Emergencia y observación; brindar apoyo al personal de enfermería en dar atención para la hidratación y tratamiento en Emergencia, entre otras funciones. Además, se confirma esta hipótesis con el “Sustento técnico de requerimiento” para la referida contratación²⁷, en el que se reconoce que “[e]n la actualidad, no se cuenta con **TECNICO EN ENFERMERIA** en el Servicio de EMERGENCIA debido a que el Personal Programado ha tenido que desplazarse a CENTRAL DE ESTERILIZACIÓN ya que el personal que se encontraba programado ha sido ganador del concurso plaza 728 (...). Por lo que se necesita, un 01 Técnico de Enfermería con **CARÁCTER DE URGENCIA** para que puedan Cumplir con la Atención de TRIAJE en Emergencia” (sic).

7. Por lo tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas contractuales que pretendían ocultar una relación laboral con la celebración de un contrato de locación de servicios. Por ende, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil desde el primer momento de su contratación.

Sobre la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, vinculado al estado de gestación de la demandante

8. A fin de probar su estado de gravidez, la demandante presenta como anexos de la demanda: a) copia certificada del Acta de constatación policial del 27 de agosto de 2020, donde afirma que tiene 6 meses de embarazo²⁸; b) copia legalizada del carnet de control materno perinatal correspondiente a la patrocinada, expedido por EsSalud²⁹ ; c) hemograma automatizado fórmula diferencial automatizada de leucocitos del 27 de agosto de 2020, que en la demanda se afirma fue

26 Ver fojas 258, vuelta

27 Fojas 260.

28 Ver fojas 4, documento expedido por Javier A, Guzmán Avalos, mayor de la Comisaría de Tambopata y otro, participando la actora, el administrador de la Red Asistencial de MDD del Hospital de EsSalud, abogado Fritz Aguirre Dianderas y el abogado Richard Uceda Villacruz.

29 Ver fojas 6 y 7.

expedido por los funcionarios del hospital emplazado y pertenece a la demandante³⁰; y d) receta médica del 27 de agosto de 2020, perteneciente a la demandante, expedido por el ginecólogo obstetra del Hospital I Víctor Alfredo Lazo Peralta de la Red Asistencial Madre de Dios³¹. Empero, no ha afirmado que haya comunicado al empleador de su estado de gestación, sino que este era notorio al tener seis meses de embarazo y se atendía en el hospital demandado.

9. Se verifica de autos que los documentos de atención referidos en el fundamento anterior -que según la demandante fueron emitidos por el hospital-, no fueron cuestionados por la entidad demanda en su contestación de la demanda³², ni los ha tachado de falsos. Asimismo, ante la aseveración sobre el estado de gestación de la demandante, la entidad emplazada se limita a afirmar que es un argumento “imper-tinente”. No obstante, califica como falsos y contradice otros argumentos y se limita a aducir que la Ley General de Salud no permite dar información de actos médicos, y que los documentos presentados por la demandante no acreditan que haya comunicado al hospital demandado su estado de gestación³³.
10. En consecuencia, para este Tribunal Constitucional, el hecho de que la demandante se encontrase embarazada de seis meses y que fuera notorio su estado de gestación, no es un hecho controvertido, sino, por el contrario, pacífico; lo que únicamente no existe es un documento entregado por la demandante, en el que hubiese comunicado su estado de gestación.
11. En lo referente a la necesidad de comunicar al empleador el embarazo para que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, esta ya no es exigible, desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad ³⁴, el cual es aplicable como norma de derecho nacional ³⁵. Este convenio establece que esa protección es de carácter objetivo. El artículo octavo prohíbe “al empleador que despid a una mujer que esté embarazada”, es decir,

30 Cfr. fojas 40.

31 Cfr. fojas 27.

32 Ver fojas 317.

33 Ver fojas 347 y siguientes, en particular, los fundamentos 3.9 y 3.13 de ese recurso.

34 El 9 de mayo de 2016.

35 Artículo 55 de la Constitución.

que esa prohibición no está condicionada a comunicación alguna: es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere una suerte de “fuero maternal”, que impide al empleador poner fin al contrato de trabajo unilateralmente -sea por el despido como por la no renovación de un contrato temporal-, “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”³⁶.

12. En este sentido, a tenor del artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, y conforme a lo expresado en los fundamentos de la presente sentencia, se concluye que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo, encubierto de un contrato civil pactado en fraude de ley, que tuvo como causa su estado de embarazo, ya que el empleador no ha demostrado la existencia de una causa distinta para poner fin a la relación laboral.

Sobre el precedente recaído en el Expediente 05057-2013-PA/TC

13. Dicho precedente, más conocido como “precedente Huatuco” estableció las siguientes reglas de interpretación en los casos de despido en el sector público, con respecto a la reincorporación de los trabajadores:
 - i. (...) resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la *desnaturalización* de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. (énfasis agregado)³⁷.
 - ii. No podrá ordenarse la reincorporación de los trabajadores que no hayan ingresado a laborar mediante un concurso público y para una plaza vacante, presupuestada y de duración indeterminada³⁸.

36 Convenio 183 OIT, artículo 8.

37 Fundamento 25.

38 Fundamento 19.

- iii. Las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y en la mencionada sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración³⁹.
 - iv. El cumplimiento del precedente debía realizarse desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario *El Peruano*.
14. El presente caso no es uno que trate de un supuesto puro de desnaturalización de contrato, el cual ha sido regulado por el “precedente Huatuco”. Adicionalmente, involucra una discriminación por razón de sexo de una trabajadora, despedida por su estado de gestación, el cual convierte al despido en uno nulo. Este elemento adicional, por sí solo, hace que el citado precedente sea aplicado en forma parcial.
15. No obstante, este Tribunal Constitucional aprecia que, desde la fecha en que se emitió el precedente hasta la actualidad, el número de procesos de amparo presentados solicitando la reposición por desnaturalización de contratos ha ido en aumento, lo que pone de manifiesto que la Administración pública sigue empleando esas modalidades de contratación para cubrir necesidades de las diversas entidades del Estado. En consecuencia, no debería recaer sobre los funcionarios que celebran esos contratos la responsabilidad a la que alude el “precedente Huatuco” en el fundamento 19 necesariamente, ya que se realizan por indicación de sus superiores. Por el contrario, resulta indispensable que se sinceren las cifras de las necesidades de recursos humanos en las entidades del Estado y se convoque a los concursos que se requieran para proveer todas las plazas necesarias para brindar el servicio que les compete.
16. No amparar demandas en las que se advierte que ha existido un abuso de posición contractual por parte del Estado para lograr la prestación de servicios, recurriendo a modalidades que impiden a los trabajadores gozar de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en materia laboral, significaría un retroceso en la protección de los mencionados derechos y el desconocimiento del principio de primacía de la realidad. La jurisprudencia de este Colegiado sobre este principio es uniforme: lo califica como principio implícito que

39 Fundamento 20.

rige la relación laboral, según el cual “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”⁴⁰.

17. Por otro lado, las leyes son de obligatorio cumplimiento⁴¹, y entre los principios que rigen la Ley Marco del Empleo Público,⁴² se encuentran los de mérito y capacidad⁴³, así como el de previsión presupuestaria⁴⁴. Así, se establece que, en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, deben regir “los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, y la primacía de los derechos laborales”⁴⁵.
18. De acuerdo con la norma glosada, la protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público deben ser priorizados, lo cual resulta incompatible con la prohibición expresa de ordenar la reposición cuando se comprueba que se ha recurrido a modalidades que vulneran los derechos fundamentales, como es el caso de una trabajadora embarazada que sin causa alguna es despedida o no se le renueva el contrato que ha sido desnaturalizado por haberse pactado bajo las leyes civiles, cuando en realidad el trabajo se prestaba en

40 Sentencia 01944-2002-AA/TC, fundamento 3. En similar sentido ver, entre otras, Sentencia 03710- 2005-PA/TC, fundamento 4, Sentencia 01944-2002-AA/TC, fundamento 3 , Sentencia 00104-2010- AA/TC, fundamento 7.

41 Constitución del Perú, artículo 109.

42 Ley 28175, artículo IV.

43 El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio (n. 7).

44 Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado (n. 10).

45 Ley 28175, artículo IV.8: “Principios de Derecho Laboral.- Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio”.

forma subordinada⁴⁶. A la vez, tampoco sería conforme al ordenamiento jurídico ordenar la reposición de esos trabajadores a plazo indefinido cuando no han accedido por concurso público a una plaza presupuesta y vacante⁴⁷, ya que se vulneraría tanto la meritocracia como la igualdad de oportunidades.

19. En consecuencia, a fin de tutelar tanto los derechos laborales de los trabajadores como los requisitos del acceso al empleo público a plazo indeterminado, este Tribunal Constitucional concluye que cuando se despide a una trabajadora cuyo contrato ha sido desnaturalizado y se comprueba que existe nulidad en el despido, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. En caso que la trabajadora no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá sin que tenga derecho al pago de indemnización. Durante el tiempo de la reincorporación temporal, como resulta obvio, quedan habilitadas las facultades disciplinarias del empleador, cuando compruebe faltas relacionadas con la conducta o capacidad de la trabajadora.

Sobre las remuneraciones devengadas

20. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha previsto, en el caso de despidos nulos, que el juez, al declarar fundada la demanda de nulidad, “ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”⁴⁸.

46 En otros casos, la desnaturalización ocurre por celebrar contratos sujetos a modalidad sin que pueda comprobarse la causa objetiva justificante de la necesidad de contratar personal a plazo determinado (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 53: “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes”).

47 El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, sobre la base de los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

48 Artículo 40.

21. Por tanto, teniendo en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, no atribuibles al trabajador, corresponde, en aplicación del principio de igualdad de oportunidades, que este Tribunal ordene dichos pagos, tanto por razones de economía procesal como de justicia material.
22. Esta es una práctica habitual en el derecho comparado. Así el Tribunal Constitucional español, cuando califica el despido de una embarazada como nulo, por discriminatorio (SSTC 41/2002, de 25 de febrero, 342/2006, de 11 de diciembre, 92/2008, de 21 de julio, 124/2009, de 18 de mayo), esa declaración de nulidad comporta la obligación de la empresa de readmitir inmediatamente a la trabajadora, así como de abonar los salarios de tramitación, que son el equivalente a las remuneraciones devengadas en nuestro país⁴⁹. Criterio similar sigue la Corte Constitucional de Colombia, la que añade, en estos casos, el pago de la indemnización prevista en el Código Sustantivo de Trabajo de ese país⁵⁰ (T-1236- 04; T-909-02; S. T-063/06, T-495/07, T-024/11). Finalmente, en Chile rige similar protección en los casos de despido nulo, por no haberse respetado el fuero, sea maternal o sindical, de un trabajador⁵¹.
23. Consecuentemente, durante el tiempo transcurrido desde que no le renovaron el contrato hasta la fecha actual, la demandante no ha cumplido con su deber de trabajar por un hecho imputable

49 El Tribunal español ordena el pago, en virtud de lo establecido en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, que es el equivalente al artículo 40 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que se transcribe a continuación: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. (...) 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

50 Artículo 239: “PROHIBICIÓN DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. (...) 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado”.

51 Cfr. Código de Trabajo de Chile, artículo 174: “(...) Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales”.

únicamente al empleador. Por esta razón, de acuerdo con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, tiene derecho a cobrar las remuneraciones devengadas. Este derecho ha sido también reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ordenó la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional depuestos en el año 2001. En esa oportunidad, la Corte estableció que “el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que en conformidad con su legislación correspondan a los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 121 y 128 de la presente Sentencia”⁵².

Efectos de la presente sentencia

24. Teniendo en cuenta que la demandante fue despedida estando embarazada y que la entidad demandada no ha probado que el motivo para prescindir de sus servicios fuera una razón distinta a su estado de gestación, corresponde ordenar su reposición en un puesto de similar categoría, así como el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha de su reincorporación, con intereses legales, así como la compensación por tiempo de servicios, de acuerdo con la legislación vigente.
25. Si bien la demandante se encontraba laborando bajo la modalidad de locación de servicios, este hecho no impide que goce de la protección constitucional que su condición de madre trabajadora exige. La razón es que se ha demostrado en el proceso, con base en el principio de primacía de la realidad, que prestó sus servicios personales y remunerados en forma subordinada. En consecuencia, lo que verdaderamente había celebrado era un contrato laboral a plazo indefinido⁵³. No otorgar la protección en estos casos de desnaturalización de contratos impediría el desarrollo profesional de una mujer, al negarle la posibilidad de continuar en el empleo, al que había accedido por sus méritos, vulnerando

52 Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, punto resolutive n. 5. Ubicable en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf (énfasis añadido).

53 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 4: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

así tanto el principio de no discriminación, como el de igualdad de oportunidades⁵⁴.

26. Resulta evidente que el asumir responsabilidades familiares, como es la de tener un hijo, no trasciende a la relación laboral del padre, como ocurre con la madre. Por tanto, para que la madre trabajadora pueda desarrollarse profesionalmente, de modo análogo a como puede hacerlo un hombre, es necesario una tutela especial a lo largo de la relación laboral.
27. Finalmente, en atención a lo dispuesto por el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional, corresponde condenar al pago de costos procesales a la parte emplazada.

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 la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la demandante.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría, hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido.
3. **ORDENAR** el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha de su reposición, más los intereses legales, así como los depósitos de compensación por tiempo de servicios; con el abono de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
MORALES SARAVIA
DOMÍNGUEZ HARO
PACHECO ZERGA
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH

PONENTE PACHECO ZERGA

54 Constitución del Perú, artículos 2.2.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Emito el presente voto, con el debido respeto de la opinión de mis colegas, en razón de que no comparto parcialmente la decisión adoptada en este caso, ni los argumentos que la sustentan.

En ese sentido, a continuación, fundamentaré por qué considero que la demanda debió ser declarada **FUNDADA en parte**.

1. Con fecha 14 de setiembre de 2020, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, solicitando que se declare ilegal y nulo el despido arbitrario por razón de su embarazo del que fue víctima -el 27 de agosto de 2020-; y que, en consecuencia, se ordene la suscripción de su contrato laboral a plazo indeterminado.
2. Conforme lo afirma la propia accionante en su demanda, y se corrobora con diversos medios probatorios obrantes en autos, ésta ha prestado servicios para la entidad emplazada en tres períodos: i.) primero desde el 3 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2019; ii.) posteriormente desde el 28 de enero hasta el 17 de julio de 2020 (ambos períodos mediante órdenes de compra en la modalidad de locación de servicios); y iii.) finalmente, desde el 18 de julio hasta el 27 de agosto de 2020, sin contrato alguno.
3. En ese sentido, el presente voto singular solo aludirá al período comprendido entre el 28 de enero y el 27 de agosto de 2020, en el que se acredita la continuidad de los servicios prestados.
4. Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2015, el Tribunal Constitucional estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que -en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato de trabajo temporal o civil- no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó a la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal sentido, se

estableció que los procesos de amparo en trámite en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo, debiendo el juez -en estos casos- reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

5. También se precisó que las demandas presentadas a partir del día siguiente de la publicación de la citada sentencia en el diario oficial *El Peruano*, cuya pretensión no cumpla el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, deberán ser declaradas improcedentes sin que opere la reconducción.
6. En el presente caso, se debe determinar si la prestación de servicios de la recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque, de ser así, la demandante solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 01944-2002-AA/TC, se estableció que, mediante el referido principio, “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (fundamento 3).
7. Así, se observa que la demandante prestó servicios para la entidad emplazada desde el 28 de enero al 27 de agosto de 2020, como técnica en enfermería. De los medios probatorios ofrecidos es posible determinar la existencia de subordinación, toda vez que se encontraba sujeta a un jefe inmediato, y para quien emitía informes de las labores realizadas (informes de fojas 204, 214, 220, 267 y 275); mientras que de los roles de servicio o turnos programados que obran a fojas 215, 216, 221, 222, 268, 269 y 276, se aprecia que era la entidad demandada quien establecía un itinerario de trabajo para la accionante; y, finalmente, de los recibos por honorarios se corrobora que percibía un pago mensual por sus servicios (folios 14 a 19).
8. Asimismo, sin perjuicio de lo antes expuesto, dada la naturaleza del cargo de técnico en enfermería para el que fue contratada la actora y las funciones asignadas, también se puede concluir que las labores encomendadas eran de naturaleza permanente y no temporales, propias de la actividad principal del hospital demandado, como se puede apreciar en los términos de la referencia que sustentaron su

contratación, obrante a fojas 258 (vuelta), en los que se consigna como funciones específicas: brindar apoyo en triaje de Emergencia y registro de pacientes de Tópico de Emergencia y observación; implementar y equipar el consultorio médico de Emergencia y Tópico de Emergencia y observación; y brindar apoyo al personal de enfermería en dar atención para la hidratación y tratamiento en Emergencia; entre otras funciones. Dicha situación, se confirma con el Sustento Técnico de Requerimiento para la referida contratación (f. 260), en el cual se consigna que “[e]n la Actualidad, No se cuenta con TECNICO EN ENFERMERIA en el Servicio de EMERGENCIA debido a que el Personal Programado ha tenido que desplazarse a CENTRAL DE ESTERILIZACIÓN ya que el personal que se encontraba programado ha sido ganador del concurso plaza 728 (...). Por lo que se necesita, un 01 Técnico de Enfermería con CARÁCTER DE URGENCIA para que puedan Cumplir con la Atención de TRIAJE en Emergencia” (sic).

9. Por lo tanto, es claro que la labor ejercida por la demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de la prestación de servicios remunerados y subordinados, y sujeta a un horario de trabajo; razón por la cual queda establecido que, entre las partes, ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado.
10. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) lo expuesto en el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y ii) que en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, la demandante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público, por lo que en vez de establecer un mecanismo tuitivo del derecho al trabajo estaríamos generando un acto arbitrario en desmedro de muchos trabajadores que pierden dicha expectativa laboral.
11. Por ello, estimo que la pretensión de la parte demandante, de ser repuesta con un contrato laboral a plazo indeterminado, debe ser declarada **IMPROCEDENTE** en esta sede constitucional.

12. De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con posterioridad a la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 05057- 2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, no corresponde remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone en el fundamento 22 de la precitada sentencia; mas sí la emplazada deberá verificar lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionadas en el fundamento 20 del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.
13. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde analizar a continuación el alegato de la recurrente, relacionado con que su despido estuvo vinculado a su estado de gestación.
14. Sobre el particular, interpretando lo establecido en los artículos 2, inciso 2, y 4 de la Constitución Política de 1993, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento constitucional contempla una tutela reforzada en favor de las mujeres gestantes en el ámbito laboral, la cual, entre otros aspectos, exige brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y lactancia⁵⁵, garantía ésta que se extiende a toda trabajadora del sector público o del sector privado que se encuentre en tal situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca, pues la Constitución - en tanto norma suprema del Estado- irradia sus efectos normativos a todos los espacios de interacción laboral, sin excepción alguna.
15. En el presente caso, si bien en autos no se ha acreditado de manera fehaciente que la demandante haya comunicado sobre su estado de gestación a su empleador antes del alegado despido, la recurrente es una mujer que se encontraba con cerca de 6 meses de estado de gestación cuando fue despedida.

55 Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de diciembre de 2017.

“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 despidas 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”.

16. Dicho estado avanzado de embarazo era razonablemente notorio, de lo cual se presume que se está ante un despido nulo que tuvo como causa el estado de gravidez de la demandante. Y es que, teniendo en cuenta la mencionada especial protección constitucional a favor de la mujer gestante, en el presente caso se aprecia que la parte emplazada a partir de haber tomado conocimiento del estado notorio de gravidez de la recurrente, debió adoptar las acciones necesarias para garantizar su derecho al trabajo. Sin embargo, al optar continuar con su decisión de no renovar el contrato laboral de la demandante por el solo hecho de encontrarse embarazada se generó una situación de discriminación por razón de sexo, circunstancia que conlleva a concluir que su cese laboral resulta inconstitucional.
17. Por tanto, corresponde tutelar el derecho al trabajo y a la protección de la madre en el ámbito laboral, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, y disponer su reposición laboral en un puesto de trabajo de igual o similar categoría (jerárquica y remunerativa) al que tenía antes del despido, por el tiempo que dura el periodo de gestación y el año de lactancia.
18. Por estas razones, considero que debe declararse **FUNDADA en parte** la presente demanda de amparo en relación con el derecho al trabajo y a la protección de la madre en el ámbito laboral, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, y **ORDENAR a la emplazada que reponga a la demandante en un puesto de trabajo de igual o similar categoría (jerárquica y remunerativa) al que tenía cuando no le renovaron el contrato**, conforme a lo indicado *supra*; así como la respectiva **condena de pago de costos del proceso**.
19. En el otro extremo, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la pretensión de la parte demandante de ser repuesta con un contrato laboral a plazo indeterminado, conforme a lo expuesto anteriormente.

S.

GUTIÉRREZ TICSE



Pleno. Sentencia 265/2022

EXP. N.º 00517-2022-PA/TC-LIMA

Asociación de inválidos, discapacitados, viudas y derechohabientes de Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 9 de agosto de 2022, los magistrados Morales Saravia, Domínguez Haro, Pacheco Zerga y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, **ORDENA** al Ministerio de Defensa efectuar el pago actualizado de la indemnización y de la bonificación mensual extraordinaria de acuerdo con lo establecido en el segundo artículo de la Ley 26511, a favor de don Josué Rojas Jaramillo, así como los devengados, los intereses legales y los costos procesales.

Por su parte, los magistrados Ferrero Costa y Gutiérrez Ticse, formularon votos singulares por declarar infundada la demanda.

El magistrado Monteagudo Valdez emitió un voto singular por declarar **fundada** la demanda, y, por consiguiente, **ORDENAR** al Ministerio de Defensa efectuar el pago actualizado de la bonificación extraordinaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 26511, a favor de don Josué Rojas Jaramillo; **apartándose de toda alusión formulada por la sentencia en mayoría a la indemnización excepcional** regulada por el mencionado artículo.

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.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE,

OMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de agosto de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia; con los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse y Monteagudo Valdez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación de Inválidos, Discapacitados, Viudas y Derechohabientes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en representación de don Josué Rojas Jaramillo, contra la resolución de fojas 90, de fecha 16 de noviembre de 2021, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La entidad recurrente interpone demanda de amparo contra la Comandancia General del Ejército del Perú y el procurador público del Ministerio de Defensa encargado de los asuntos judiciales relativos al Ejército del Perú, solicitando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 26511, cumpla con pagar a don Josué Rojas Jaramillo la bonificación especial mensual extraordinaria como “Defensor de la Patria” en un monto no menor a tres remuneraciones mínimas vitales vigentes, con el pago de los devengados, los intereses legales y los costos procesales.

El procurador público del Ejército del Perú deduce las excepciones de incompetencia por razón de la materia, de falta de agotamiento de la vía administrativa, de caducidad y de prescripción extintiva. A su vez, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada alegando que en la parte *in fine* del artículo 2 de la Ley 26511 se ha dispuesto que el monto de estos beneficios, así como el reajuste periódico de la bonificación mensual extraordinaria, será fijado por el Poder Ejecutivo mediante decreto supremo; y habiéndose fijado el monto de dicha bonificación mediante el Decreto Supremo 044-97- DE/SG, que se encuentra

vigente, no existe asidero legal para incrementar la bonificación que pretendería el actor.

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 18 de noviembre de 2019 (f. 50), declaró infundadas las excepciones planteadas por la entidad demandada y declaró saneado el proceso. A su vez, con fecha 26 de agosto de 2020 (f. 64), declaró infundada la demanda por considerar que por Resolución del Comando de Personal-JADPE n.º 63- 99/CP/JADPE, de fecha 22 de diciembre de 1999, se resolvió reconocer a favor del sargento 2.do Rojas Jaramillo Josué el derecho a pensión por concepto de la bonificación mensual extraordinaria en la suma de S/. 860.00 (ochocientos sesenta y 00/100 nuevos soles) a partir del 1 de enero de 1999; y de la citada resolución administrativa se verifica que se ha fijado al actor la bonificación mensual extraordinaria en la suma de S/. 860.00 (ochocientos sesenta y 00/100 soles), al tener invalidez permanente, lo cual está de acuerdo con la norma aclaratoria del Decreto Supremo 044-97-DE/SG. Agrega que, al fijarse la bonificación reclamada, se ha procedido conforme a ley, y que no existe, por ende, monto alguno pendiente de abono por la parte emplazada.

La Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 16 de noviembre de 2021 (f. 90), confirmó la apelada por considerar que, en el caso de autos, el demandante goza del beneficio de la bonificación extraordinaria mensual por el monto de S/. 860.00 (ochocientos sesenta y 00/100 soles), de lo cual se colige que el actor viene percibiendo el mencionado beneficio sobre la base de lo expresamente normado, por lo que no se ha acreditado de modo alguno que se le haya vulnerado su derecho a la seguridad social, pues la bonificación de la que viene gozando desde su otorgamiento como beneficiario en su calidad de combatiente en el conflicto con el Ecuador, se sustenta en las normas emitidas según lo dispuesto en la Ley 26511, tal como ocurre con el Decreto Supremo 044-97-DE/SG.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

El objeto de la demanda es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 26511, se cumpla con pagar a don Josué Rojas Jaramillo la bonificación especial mensual extraordinaria como “Defensor de la Patria” en un monto no menor a tres remuneraciones mínimas vitales vigentes, con el pago de los devengados, los intereses legales y los costos procesales.

Procedencia de la demanda

En reiterada Jurisprudencia⁵⁶ este Tribunal Constitucional ha precisado que, aun cuando una demanda cuestione la suma específica de la pensión que percibe la parte accionante, se debe proceder a efectuarse la verificación por las especiales circunstancias del caso, a fin de evitar consecuencias irreparables.

En este caso, la Resolución de la Comandancia General del Ejército 3019-CGE/GP-JAPE, de fecha 15 de noviembre de 1996 (f. 9), verificó que el estado físico del sargento segundo Josué Rojas Jaramillo era el de invalidez permanente por accidente ocurrido en acto de servicio, por lo que fue dado de baja y se reconoció su derecho a percibir los beneficios establecidos en la Ley 26511 -que, según el demandante, no responden a lo ordenado en dicha ley-, por lo que este Tribunal debe analizar si se ha vulnerado, o no, el derecho a la pensión del demandante.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

1. El artículo 2 de la Ley 26511, publicada el 23 de julio de 1995, establece lo siguiente:

Artículo 2.- Autorícese al Poder Ejecutivo a otorgar al personal civil, militar y policial que haya participado como Combatiente en el conflicto con el Ecuador en la zona del Alto Cenepa de 1995 o a sus deudos, según corresponda, los siguientes beneficios:

Una indemnización excepcional no menor de una (01) UIT, en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o a los deudos según sea el caso.

Una bonificación mensual extraordinaria, no menor de tres remuneraciones mínimas (RM), en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o en favor de los deudos de los fallecidos. Esta bonificación será otorgada sin perjuicio de cualquier otra remuneración, pensión o bonificación que perciban los beneficiarios de esta Ley.

El monto de estos beneficios será fijado por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, del mismo modo que el reajuste

56 Por todas, ver las sentencias recaídas en los expedientes 03474-2021-AA/TC; 03215-2021-AA/TC; 04016-2018-AA/TC y 00184-2021-AA/TC.

periódico de la bonificación mensual extraordinaria. (Subrayado agregado).

2. A su vez, el artículo 2 del Decreto Supremo 044-DE/SG fijó los montos de indemnización y bonificación extraordinaria otorgados a personal civil, militar y policial que participó como combatiente en la zona del Alto Cenepa, el año 1995. Fue publicado el 26 de junio de 1997 y dispone en su segundo artículo lo siguiente:

La bonificación mensual extraordinaria a que se refiere el inciso b) del Artículo 2 de la Ley N.º 26511 se fija en los montos siguientes:

SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 645,00) para el personal con invalidez temporal.

OCHOCIENTOS SESENTA Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 860,00) para el personal con invalidez permanente.

MIL SETENTA Y CINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 1 075,00) para los deudos del personal fallecido.

3. Por otro lado, el artículo 13 del Decreto Supremo 010-DE-SG, que aprobó el Reglamento de la Ley 26511, fue publicado el 8 de marzo de 1999, y establece en su artículo 13 que:

“Los beneficios económicos a que se refieren los incisos a. y b. del Artículo 2 de la Ley N.º 26511 serán fijados mediante Decreto Supremo, conforme lo establece la última parte del referido artículo”.

4. De las normas glosadas se concluye que, aun cuando el artículo 2, inciso b) de la Ley 26511 prescribe que la bonificación mensual extraordinaria no podía ser menor a tres remuneraciones mínimas (RM); sin embargo, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del referido artículo 2 de la Ley 26511 y a lo dispuesto por el artículo 13 de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 010-DE-SG, el *monto* así como el *reajuste* de la citada bonificación mensual extraordinaria debían ser fijados mediante *decreto supremo* expedido por el Poder Ejecutivo.
5. En el presente caso, consta en la Resolución de la Comandancia General del Ejército 3019-CGE/GP-JAPE, de fecha 15 de noviembre de 1996 (f. 9), que del peritaje médico legal practicado al sargento 2.º Josué Rojas Jaramillo, se establece el siguiente diagnóstico: “ceguera

ojo derecho por lesión del nervio óptico, amputación traumática del miembro inferior derecho a nivel del tercio medio de la pierna derecha. Secuela: Grave limitación funcional por la ceguera y amputación del miembro inferior derecho”, lo cual constituye causa de inaptitud psicosomática; por lo que resuelve darle de baja del servicio activo, con fecha 30 de setiembre de 1996, por incapacidad física producida por acción ocurrida en “Acto de Servicio”; reconocer su condición de inválido para el servicio y otorgarle pensión respectiva a partir del 1 de octubre de 1996.

6. A su vez, consta en la Resolución del Comando de Personal-JADPE RCJ N.º 63-99/CP/JADPE, de fecha 22 de diciembre de 1999 (f. 10), que atendiendo a que en la Resolución del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas n.º 60-CCFFAA/D1-PERS, de fecha 22 de setiembre de 1999, aprobada por la Comisión Conjunta de Calificación de “Combatientes y Defensores de la Patria”, se califica como “Defensor de la Patria” al sargento 2.º Rojas Jaramillo Josué, a partir del mes de enero de 1996, invalidado durante el conflicto con el Ecuador, en las operaciones de la zona del Alto Cenepa 1995; resuelve en su artículo 1 reconocer a favor del sargento 2.º (I) Rojas Jaramillo Josué, el derecho a percibir el concepto de la bonificación mensual extraordinaria en la suma de S/. 860.00 (ochocientos sesenta y 00/100 nuevos soles), a partir del 1 de enero de 1999, que es la que viene percibiendo actualmente.
7. Teniendo en cuenta que existen miembros de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y Civiles que participaron en el conflicto con el Ecuador, así como deudos de aquellos que murieron en esos actos de servicio, la Ley 26511 y su reglamento establecieron el deber de identificar a esas personas, para que pudieran recibir beneficios económicos adicionales por su gesta heroica en beneficio de la nación y de su territorio, con grave detrimento de su salud e, inclusive, de su vida.
8. Por esta razón el segundo artículo de la Ley 26511, al que se ha hecho antes referencia, autorizó al Poder Ejecutivo a otorgar al personal civil, militar y policial que haya participado como Combatiente en el conflicto con el Ecuador en la zona del Alto Cenepa de 1995 o a sus deudos, según corresponda, los siguientes beneficios:
 - a) Una indemnización excepcional no menor de una (01) UIT, en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o a los deudos según sea el caso.

- b) Una bonificación mensual extraordinaria, no menor de tres remuneraciones mínimas (RM), en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o en favor de los deudos de los fallecidos. Esta bonificación será otorgada sin perjuicio de cualquier otra remuneración, pensión o bonificación que perciban los beneficiarios de esta Ley.
9. En consecuencia, se puede afirmar que el contenido mínimo de la pensión del personal civil y militar que participó como combatiente en el conflicto que se desarrolló en el Alto Cenepa en 1995, comprende tanto el monto que como pensión establecen las leyes ordinarias para dicho personal, como las previstas en el artículo 2 de la Ley 26511. Esto es, percibir adicionalmente una indemnización especial no menor a una UIT y una bonificación mensual especial no menor a tres remuneraciones mínimas vitales.
10. El último párrafo del artículo segundo de la Ley 26511 dispone que el Poder Ejecutivo debe fijar “el monto de estos beneficios, mediante Decreto Supremo, del mismo modo que el reajuste periódico de la bonificación mensual extraordinaria⁵⁷”. Ahora bien, ambos beneficios han sido actualizados por el Ministerio de Economía y Finanzas para el caso de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), y por el Ministerio de Trabajo para la Remuneración Mínima Vital (RMV).
11. Sin embargo, el Ministerio de Defensa no ha cumplido con el mandato del último párrafo del artículo segundo de la Ley 26511 y, en lugar de actualizar el monto de la bonificación mensual, de acuerdo al valor fijado para la Remuneración Mínima Vital (RMV), ha congelado dicho monto al amparo del artículo 13 del Decreto Supremo 010-DE-SG, que reglamenta la Ley 26511, en el que se atribuye al Ministerio de Defensa la competencia de esa actualización. La consecuencia es

57 Artículo 2.- Autorízase al Poder Ejecutivo a otorgar al personal civil, militar y policial que haya participado como Combatiente en el conflicto con el Ecuador en la zona del Alto Cenepa de 1995 o a sus deudos, según corresponda, los siguientes beneficios:
Una indemnización excepcional no menor de una (01) UIT, en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o a los deudos según sea el caso.
Una bonificación mensual extraordinaria, no menor de tres remuneraciones mínimas (RM), en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o en favor de los deudos de los fallecidos. Esta bonificación será otorgada sin perjuicio de cualquier otra remuneración, pensión o bonificación que perciban los beneficiarios de esta Ley.
El monto de estos beneficios será fijado por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, del mismo modo que el reajuste periódico de la bonificación mensual extraordinaria.

que, hasta la fecha, la bonificación mensual extraordinaria se calcula sobre la base al Decreto Supremo 044-97- DE/SG, de fecha 26 de junio de 1997, cuando en ese año la RMV ascendía a S/. 300.00⁵⁸. En esa oportunidad se fijó la siguiente escala, según el grado de invalidez de los titulares o del derecho de sus deudos:

MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL Y BONIFICACIÓN MENSUAL

Indemnización excepcional
• Para el personal con invalidez temporal S/. 4,800.00 • Para el personal con invalidez permanente S/. 7,200.00 • Para los deudos del personal fallecido S/. 12,000.00
Bonificación mensual
• Para el personal con invalidez temporal S/. 645.00 • Para el personal con invalidez permanente S/. 860.00 • Para los deudos del personal fallecido S/. 1,075.00.

Fuente: Decreto Supremo N° 044-97-DE/SG.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

12. De este modo, se verifica que el Ministerio de Defensa no ha cumplido con su obligación legal de efectuar el pago actualizado de este beneficio, teniendo en cuenta que la RMV ha variado por mandato de diversos Decretos Supremos, al punto que, a la fecha, es de S/. 1025.00. En consecuencia, esta omisión ha traído consigo un incumplimiento contrario al orden constitucional, tanto porque las leyes son de obligatorio cumplimiento, salvo casos excepcionales, de acuerdo con el artículo 109 de la Constitución⁵⁹, como por vulnerar el derecho fundamental a la pensión mínima que corresponde a estos ciudadanos⁶⁰ y, consecuentemente el respeto debido a la dignidad a su dignidad⁶¹.
13. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la directa relación que existe entre el derecho fundamental a percibir la pensión que corresponda y el respeto a la dignidad humana, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la

58 Cfr. <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN02124PM/html>

59 “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

60 Artículo 11: “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones (...) de pensiones (...)”, que debe interpretarse a la luz de lo establecido para estas personas en la Ley 26511.

61 Constitución, artículo 1.

reforma constitucional del sistema de pensiones en el país⁶². Esa sentencia puso de manifiesto el carácter medular que tiene el respeto a la dignidad humana para establecer los límites y la legitimidad de la actividad del poder público. Asimismo, recordó que el artículo 44 de la Constitución reconoce como un deber fundamental del Estado “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” y el consiguiente compromiso del Congreso de “legislar lealmente sobre la base de la equidad pensionaria, concepto que está íntimamente relacionado con el principio-derecho antes enunciado. En este esquema, la idea de una dignidad pensionaria “(...) implica una limitación jurídica del Gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario”⁶³⁶⁴. Oportuno es, entonces, recordar la conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional en esa oportunidad, al afirmar que “al resolver la presente causa, será incontrovertible que este Colegiado utilice el principio de dignidad, incluso en su dimensión de derecho fundamental aplicado a las pensiones”⁶⁵.

14. En este caso, se puede afirmar que, para los combatientes, civiles y militares o sus deudos, identificados por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, forma parte del derecho constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, tanto la indemnización especial, equivalente a una UIT como la bonificación mensual extraordinaria consistente en tres RMV, actualizadas, que deben adicionarse “a

62 Cfr. sentencia emitida en los Expedientes 00050-2004-AI/TC; 00051-2004-AI/TC; 00004-2005-PI/TC; 00007-2005-PI/TC; 00009-2005-PI/TC (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530), fundamento 38.

63 McILWAIN, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, CEC, 1991, p. 37, citado en la sentencia recaída en los Expedientes 00050-2004-AI/TC; 00051-2004-AI/TC; 00004-2005-PI/TC; 00007-2005-PI/TC; 00009-2005-PI/TC (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530), fundamento 38.

64 Sentencia emitida en los Expedientes 00050-2004-AI/TC; 00051-2004-AI/TC; 00004-2005-PI/TC; 00007-2005-PI/TC; 00009-2005-PI/TC (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530), fundamento 38.

65 Loc. Cit.

cualquier otra remuneración, pensión o bonificación que perciban los beneficiarios de esta Ley”⁶⁶.

15. En consecuencia, al no haber cumplido el Ministerio de Defensa con actualizar el monto de la RMV en los últimos veinticinco años, se ha vulnerado el derecho fundamental a la pensión mínima de los civiles y militares que participaron como combatientes en el conflicto con el Ecuador, lo que, a su vez, atenta contra el respeto debido a su dignidad, al afectar significativamente su calidad de vida⁶⁷.
16. Adicionalmente, en el presente caso no existe duda alguna sobre la titularidad del derecho subjetivo ni sobre el estado físico del sargento segundo Josué Rojas Jaramillo y su derecho a percibir la pensión en los términos señalados en el artículo 2 de la Ley 26511.
17. En consecuencia, este Tribunal Constitucional interpreta que el Ministerio de Defensa debe pagar la indemnización extraordinaria y la bonificación mensual extraordinaria, según el grado de invalidez del combatiente o, en caso de haber fallecido, la que corresponda a sus deudos, de acuerdo con la RMV vigente al momento de percibir el beneficio, tal como está ordenado por el artículo 2 de la Ley 26511. Asimismo, se deberá respetar la proporción establecida en el Decreto Supremo 044-97-DE/SG, de fecha 26 de junio de 1997⁶⁸, hasta que el Ministerio de Defensa cumpla con actualizar dichos montos. Lo contrario supone un agravio a la dignidad de cualquier combatiente que haya contribuido a defender la patria con su vida y/o con grave detrimento de su salud, así como el incumplimiento de un mandato legal específico y constitucionalmente válido.
18. Respecto a los intereses legales, este Tribunal, mediante auto emitido en el Expediente 02214-2014-PA/TC, ha precisado que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable conforme al artículo 1249 del Código Civil.
19. Finalmente, los costos procesales deben ser abonados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

66 Ley 26511, artículo 2 b).

67 Artículo 11 de la Constitución.

68 Ver fundamento 11 de esta sentencia.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, **ORDENA** al Ministerio de Defensa efectuar el pago actualizado de la indemnización y de la bonificación mensual extraordinaria de acuerdo con lo establecido en el segundo artículo de la Ley 26511, a favor de don Josué Rojas Jaramillo, así como los devengados, los intereses legales y los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

OCHOA CARDICH

PONENTE PACHECO ZERGA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, por las siguientes consideraciones:

La asociación recurrente interpone demanda de amparo contra la Comandancia General del Ejército del Perú y el procurador público del Ministerio de Defensa encargado de los asuntos judiciales relativos al Ejército del Perú, solicitando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 26511, cumpla con pagar a don Josué Rojas Jaramillo la bonificación especial mensual extraordinaria como “Defensor de la Patria” en un monto no menor a tres remuneraciones mínimas vitales vigentes, con el pago de los devengados, los intereses legales y los costos procesales.

Sin embargo, lo que se advierte de autos, es que el monto de la bonificación extraordinaria que se encuentra percibiendo el recurrente, don Josué Rojas Jaramillo, al amparo de la Ley 26511, es el monto fijado por el artículo 2, inciso b) del Decreto Supremo 044-DE- SG, de conformidad con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 2 de la Ley 26511 y de acuerdo al último párrafo del referido artículo 2 de la Ley 26511 y a lo prescrito por el artículo 13 de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 010-DE- SG, el monto así como el reajuste de la citada bonificación mensual extraordinaria debía ser fijado mediante decreto supremo expedido por el Poder Ejecutivo.

Así, se verifica que la referida bonificación que viene percibiendo el recurrente se sustenta en las normas emitidas según lo dispuesto en la Ley 26511, y el Decreto Supremo 044- 97-DE/SG, por lo que no se advierte vulneración alguna a su derecho a la seguridad social.

Por ello, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de autos.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto por mis colegas magistrados en el caso de autos, emito el presente voto singular sustentando mi posición en los siguientes fundamentos:

1. Si bien el artículo 2, inciso b) de la Ley 26511 estableció que la bonificación mensual extraordinaria materia de la presente controversia no podía ser menor a tres remuneraciones mínimas (RM), quedaba claro que, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del referido artículo 2 de la Ley 26511 y en el artículo 13 de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 010-DE-SG, el monto, así como el reajuste de la citada bonificación mensual extraordinaria, debían ser fijados mediante decreto supremo expedido por el Poder Ejecutivo.
2. Efectivamente, el referido artículo 2 de la Ley 26511 señala que “[e]l monto de estos beneficios será fijado por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, del mismo modo que el reajuste periódico de la bonificación mensual extraordinaria”.
3. El artículo 13 del citado reglamento señala que: “[l]os beneficios económicos a que se refieren los incisos a. y b. del Artículo 2 de la Ley N.º 26511 serán fijados mediante Decreto Supremo, conforme lo establece la última parte del referido artículo”.
4. En el presente caso, mediante Resolución del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas 60-CCFFAA/D1-PERS, de fecha 22 de setiembre de 1999, aprobada por la Comisión Conjunta de Calificación de “Combatientes y Defensores de la Patria”, se calificó a don Josué Rojas Jaramillo como “Defensor de la Patria” por su invalidez permanente como consecuencia de operaciones de combate en la zona del Alto Cenepa en 1995.
5. Como consecuencia de ello, la Resolución del Comando de Personal-JADPE RCJ 63-99/CP/JADPE, de fecha 22 de diciembre de 1999 (f. 10) reconoció a favor de don Josué Rojas Jaramillo el derecho a percibir el concepto de la bonificación mensual extraordinaria a que

se refiere la Ley 26511 en la suma de S/ 860.00 (ochocientos sesenta y 00/100 nuevos soles), a partir del 1 de enero de 1999.

6. Por tanto, se advierte que el monto de la bonificación extraordinaria que se encuentra percibiendo don Josué Rojas Jaramillo al amparo de la Ley 26511 es el fijado por el artículo 2, inciso b) del Decreto Supremo 044-DE-SG, de conformidad con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 2 de la Ley 26511.
7. De otro lado, este Tribunal no puede dejar de soslayar la incidencia en la actividad presupuestal, de competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en todo caso, debió utilizar una sentencia exhortativa para que, conforme a las necesidades y posibilidades económicas del Estado, se mejore las pensiones de este grupo de pensionistas y herederos de nuestras fuerzas del orden.

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

S.

GUTIÉRREZ TICSE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Con el debido respeto, emito el presente voto, pues discrepo de la decisión adoptada por la mayoría de mis colegas en este caso. En ese sentido, me referiré a las razones por las cuales considero que, si bien la demanda debe ser declarada **FUNDADA**, en la fundamentación y en la parte resolutive no debe existir mención alguna a la indemnización excepcional regulada por el artículo 2 de la Ley 26511.

1. Delimitación del petitorio

El objeto de la demanda es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 26511, se cumpla con pagar a don Josué Rojas Jaramillo la bonificación especial mensual extraordinaria como “Defensor de la Patria” en un monto no menor a tres remuneraciones mínimas vitales vigentes, con el pago de los devengados, los intereses legales y los costos procesales.

2. Sobre las diferencias entre la indemnización excepcional y la bonificación mensual reguladas en el artículo 2 de la Ley 26511

El artículo 2 de la Ley 26511, establece lo siguiente:

Artículo 2.- Autorízase al Poder Ejecutivo a otorgar al personal civil, militar y policial que haya participado como Combatiente en el conflicto con el Ecuador en la zona del Alto Cenepa de 1995 o a sus deudos, según corresponda, los siguientes beneficios:

- a) Una indemnización excepcional no menor de una (01) UIT, en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o a los deudos según sea el caso.
- b) Una bonificación mensual extraordinaria, no menor de tres remuneraciones mínimas (RM), en favor del personal que se encuentre con invalidez temporal o permanente o en favor de los deudos de los fallecidos. Esta bonificación será otorgada sin perjuicio de cualquier otra remuneración, pensión o bonificación que perciban los beneficiarios de esta Ley.

El monto de estos beneficios será fijado por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, del mismo modo que el reajuste periódico de la bonificación mensual extraordinaria.

Como se aprecia, son dos los beneficios que esta norma autoriza otorgar al personal civil, militar y policial que haya participado como Combatiente en el conflicto con el Ecuador en la zona del Alto Cenepa de 1995 o a sus deudos: por un lado, una indemnización no menor de una unidad impositiva tributaria (UIT); y, por otro, una bonificación mensual extraordinaria no menor de 3 remuneraciones mínimas vitales (RMV). Respetando estos límites mínimos, de acuerdo a la norma, los montos debían ser fijados por decreto supremo, así como el reajuste periódico de la bonificación mensual extraordinaria.

Es así que se expide el Decreto Supremo 044-97-DE/SG, de fecha 26 de junio de 1997, fijando los montos de los beneficios del modo siguiente:

Montos de la Indemnización Excepcional y Bonificación Mensual	
Indemnización excepcional	
• Para el personal con invalidez temporal:	S/. 4,800.00
• Para el personal con invalidez permanente:	S/. 7,200.00
• Para los deudos del personal fallecido:	S/. 12,000.00
Bonificación mensual	
• Para el personal con invalidez temporal:	S/. 645.00
• Para el personal con invalidez permanente:	S/. 860.00
• Para los deudos del personal fallecido:	S/. 1,075.00
Fuente: Decreto Supremo N° 044-97-DE/SG.	
Elaboración: Defensoría del Pueblo.	

A la fecha de expedición del referido decreto supremo, el monto de la RMV era de S/. 300.00. Dado que la ley había establecido que la bonificación mensual no podía ser menor a 3 RMV, el decreto supremo, desde su origen, resultó ilegal en lo que atañe a la fijación de la bonificación mensual tanto respecto del personal con invalidez temporal (fijada en S/. 645.00) como respecto del personal con invalidez permanente (fijada en S/. 860.00). Y, desde luego, considerando que dicho monto nunca se ha reajustado y que en la actualidad la RMV asciende a S/. 1,025.00, la ilegalidad del decreto supremo se hace hoy aún más evidente.

Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo con relación al establecimiento del monto de la indemnización. De acuerdo a la ley, esta no puede ser menor a 1 UIT. Considerando que los montos fueron fijados en S/. 4,800.00, S/. 7,200.00 y S/. 12,000.00, para el personal con invalidez temporal, para el personal con invalidez permanente y para los deudos del personal fallecido, respectivamente, ni siquiera en la actualidad podría sostenerse que hay alguna ilegalidad, puesto que a la fecha el monto de la UIT es de S/. 4,600.00.

A la luz de lo expuesto, puede sostenerse que existen claras diferencias entre la regulación dispensada a la indemnización, por un lado, y la dispensada a la bonificación, por otro. Mientras la indemnización es excepcional y, por tal motivo, se otorga por única vez, la bonificación se otorga mensualmente; mientras la indemnización no puede ser menor a 1 UIT, la bonificación mensual no puede ser menor a 3 RMV; mientras la norma establece la obligación del reajuste periódico de la bonificación mensual, no se exige lo mismo de la indemnización (teniendo en cuenta, eso sí, que su monto nunca deberá ser menor a 1 UIT). Y, por supuesto, la diferencia más importante: mientras en la actualidad el monto de la bonificación mensual es ilegal, el monto de la indemnización no lo es.

Tengo la certeza de que es justamente por ello que en esta causa solo se ha demandado al Ejército del Perú y al Ministerio de Defensa en razón de la existencia de irregularidades en relación con la determinación del monto de la bonificación mensual, pero no en relación con el monto de la indemnización.

Pues bien, a pesar de estas ostensibles diferencias entre la indemnización y la bonificación, la sentencia en mayoría, tanto en su fundamentación como en su parte resolutive, se ha ocupado de ambos beneficios como si tuvieran la misma naturaleza, como si respecto de ambos existiera alguna ilegalidad, y como si la demanda se ocupara de los dos, cuando solo ha planteado irregularidades respecto de la regulación de la bonificación mensual. En razón de esto último, por cierto, la sentencia en mayoría contiene un pronunciamiento *ultrapetita*.

Por lo demás, siendo que, a diferencia de la bonificación mensual, la indemnización se paga por única vez y no periódicamente, es un claro error sostener que esta tiene naturaleza pensionaria, tal como se afirma en los fundamentos 9 y 14 de la sentencia en mayoría.

3. Conclusión

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda, y, por consiguiente, **ORDENAR** al Ministerio de Defensa efectuar el pago actualizado de la bonificación mensual extraordinaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 26511, a favor de don Josué Rojas Jaramillo; **apartándome de toda alusión formulada por la sentencia en mayoría a la indemnización excepcional** regulada por el mencionado artículo.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ



Pleno. Sentencia 281/2022

EXP. N.º 03455-2021-PA/TC

LIMA

ALEJANDRA CUÉLLAR VALDERRAMA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de agosto de 2022, los magistrados Morales Saravia, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo interpuesta, al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad de comercio y de trabajo.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores que inaplique lo dispuesto por la Ordenanza Municipal 508/MM a la demandante.
3. **CONDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores al pago de costos procesales a favor de la recurrente.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la alegada conculcación del derecho fundamental a la igualdad.

Por su parte, los magistrados Ferrero Costa y Pacheco Zerga emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda y el magistrado Gutiérrez Ticse en fecha posterior, 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.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de agosto de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia con los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Gutierrez Ticse y Pacheco Zerga que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Alejandra Cuéllar Valderrama contra la Resolución 11, de fojas 230, de fecha 17 de agosto de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la apelada, la reformó y declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de setiembre de 2019, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, con la finalidad de que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal 508/MM, de fecha 21 de febrero del 2019, por existir una amenaza cierta e inminente a sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y al comercio.

Refiere que es comerciante de moneda extranjera en la vía pública (cambista); que realiza su trabajo en la cuadra 6 de la Av. Larco en el distrito de Miraflores desde hace más de 20 años; y que se encuentra debidamente inscrita y autorizada por el propio ente municipal. Sostiene que la Ordenanza Municipal 508/MM antes referida es arbitraria, porque no autoriza la comercialización de moneda extranjera en la vía pública, lo que no ocurre con otras actividades.

La Municipalidad Distrital de Miraflores contesta la demanda alegando que el distrito afronta el problema de seguridad ciudadana, que se busca resolver con el dictado de diversas medidas. Manifiesta que tales medidas se basan en los informes 012-2019- SGS-GSC/MM, del 1 de febrero de 2019, y 037-2019-SGC-GAC/MM, del 6 de febrero de 2019, en los que se da cuenta que han ocurrido actos delictivos contra

el comercio de moneda extranjera en los espacios públicos y que se han producido daños personales y materiales y hasta pérdida de vidas, por lo que dicha actividad comercial presenta una vulnerabilidad latente y constante contra las personas que la ejercen, y contra los ciudadanos que transitan en el entorno en el que se realiza. Por ello, considera que existen razones suficientes para restringir dicha actividad en la vía pública.

El Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima declaró infundada la demanda, con el argumento de que los derechos fundamentales pueden ser restringidos o limitados, siempre que la intervención en los derechos responda justificadamente a la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales. El juzgado recordó que los gobiernos locales tienen facultades para adoptar las medidas necesarias para el desarrollo administrativo de su localidad.

La Segunda Sala Constitucional de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró la improcedencia de la demanda, por considerar que la pretensión planteada puede ser resuelta en otro proceso que resulta idóneo e igualmente satisfactorio.

FUNDAMENTOS

§1. *Delimitación del petitorio*

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare inaplicable a la recurrente, doña Alejandra Cuellar Valderrama, la Ordenanza Municipal 508/MM, de fecha 21 de febrero del 2019, emitida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, que prohíbe la compra venta de moneda nacional o extranjera en la vía pública, actividad a la que, según refiere, se dedica desde hace 20 años en la cuadra 6 de la Av. Larco del mismo distrito. Según se alega, la decisión prohibitiva vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio.

§2. *Procedencia de la demanda*

2.1. *Acerca del carácter autoaplicativo de la Ordenanza Municipal 508/MM*

2. En primer lugar, este Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 8 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone que:

Cuando se invoque la 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.

3. En segundo lugar, este Tribunal Constitucional también recuerda que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada [cfr. sentencia recaída en el Expediente 04677-2004-PA/TC, fundamento 4].
4. Por todo ello, este Tribunal Constitucional considera que la Ordenanza Municipal 508/MM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de febrero de 2019 -que establece como giro no conforme a la actividad de cambio de moneda extranjera en el Distrito de Miraflores-, califica como una norma autoaplicativa, ya que dicha ordenanza incide en forma directa en la esfera subjetiva de la demandante, que tiene como actividad el cambio de moneda extranjera [compraventa de moneda nacional y extranjera] en la vía pública del distrito de Miraflores, dado que su sola emisión genera un impacto en los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de comercio de los accionantes.

§3. *Análisis del caso concreto*

5. Tal como se aprecia de autos, la demandante, quien se dedica al intercambio de divisas, denuncia que la Ordenanza Municipal 508/MM constituye una amenaza cierta e inminente a sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio, debido a que ya no se va a autorizar la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores; por lo tanto, su autorización no le será ampliada.
6. Aunque al momento de emitirse la Ordenanza Municipal 508/MM, materia de cuestionamiento, la demandante tenía vigente su autorización -conforme lo acredita con su carnet de cambista autorizado por la Municipalidad de Miraflores [cfr. fojas 4]-; dicha autorización ya no se encuentra vigente precisamente por la entrada en vigencia y aplicación de la ordenanza. Por lo tanto, la denunciada amenaza se ha concretado y a diferencia de otros casos que ha conocido este Colegiado, la recurrente sí goza de legitimidad para obrar.
7. En tal sentido, este Tribunal Constitucional analizará si la Ordenanza Municipal 508/MM, de fecha 21 de febrero de 2019, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio de los demandantes.

8. A fin de dilucidar la cuestión litigiosa, corresponde pronunciarse respecto de los siguientes puntos: (a) la facultad de la Municipalidad de Miraflores para emitir la Ordenanza Municipal 508/MM; (b) la determinación de la intervención en el ámbito *prima facie* garantizado de los derechos a la igualdad y no discriminación, y las libertades de comercio y trabajo; y (c) el examen de proporcionalidad de la norma impugnada.
9. Previamente, se reproducirá el contenido de la aludida Ordenanza Municipal 508/MM.

Artículo 1.- DE LA ACTIVIDAD DE CAMBIO DE MONEDA EXTRANJERA

Declarar que a partir de la entrada en vigencia de la presente Ordenanza la actividad de Cambio de Moneda Extranjera (compra - venta de moneda nacional y extranjera) deberá ser considerada GIRO NO CONFORME en el distrito de Miraflores, es decir que dicho giro no puede ser autorizado en la vía pública del distrito.

Artículo 2.- DE LAS AUTORIZACIONES

A la entrada en vigencia de la presente Ordenanza no se tramitarán nuevas Autorizaciones Municipales para el ejercicio de la actividad de Cambio de Moneda Extranjera (compra - venta de moneda nacional y extranjera) en la vía pública del distrito de Miraflores. La Subgerencia de Comercialización estará encargada de su cumplimiento.

Artículo 3.- PLAZO DE ADECUACIÓN

Las personas que ejercen la actividad de Cambio de Moneda Extranjera (compra - venta de moneda nacional y extranjera) en la Vía Pública del distrito de Miraflores, tendrán como fecha límite para su adecuación, mediante un proceso de formalización, hasta el 30 de setiembre de 2019, siendo que al término del plazo concedido, las autorizaciones que hubieran sido emitidas por la Municipalidad en el ejercicio 2017, finalizan su plazo de vigencia.

Artículo 4.- FORMALIZACIÓN

La Gerencia de Autorización y Control a través de la Sub Gerencia de Comercialización, informará y brindará orientación sobre los trámites concernientes que tengan la finalidad de formalizar

la actividad de comercio de moneda extranjera en un local comercial con el giro de CASA DE CAMBIO.

Asimismo, con la finalidad de lograr la formalización de la actividad en mención, los cambistas que cuenten con autorización temporal vigente a la emisión de la presente Ordenanza, serán beneficiados con la reducción del 50% de la tasa contemplada en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad para la obtención de las licencias de funcionamiento respectivas, así como del 50% en la tasa de instalación de elemento publicitario.

10. Como se puede observar, la Ordenanza Municipal 508/MM declara que la actividad de compraventa de moneda nacional y extranjera no puede ser autorizada en la vía pública del distrito de Miraflores. Y, consiguientemente, establece que, desde su entrada en vigencia, no se tramitarán nuevas autorizaciones para el ejercicio de esa actividad en la vía pública de Miraflores; asimismo, otorga un plazo límite para el término de las autorizaciones y para que las personas que realizan tales actividades se formalicen.

a) *Sobre la facultad de la Municipalidad de Miraflores para regular la Ordenanza Municipal 508/MM*

11. En este apartado se analizará si la Municipalidad de Miraflores tenía competencia para, a través de la Ordenanza Municipal 508/MM, ordenar que no se autorice la actividad de cambio de moneda extranjera [compraventa de moneda nacional y extranjera] en la vía pública del distrito de Miraflores.
12. Conforme al artículo 195 de la Constitución, los gobiernos locales “promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”. El artículo 194 de la Constitución prevé que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local, de manera que resulta necesario remitirse a las leyes orgánicas para conocer las competencias de unos y otros.
13. Por ello, al remitirse al inciso 3.2 del artículo 83 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se observa que las municipalidades distritales tienen la competencia específica y exclusiva de “Regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial”.

14. Así, este Tribunal Constitucional ha expresado que de una interpretación concordante entre el artículo 195 de la Constitución con la Ley Orgánica de Municipalidades, se concluye que “las municipalidades distritales pueden normar o regular, ciertamente, el comercio ambulatorio. Sin embargo, el ejercicio de dicha facultad no puede desvincularse de las normas emitidas sobre la materia a nivel provincial y regional” [sentencia emitida en el Expediente 00024-2013-AI/TC, fundamento 10].
15. En cuanto a las normas emitidas sobre la materia, el artículo 6 de la Ordenanza 1787, ordenanza que regula el comercio ambulatorio en los espacios públicos en Lima Metropolitana, de fecha 12 de mayo de 2014, establece lo siguiente: “Los gobiernos locales de la provincia de Lima, deberán normar complementariamente y en estricta sujeción a esta ordenanza, para lo cual tendrán en cuenta las características propias del comercio ambulatorio en su jurisdicción”. Y, en esa línea, el inciso 2 del artículo 13 de dicha ordenanza refiere que son facultades de la autoridad municipal “Determinar los giros para desarrollar el comercio ambulatorio en espacios públicos”.
16. En atención a lo expuesto, la no autorización de la actividad de la comercialización de moneda extranjera [compraventa de moneda nacional y extranjera] en la vía pública del distrito de Miraflores, dispuesta por la Ordenanza Municipal 508/MM, es una facultad que le corresponde a la Municipalidad Distrital de Miraflores, como parte de su competencia local exclusiva de regular y controlar el comercio ambulatorio en su jurisdicción.
17. No obstante, dicha facultad se debe ejercer en conformidad con el respeto y la protección de los derechos fundamentales. Solo así las competencias otorgadas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades a los gobiernos locales se realizarán de conformidad con los derechos fundamentales, principios y valores contenidos en la Constitución.
18. Por lo expuesto, corresponde verificar si la Ordenanza Municipal 508/MM, emitida en el ejercicio de las competencias de la Municipalidad de Miraflores, interviene arbitrariamente en el ámbito *iusfundamental* de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio de la demandante.

b) Sobre la determinación de la intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por los derechos fundamentales de los demandantes

19. Este Tribunal Constitucional determinará si la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores -dispuesta por la Ordenanza Municipal 508/MM- interviene arbitrariamente en el ámbito *iusfundamental* de los derechos fundamentales de la demandante, a través del examen de proporcionalidad. Para tales efectos, a continuación, se evaluará el grado de intervención en los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio de la demandante.
20. Como cuestión previa cabe citar a la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-873, de 4 de noviembre de 1999, sobre la transformación de la noción de poder de policía con la finalidad de restringir las libertades en un Estado Social de Derecho:

La noción clásica de poder de policía en el Estado Social de Derecho, entendida como la facultad de las autoridades administrativas, titulares de este poder, para establecer límites a los derechos y libertades de los administrados con el fin de conservar el orden público, *-definición de policía administrativa-*, pasa convertir este fin *-la defensa del orden público-* en un medio. En donde el poder de policía hoy, ha de buscar no la limitación de los derechos y libertades de los individuos que habitan el territorio, sino el efectivo ejercicio de estos.

En otros términos, el poder de policía ha de mirar más hacia la realización de los derechos y libertades individuales que a su limitación. Y en tal escenario, la preservación del orden público deja de ser un fin para convertirse en el medio que permite el efectivo ejercicio de aquéllos. Orden público constituido por las clásicas nociones de seguridad, salubridad y tranquilidad.

“La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía.

La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público” (sentencia C-024 de 1994).

21. De esta forma y teniendo en cuenta este análisis, en el siguiente apartado se realizará el examen de proporcionalidad referido.

El derecho a la igualdad y no discriminación

22. La recurrente aduce la violación de su derecho fundamental a la igualdad, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Refiere que dicha vulneración se ha producido debido a que la Ordenanza 508/MM ya no autoriza la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, y no ocurre lo mismo con otras actividades, como la venta de productos alimenticios, de vestimenta, bebidas no alcohólicas, entre otras actividades.
23. Al respecto, es uniforme, pacífico y reiterado el criterio de este Tribunal Constitucional, en virtud del cual, “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable [...]. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” [cfr. sentencias emitidas en los Expedientes 00048-2004-PI/TC, fundamento 61; 00012-2010-PI/TC, fundamento 5].
24. Con la finalidad de efectuar el análisis de si ha existido o no un trato discriminatorio, ha de precisarse, en primer término, la comparación de dos situaciones jurídicas; a saber, aquella que se juzga recibe el referido trato, y aquella otra que sirve como término de comparación, para juzgar si en efecto se está ante una violación de la cláusula constitucional de igualdad. Desde luego, la situación jurídica que se propone como término de comparación no puede ser cualquiera. Esta debe ostentar ciertas características mínimas para ser considerada como un término de comparación “válido”, en el sentido de pertinente para efectos de analizar si la medida diferenciadora supera o no el test de igualdad. Una de tales características es la siguiente:

La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se trate de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante” [cfr. sentencia emitida en el Expediente 00012-2010-PI/TC, fundamento 6 b].

25. Pues bien, la venta de productos alimenticios, de vestimenta, bebidas no alcohólicas, entre otras actividades, en las calles del distrito de Miraflores, son actividades que no implican el mismo grado de exposición en el intercambio de considerables sumas de dinero nacional y extranjero en efectivo y a la mano en las calles, a diferencia de la actividad de cambio de moneda extranjera. En ese sentido, las características que presentan tales giros, para efectos de tenerlas como término de comparación y juzgar si en efecto hay violación de la igualdad, son distintas. Así pues, no se han aportado elementos de juicio suficientes para establecer la exigida analogía sustancial. Por consiguiente y respecto de este primer aspecto, no se ha acreditado la alegada violación del derecho fundamental a la igualdad de la demandante.

El derecho a la libertad de comercio

26. La parte demandante sostiene que la Ordenanza 508/MM vulnera su derecho a la libertad de comercio, toda vez que, al no autorizar la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, se le impide realizar libremente el comercio que desarrolla.
27. Sobre el particular, el derecho a la libertad de comercio se encuentra reconocido en el artículo 59 de la Constitución, el cual indica lo siguiente: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. [...]”.
28. Este derecho garantiza el ejercicio de las personas, ciudadanos o agentes económicos de intercambiar bienes y servicios. [cfr. sentencia emitida en el Expediente 00024-2013-AI/TC, fundamentos 15-16].
29. Sin perjuicio de ello, imponer limitaciones a las libertades de trabajo, de empresa, comercio e industria, en tutela de otros bienes jurídicos,

es viable, pero ello deberá ser precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

30. En tal sentido, la no autorización o prohibición de la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, impide completamente que la demandante, quien se dedica a dicha actividad en los espacios públicos, intercambie bienes [entiéndase así a las divisas foráneas]; razón por la cual se advierte que la Ordenanza 508/MM interviene en un grado elevado el derecho a la libertad de comercio de la recurrente.

El derecho a la libertad de trabajo

31. La demandante sostiene que la Ordenanza 508/MM vulnera su derecho a la libertad de trabajo, debido a que la no autorización de la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, ocasionaría que no realice su trabajo, pues, según alega, no tiene posibilidades de ejercer esta actividad en casas de cambio.
32. Al respecto, el derecho a la libertad de trabajo se encuentra reconocido en el artículo inciso 15 del artículo 2 de la Constitución, según el cual: “Toda persona tiene derecho: [...] 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley”. Este Tribunal Constitucional ha enfatizado que el contenido de este derecho constituye “la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona. El ejercicio válido de este derecho requiere, sin embargo, la observancia del marco legal vigente, siempre y cuando este no implique una restricción o limitación desproporcional o haya sido expedido con inobservancia de principios constitucionales” [cfr. sentencia emitida en el Expediente 10287-2005-AA/TC, fundamento 7].
33. En virtud de lo expuesto, se advierte que la no autorización de la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, limitaría totalmente el ejercicio de la actividad que realiza la demandante a fin de obtener su sustento vital, dado que ya no podría realizar el cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores. No obstante, cabe recordar que el ejercicio de la libertad de trabajo está sujeto a límites razonables, los cuales deben ser proporcionales y serán analizados en el siguiente apartado. Por lo expuesto, se advierte que la aplicación de la Ordenanza 508/MM a la actora intervendría en un grado elevado el ejercicio de su libertad de trabajo.

34. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Constitucional concluye que la aplicación de la Ordenanza 508/MM, limita en un grado elevado los derechos a la libertad de comercio y trabajo de la demandante; en tanto que no se advierte vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación.

c) Examen de proporcionalidad

35. A continuación, el Tribunal Constitucional analizará si la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores -dispuesta por la Ordenanza Municipal 508/MM- interviene arbitrariamente en el ámbito *iusfundamental* de los derechos a la libertad de comercio y trabajo de la demandante, a través del examen de proporcionalidad. Esta técnica, como lo ha evidenciado nuestra jurisprudencia en innumerables oportunidades, permite determinar los niveles de intensidad en la restricción de derechos, a fin de distinguir las limitaciones legítimas de aquellas que por el contrario no lo son y por tanto resultan inconstitucionales. Este examen está compuesto por tres pasos: el test de idoneidad, el test de necesidad y el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Examen de idoneidad

36. El primer nivel del examen de proporcionalidad es el llamado examen de idoneidad. En esta fase se analiza si (1) la medida sujeta a evaluación [como en este caso lo sería la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores] está realmente encaminada a alcanzar el estado de cosas que se busca lograr [es decir, si la medida es idónea para alcanzar el “objetivo” que se propone en la realidad], y (2) si dicho objetivo realmente sirve para satisfacer la finalidad constitucional que se invoca [si la medida es idónea para optimizar el “fin constitucional” invocado].
37. Al respecto, en la parte considerativa de la Ordenanza Municipal 508/MM, buscando justificar la norma, se consigna lo siguiente: a) “con Informe N° 037-2019-SGC-GAC/MM de fecha 06 de febrero del 2019, la Subgerencia de Comercialización realiza un análisis sobre la situación puesta en conocimiento por la Gerencia de Seguridad Ciudadana [dirección que le presentó el *Informe sobre incidencias en materia de seguridad ciudadana en el desarrollo de la actividad económica del comercio de moneda extranjera en los espacios públicos del distrito de Miraflores (cambistas)*; sic] y en el marco de sus atribuciones y competencias analiza la problemática suscitada y **como consecuencia**

de ello, remite una propuesta de ordenanza” [el resaltado es nuestro], y b) la propuesta de ordenanza “busca generar la formalización de la actividad de compra venta de moneda nacional y extranjera y contempla el encargo a la Subgerencia de Comercialización”.

38. En esa misma línea, en el escrito de contestación de la demanda, la municipalidad demandada sostiene que la Ordenanza Municipal 508/MM tiene dos objetivos: “a) el primero de ellos, es minimizar el riesgo que corren los cambistas al ejercer la actividad de compra venta de moneda nacional y extranjera en plena vía pública, al haberse convertido en blancos de ataque de parte de los delincuentes que merodean el distrito, así como el peligro latente que corre la seguridad, integridad física y vida de las personas que transitan por el lugar donde se encuentran apostados, y b) formalizar la actividad de compra y venta de moneda nacional y extranjera.” [fojas 134].
39. De esta manera, se puede concluir que el objetivo de la Ordenanza Municipal 508/MM es, por un lado, garantizar la seguridad ciudadana y, por otro, formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles.
40. En cuanto al objetivo de garantizar la seguridad ciudadana, este Tribunal Constitucional advierte que existe una relación causal entre el medio empleado [la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores] y el objetivo o estado de cosas que se pretende alcanzar [garantizar la seguridad ciudadana], pues al no autorizar la comercialización de moneda extranjera en las calles, habría menos exposición de transacciones de moneda extranjera a la vista de los delincuentes, con lo que se limitaría la posibilidad de que las personas que realizan dichas actividades sean fácilmente identificadas, lo que de cierto modo reduciría la exposición de ser víctimas de la delincuencia.
41. Por su parte, dicho objetivo [garantizar la seguridad ciudadana], promueve la finalidad constitucional que se invoca [el bien jurídico de la seguridad ciudadana, recogido en el artículo 197 de la Constitución]. En efecto, la seguridad ciudadana es un bien jurídico protegido que, en la instancia de las municipalidades, se encuentra previsto en el artículo 197 de la Constitución, según el cual:

Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo **brindan servicios de seguridad ciudadana**, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley”. [El resaltado es nuestro].

42. En esa línea, este Colegiado ha precisado que la seguridad ciudadana tiene que ver con “un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento” [sentencia emitida en el Expediente 05994-2005-PHC, fundamento 14].
43. En tal sentido, se aprecia que el objetivo, referido a garantizar la seguridad ciudadana, promueve la protección del bien jurídico protegido seguridad ciudadana, el cual también se encuentra recogido en el artículo 197 de la Constitución, como competencia de las municipalidades para brindar esos servicios. Ello en la medida que coadyuva a que la Municipalidad de Miraflores pretenda preservar la vida e integridad de las personas que realizan la actividad de cambio de moneda extranjera frente a situaciones de peligro o amenaza, producto de la delincuencia.
44. Ahora bien, en cuanto al objetivo de formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles, se observa que existe una relación causal entre el medio empleado [la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores] y el objetivo o estado de cosas que se pretende alcanzar [formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles], pues al no autorizar la comercialización de moneda extranjera en las calles, la demandante solo tienen la opción de formalizarse, a fin de que pueda ejercer su actividad. Aunado a ello, se observa que la Ordenanza Municipal 508/MM otorga descuentos para los cambistas que se formalicen, con lo cual también se promueve la formalización de la actividad en mención.
45. Finalmente, se advierte que dicho objetivo [formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles de Miraflores], fomenta la finalidad constitucional que se invoca [la competencia del gobierno local de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, determinada en el artículo 195 de la Constitución]. Efectivamente, dicha disposición constitucional establece lo siguiente:

Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad,

en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo [...].

46. En virtud de ello, la formalización de la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles materializa la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local con la formalización de la actividad cambiaria de moneda extranjera.
47. Sobre la base de lo expuesto, este Tribunal Constitucional concluye que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores alcanza la finalidad de garantizar el bien jurídico de la seguridad ciudadana, recogido en el artículo 197 de la Constitución, y el ejercicio de la competencia del gobierno local de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, determinada en el artículo 195 de la Constitución.
48. Por lo tanto, corresponde examinar si existen medios alternos igualmente idóneos y si, llegado el caso, estos producen una menor afectación a los derechos intervenidos, lo cual se efectuará en el marco del análisis del examen de necesidad.

Examen de necesidad

49. Toca examinar a continuación si la medida supera el examen de necesidad. Este análisis se realiza en dos subfases: primero, debe determinarse si no existen medios alternativos hipotéticos que sean, por lo menos, igualmente idóneos que el medio efectivamente adoptado; y, además, en segundo lugar, si dentro de esos medios alternativos, cuando menos igualmente idóneos, no existen algunos que sean más benignos con el derecho involucrado en comparación con el medio efectivamente adoptado [sentencia emitida en el Expediente 05157-2014-PA/TC, fundamento 70].
50. Como señala Barak, el test de necesidad requiere que los medios escogidos se “ajusten de manera estricta” al logro del fin de la medida:

Esta noción ya había sido expresada por Fritz Fleiner, quien como es bien conocido escribió: “[L]a policía no debe matar un gorrión con un cañón” (“die Polizei soll mit Kanonen auf Spantzenschlefen”), Lord Diplock usó una metáfora similar cuando señaló en la decisión de uno de sus casos: “[N]o se debe usar un martillo a vapor para romper una nuez”. La Corte Suprema israelí, en uno

de sus fallos, repitió esta metáfora, aunque de manera ligeramente distinta, al preguntar si “el legislador ha usado un cañón para herir una mosca”. Todas estas metáforas están dirigidas a recordar que los medios deben adecuarse al fin. Siempre que el fin se pueda alcanzar a través del uso de medios menos restrictivos, esto debe hacerse. No tiene sentido usar un martillo cuando lo que se necesita es un cascanueces”⁶⁹¹.

51. En el presente caso, al evaluar el grado de satisfacción de la medida, se advierte que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores, si bien reduciría el riesgo de que las personas que realizan transacciones de moneda extranjera en las calles sean víctimas de la delincuencia, no impide que las personas u organizaciones delincuenciales incurran en este tipo de actos en las calles de Miraflores, pues los delincuentes u organizaciones criminales podrían utilizar otras modalidades o trasladarse a otras zonas del distrito para cometer delitos. Siendo así, es claro que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores genera un grado de satisfacción en favor de la seguridad ciudadana, pero, en atención a lo antes explicado, la realización de dicho bien tiene que ser valorada como de grado medio.
52. Por su parte, si bien con la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores y el otorgamiento de ciertos descuentos en el procedimiento de formalización, derivados de la Ordenanza Municipal 508/MM, se promueve la formalización de la actividad cambiaria en mención, ello no se logrará en todos los casos, pues un factor determinante es el capital con que cuenta el cambista. Así pues, la recurrente sostiene que no cuentan con el suficiente capital para realizar la comercialización de moneda extranjera en casas de cambio, por los altos costos que demanda el arrendamiento de locales comerciales en el distrito de Miraflores, argumento atendible si se está ante un contexto socioeconómico de crisis derivada de la pandemia del Covid 19. Con ello se advierte que no todos los cambistas tendrían posibilidades para formalizarse, pese a que la Ordenanza Municipal 508/MM es la única opción para realizar estas actividades en el Distrito de Miraflores. Por lo expuesto,

69 BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra, Lima, 2011, p. 368.

el grado de satisfacción de la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, determinada en el artículo 195 de la Constitución, es medio.

53. Ahora bien, en el contexto expresado, en el que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores implica un grado de satisfacción medio en la seguridad ciudadana [artículo 197 de la Constitución], así como en la ejecución de la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local [artículo 195 de la Constitución]; en tanto se genera un nivel de vulneración grave de los derechos a la libertad de comercio y trabajo, conforme se desarrolló en el apartado anterior, este Tribunal encuentra que, en efecto, pueden ofrecerse algunas medidas alternativas hipotéticas que, orientadas a satisfacer la finalidad perseguida, tengan un impacto menos severo en los derechos restringidos.
54. Al respecto, una medida alternativa sería que la municipalidad identifique lugares considerados seguros y vigilados por autoridades policiales y municipales donde se podría realizar la comercialización de moneda extranjera en la vía pública, se incrementen puestos de seguridad, se instalen sistemas de videovigilancia, y/o se establezcan horarios comerciales especiales. Además, se podrían articular planes de seguridad ciudadana con la Policía Nacional del Perú, y brindar capacitaciones a las personas que comercializan moneda extranjera en la vía pública, para que utilicen de manera efectiva dispositivos de alarmas, que se encuentren directamente interconectados con la municipalidad y la Policía Nacional de Perú. Finalmente, si lo que se busca es la formalización, se podrían elaborar planes consensuados, con descuentos y beneficios, que incentiven el acceso de los cambistas a locales comerciales, a fin de que procedan a su formalización.
55. Las medidas expuestas alcanzarían el mismo fin determinado con la Ordenanza Municipal 508/MM, de garantizar la seguridad ciudadana y materializar la competencia de la municipalidad para promover el desarrollo y la economía local de acuerdo a políticas y planes, pues con la identificación de zonas seguras, el incremento de vigilancia, la implementación de sistemas de video vigilancia, la articulación de planes con la Policía Nacional del Perú, las capacitaciones, los beneficios en el procedimiento de formalización, entre otras medidas,

se fortalecería la seguridad ciudadana y se viabilizarían mecanismos para la formalización de la actividad.

56. Aunado a ello, estas medidas no restringirían en un grado alto los derechos a la libertad de comercio y de trabajo, sino más bien los promoverían, pues permitirían que la demandante intercambie bienes [entiéndase en sentido amplio así a la moneda extranjera] en la vía pública como parte de la actividad a la que se dedica [derecho a la libertad de comercio], y con el ejercicio de la actividad que realiza libremente la demandante, podría a su vez satisfacer su sustento vital [libertad de trabajo].
57. En esta línea, la medida propuesta alcanza el mismo nivel de garantía de la finalidad de promover la seguridad ciudadana [artículo 197 de la Constitución], así como la ejecución de la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local [artículo 195 de la Constitución]; y, en cambio, lejos de intervenir gravemente en los derechos a la libertad de comercio y trabajo de la demandante, más bien los incentivaría, conforme a los fines del Estado de 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].
58. En las circunstancias descritas y del análisis de los actuados se advierte que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores -propuesta por la Ordenanza Municipal 508/MM- no logra superar el examen de necesidad, pues, tal como fue explicado, existen medidas que, logrando el mismo objetivo fijado, no generan intervención en los derechos a la libertad de comercio y trabajo de la demandante, sino que, al contrario, los promueven. Siendo así, al haberse establecido la inconstitucionalidad de la medida por ser innecesaria, con base en el examen de proporcionalidad, ya no corresponde continuar con el análisis relacionado con el test de proporcionalidad en sentido estricto.
59. Sentado lo anterior y al no haberse superado el examen de proporcionalidad, en la fase correspondiente al test de necesidad, este Tribunal Constitucional considera que la medida dispuesta por la ordenanza cuestionada ha vulnerado los derechos a la libertad de comercio y de trabajo de doña Alejandra Cuellar Valderrama. En consecuencia, corresponde la inaplicación a su caso concreto de la Ordenanza Municipal 508/MM.

60. Finalmente, y como consecuencia de la estimación de la *pretensión principal*, corresponde ordenar a la emplazada la asunción de los costos procesales *-pretensión accesorio-*, en atención a lo dispuesto por el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
61. Sin perjuicio de lo expresado, es fundamental tener presente que lo expuesto en esta causa no debe ser asumido como un criterio que, sin un análisis pormenorizado, pueda ser extrapolado a otros casos. Tal como ha ocurrido en esta causa, serán las particularidades de cada caso concreto, analizadas, de ser necesario, a la luz de principio de proporcionalidad, las que permitirán determinar la validez o invalidez del ejercicio de las competencias por parte de los gobiernos locales en asuntos que guarden alguna similitud con la cuestión ventilada en este proceso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo interpuesta, al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad de comercio y de trabajo.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores que inaplique lo dispuesto por la Ordenanza Municipal 508/MM a la demandante.
3. **CONDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores al pago de costos procesales a favor de la recurrente.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la alegada conculcación del derecho fundamental a la igualdad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

1. Conforme aparece en el petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso se dirige a que se declare inaplicable a la recurrente, doña Alejandra Cuellar Valderrama, la Ordenanza Municipal 508/MM, de fecha 21 de febrero de 2019 emitida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, que prohíbe la compra venta de moneda nacional o extranjera en la vía pública, actividad a la que según refiere, se dedica hace 20 años en la cuadra 6 de la Av. Larco del referido distrito. Según se alega, la decisión prohibitiva vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio.
2. Previo a cualquier análisis respecto del fondo de la controversia, resulta pertinente analizar si concurre alguna causal de improcedencia. Al respecto, el artículo 39 del nuevo Código Procesal Constitucional dispone que:

“El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo”.
3. Este Tribunal ha enfatizado que, en el proceso constitucional de amparo, se requiere que el actor sea la persona directamente afectada con el acto lesivo cuestionado. Es decir, debe existir un acto concreto que suponga una amenaza o vulneración en el ámbito de la esfera subjetiva de sus derechos fundamentales. Esto supone que las libertades son *intuitu personae*, y, en ese sentido, carece de legitimación quien no es el real afectado por la medida cuestionada.
4. Ahora bien, pueden concurrir otros escenarios en los que la legitimidad para interponer la demanda de amparo obedezca a otras razones. En efecto, los artículos 39 y 40 del nuevo Código Procesal Constitucional precisan otros supuestos en los que una persona o entidad – distintas del directa o potencialmente afectado– están facultados para interponer la demanda de amparo. Ello ocurre, por ejemplo, con la

representación procesal, la Defensoría del Pueblo, o la institución de la procuración oficiosa, entre otros supuestos.

5. En el presente caso, corresponde examinar si es que la vigencia de la Ordenanza Municipal 508/MM, de fecha 21 de febrero del 2019, supone una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados por la recurrente. En un caso similar a este, hemos examinado en qué medida la persona recurrente era directamente afectada, concluyendo que el hecho de no contar con un documento vigente de autorización de comercio en vía pública era una razón más que suficiente para determinar que ella no contaba con legitimidad para interponer la demanda de amparo (Sentencia 04205-2018-PA/TC)
6. En el caso de la recurrente, de la revisión de los actuados (fojas 4), es posible notar que el carnet de autorización, emitido con fecha 6 de octubre de 2017, se encontraba vigente hasta el 30 de agosto de 2019. Esto supone que la recurrente no se encuentra directamente perjudicada con ocasión de la vigencia de la Ordenanza Municipal 508/MM, de fecha 21 de febrero del 2019. Es decir, antes de la presentación de la demanda de amparo (interpuesta el 27 de setiembre de 2019) (fojas 5) había culminado el período para el cual la actora estuvo autorizada para ejercer la labor de cambista en la cuadra 6 de la avenida Larco, Miraflores.
7. De esta forma, podemos concluir que, en virtud de una interpretación a contrario sensu del artículo 39 del nuevo Código Procesal Constitucional, la recurrente carece de legitimidad para obrar, en la medida en que no es destinataria de la ordenanza municipal cuestionada.

Por consiguiente, consideramos que se debe declarar **IMPROCEDENTE** la presente demanda de amparo.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto al criterio adoptado por mis colegas magistrados, en el caso de autos emito el presente voto singular sustentando mi posición en los siguientes fundamentos:

1. La recurrente solicita que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal 508/MM, publicada en el diario El Peruano el 21 de febrero del 2019, que establece como giro no conforme a la actividad de cambio de moneda extranjera en el Distrito de Miraflores. A su entender, la Ordenanza citada es una norma autoaplicativa que vulnera sus derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de comercio y a la igualdad.
2. Mis colegas consideran que la demanda es fundada por cuanto consideran que la norma impugnada supera el examen de proporcionalidad. Así, si bien concluyen que la medida es idónea para lograr el objetivo de proteger la seguridad ciudadana y lograr la formalización de la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera, afirman que no es necesaria, pues en ambos casos genera un grado de satisfacción media. Concluyen ello por considerar que la norma no impide que las personas u organizaciones delincuenciales incurran en este tipo de actos en las calles de Miraflores, y que la formalización no se podrá lograrse en todos los casos por no contar los cambistas con capital suficiente para realizar la comercialización de moneda extranjera en casas de cambio.
3. Asimismo, señalan que existen medidas alternativas, como que la municipalidad identifique lugares considerados seguros y vigilados por autoridades policiales y municipales donde se podría realizar la comercialización de moneda extranjera en la vía pública, se incrementen puestos de seguridad, se instalen sistemas de videovigilancia, y/o se establezcan horarios comerciales especiales, entre otras. Finalmente, alegan que estas medidas no restringirían en un grado alto los derechos a la libertad de comercio y de trabajo, sino más bien los promoverían.

4. Como ya señalé en mi voto singular del Expediente 04205-2018-PA/TC, considero que medidas similares a las cuestionadas en autos son idóneas y eficaces para lograr la finalidad perseguida de aumentar la seguridad ciudadana, en atención a que el comercio de dinero en la vía pública es una actividad evidentemente riesgosa, atendiendo a la generalizada situación de inseguridad ciudadana imperante en el país. Asimismo, no se advierte que exista una medida alternativa que permita garantizar la seguridad de la referida actividad en la vía pública, al menos no sin el concierto de otras autoridades estatales y la implementación de políticas públicas de largo plazo para combatir el crimen y la delincuencia.
5. En tal sentido, no comparto los fundamentos de mis colegas, pues no se puede considerar una medida como innecesaria porque no reduzca a cero la criminalidad. Ni siquiera las normas penales tienen ese efecto en la sociedad, y no por ello dejan de ser esenciales para la vida en comunidad. Lo mismo puede decirse de las normas encaminadas a reducir la informalidad, pues la problemática del trabajo informal en el país requiere de un esfuerzo sostenido en el tiempo.
6. Así, el análisis de ponderación de los principios involucrados nos lleva a considerar que la satisfacción de la seguridad ciudadana de todo un distrito justifica la intervención en el derecho al trabajo de aquellas personas que se dedican a una actividad comercial de alto riesgo para ellos mismos y para los demás.
7. Sin perjuicio de lo señalado, no se puede dejar de lado que el recurrente es un ciudadano titular de un derecho (el de trabajo) que está siendo limitado (aunque tal restricción se encuentre justificada), y que si bien el Estado debe brindar una solución al problema de la seguridad ciudadana de manera integral, no es menos cierto que también es competencia de los gobiernos municipales implementar políticas de formalización de las actividades económicas y productivas que promueven, regulan y autorizan dentro de su marco de competencias.
8. En efecto, de acuerdo con la Ley N° 27933, del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, corresponde a las Municipalidades distritales la aprobación de sus respectivos Planes de Acción Distrital de Seguridad Ciudadana alineado al Plan de Acción Provincial de Seguridad Ciudadana, y elaborado bajo un enfoque de gestión por resultados e

intercultural y articulado con los instrumentos del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico SINAPLAN.

9. Estos planes se desarrollan de manera coordinada y concertada con los estamentos de la sociedad civil en cada uno de los distritos, por los que amparar una pretensión de un giro comercial en la calle con movimiento dinerario, no solamente tiene amparo legal sino además es razonable, en la medida que no se impide la compraventa de moneda extranjera, sino su venta de manera informal en los espacios públicos tomando en cuenta los altos niveles de delincuencia y riesgo a la integridad de los vecinos de dicho distrito.
10. Distinto fuera si la autoridad municipal prohibiera la venta de moneda extranjera en establecimientos comerciales.

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

S.

GUTIÉRREZ TICSE

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

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

Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare inaplicable a la recurrente, doña Alejandra Cuellar Valderrama, la Ordenanza Municipal 508/MM de 21 de febrero del 2019 emitida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, que prohíbe la compra venta de moneda nacional o extranjera en la vía pública, actividad a la que según refiere, se dedica desde hace 20 años en la cuadra 6 de la Av. Larco del mismo distrito. Según se alega, la decisión prohibitiva vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio.

La demandante denuncia que existe una amenaza cierta e inminente a sus derechos constitucionales, esencialmente al derecho a la libertad de trabajo, al prohibirse el comercio de moneda extranjera en la vía pública (cambista) a través de una ordenanza municipal.

En el artículo 39 del Nuevo Código Procesal Constitucional (también artículo 39 en el código anterior) se establece que “El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo”.

A folio 4 de autos obra el carné de cambista 142, emitido el 6 de octubre de 2017 por la Gerencia de Autorización y Control de la comuna emplazada, emitida a favor de ésta y aportado por ella anexo a su demanda. En él se establece como fecha de expiración el 30 de agosto de 2019. Es decir, antes de la presentación de la demanda (interpuesta el 27 de setiembre de 2019) había culminado el período para el cual la actora estuvo autorizada para ejercer la labor de cambista en la cuadra 6 de la avenida Larco, Miraflores. Se trata entonces, de una autorización para ejercer una labor en la vía pública. No se advierte que, posteriormente, la actora haya obtenido una prórroga de tal autorización que legitime su pedido. Así, la demanda deberá ser declarada improcedente, en aplicación *a contrario sensu* del artículo 39 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Además, el artículo 7, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 1 del anterior código) prescribe 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.

No obstante, en la ponencia se ingresa al fondo del asunto. En el fundamento 6 se indica que la autorización que tenía la demandante para dedicarse al comercio callejero ya no se encontraba vigente “en aplicación de la ordenanza”. En rigor, esto es inexacto, pues en el carné de cambista (folio 4) emitido el 6 de octubre de 2017, se advierte que ya estaba señalada la fecha de término de la autorización, esto es, el 30 de agosto de 2019. Quiere esto decir que, a la fecha de presentación de la demanda, la autorización ya había vencido y la actora no era cambista autorizada.

Entendiendo a la autorización como el título habilitante que otorga legitimidad para obrar activa, entonces se debe concluir que la demanda es improcedente. Esta posición concuerda con lo expresado por el anterior colegiado del TC en varios casos (vg. sentencia interlocutoria emitida en el Expediente 02180-2018-PA/TC, sentencia expedida en el Expediente 04205-2018-PA/TC).

Acontece, entonces, la causal de improcedencia contemplada en el artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 1 del anterior código).

Por consiguiente, considero que se debe declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

PACHECO ZERGA



Pleno. Sentencia 316/2022

EXP. N.º 00233-2022-PA/TC

LIMA

SANTIAGO ALFREDO MARTÍN ARAUJO
ÁLVAREZ QUESADA y otra

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de setiembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga (con fundamento de voto), Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo interpuesta.

Asimismo, el magistrado Monteagudo Valdez comunicó en fecha posterior que vota a favor de la sentencia.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

MORALES SARAVIA

PACHECO ZERGA

FERRERO COSTA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de septiembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de la magistrada Pacheco Zerga, que se agrega. Asimismo, el magistrado Montenegro Valdez votó en fecha posterior a favor de la sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Alfredo Martín Araujo Álvarez Quesada y doña Cecilia Mafalda Romero Baca contra la resolución expedida por la Tercera Sala Constitucional desde el 15-09-2021 (Ex-Primera Sala Civil) de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 180, de fecha 16 de noviembre de 2021, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de febrero de 2021, los recurrentes interponen demanda de amparo (f. 56) contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), de cuyo texto se desprende que su pretensión es solicitar que, con relación a su caso concreto, se proceda a determinar lo siguiente:

- Se declare inconstitucional la medida del uso obligatorio de la mascarilla facial o una tela cubriendo la cara, la nariz y la boca.
- Se declare que el ser humano tiene el derecho constitucional a respirar.
- Se ordene que el Estado peruano, a través del Ministerio de Salud (Minsa) y la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), no puede regular o limitar su forma de respirar mediante una mascarilla facial.
- Se declare que no se puede desconocer bajo ninguna circunstancia su derecho a respirar libremente.
- Se declare que es inconstitucional que la Policía, el Serenazgo, las Fuerzas Armadas y particulares los obliguen al uso de las mascarillas faciales.

- Se establezca que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través del Estado peruano, no pueden obligarlos al uso de las mascarillas faciales.
- Se disponga la prohibición de multarlos o sancionarlos por negarse al uso de las mascarillas faciales.
- Se disponga la inaplicación del Decreto Supremo 184-2020-PCM, que establece el uso obligatorio de las mascarillas faciales, por ser incompatible con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú.
- Se declare que el uso de la mascarilla facial atenta contra la dignidad y la identidad de las personas.
- Se establezca que no existe informe alguno del Minsa o de otro órgano del Estado, que justifique la obligatoriedad del uso de la mascarilla facial a nivel general (exceptuando al cuerpo médico y enfermeras) que sustente lo dispuesto por el Decreto Supremo 184-2020-PCM.

Los demandantes denuncian la vulneración de sus derechos constitucionales a la defensa de la persona humana, al respeto de su dignidad, a la vida, a su identidad, a la integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar, a la salud, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la paz y a la tranquilidad. A su vez, amparan su reclamo en el derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo por un acto que consideran violatorio de sus derechos reconocidos por la Constitución.

Aducen que es un derecho humano respirar el aire, por lo tanto, no se debe reducir su capacidad mediante el uso de un filtro (mascarilla) que impide la correcta circulación del oxígeno hacia los pulmones. Agregan que con la mascarilla se inhala nuevamente los desechos exhalados, produciendo una sensación de asfixia. Puntualizan que dicho mecanismo concentra saliva, suciedad y organismos fúngicos que son elementos contaminantes para la salud. Recalcan que las mascarillas de tela de algodón no son resistentes a los líquidos al retener la humedad nasal, por lo que contaminan y actúan como un foco infeccioso, y que al igual que las mascarillas de fabricación propician en general diversas enfermedades en la piel, cáncer de pulmón avanzado, neumonías bacterianas entre otras, por lo que podría considerarse tal medida como un acto criminal de homicidio lento o facilitador para contraer enfermedades, que incluso tiene repercusiones de índole personal, ya que imposibilitan la libertad física y psicológica de los ciudadanos, en tanto obstaculizan la visualización de la expresión facial y la comunicación fraterna.

Sostienen que el Decreto Supremo 184-2020-PCM, es arbitrario e inconstitucional, toda vez que exige, además de otras medidas de salubridad, el uso de la mascarilla facial para el ingreso a lugares públicos, así como para las actividades deportivas al aire libre, en el uso de playas, etc., y otorga facultades para la promoción y vigilancia de las medidas de bioseguridad a fin de velar por su cumplimiento. Por otro lado, afirman que dicha norma no se apoya en ningún informe técnico ni contiene documentos científicos que sustenten la medida del uso obligatorio de la mascarilla, así como tampoco indica fehacientemente cómo debe ser el material con el que se deben elaborar las mascarillas, por lo que resulta ambiguo. Consideran que ni el ministro de Salud, ni el presidente del Consejo de Ministros, han sustentado de manera comprensible la medida tomada para frenar la presunta pandemia Covid-19, pues no existe un informe oficial que avale la premisa de que, con el uso de las mascarillas, se impiden los contagios de dicha enfermedad causada por el coronavirus SARS-COV-2; y más bien han dejado en la población el estigma de considerarse enfermos y de estar sometidos a las directrices del gobierno.

Así también, cuestionan la falta de seriedad de las especificaciones técnicas contenidas en la Resolución Ministerial 135-2020- MINSA para la elaboración de las mascarillas en cuanto a su estructura y material de confección, lo cual denota una improvisación y desconocimiento de la autoridad estatal, toda vez que con posterioridad a su emisión, la Contraloría General de la República reconoció la propagación de bacterias a través de las mascarillas; en consecuencia, dicho mecanismo no garantiza la reducción de la transmisión de la enfermedad de la Covid-19, causado por el coronavirus SARS-COV-2.

De otro lado, cuestionan que la Constitución no faculta al presidente de la República ni al Consejo de Ministros a dictar normas en materia de salud pública. Así también, la Ley General de Salud no regula el uso de mascarillas como medidas a tomar en cuenta en caso de seguridad ni confiere a la PCM facultades para ello.

Aseveran que con el Decreto Supremo 184-2020-PCM no se ha cumplido con los principios contenidos en la Ley 27444, esto es, la correcta motivación del acto administrativo, de razonabilidad, verdad material, predictibilidad, privilegio de controles posteriores y presunción de la calidad de informes. Alegan que las medidas adoptadas debieron ser competencia de la autoridad de salud (Minsa) y no de la PCM, y tampoco debieron ser materia de ampliación con las normas modificatorias y complementarias subsiguientes, que se extienden en el tiempo de aplicación de manera indefinida.

Consideran, finalmente, que es su potestad renunciar a la protección del Estado con la negativa del uso de la mascarilla, pues la ley de salud concede el derecho a los ciudadanos a que ninguna persona pueda ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo. Por consiguiente, a su juicio, el no uso de la mascarilla no perjudica a terceros, toda vez que no hay prueba que demuestre lo contrario, cuanto más si la OMS ha declarado que el uso de la mascarilla es para el personal de salud, así como para los enfermos, y que, por el contrario, perjudica a las personas sanas.

Resolución de primera instancia o grado

Mediante Resolución 1, de fecha 25 de marzo de 2021 (f. 89), el Decimoprimer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, tras considerar que el Decreto Supremo 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo 008-2021-PCM, que dispone el estado de emergencia sanitaria, es una medida constitucional, por lo que las libertades personales pueden ser restringidas; en este contexto, el uso de la mascarilla es una disposición para evitar el contagio de persona a persona, por lo que su prohibición no solo afectaría a los demandantes, sino también al resto de los ciudadanos, ya que al no usar dicho filtro la consecuencia sería el contagio también para la población que sí lo usa. Agrega que las cifras oficiales de enfermos y fallecidos tiene relación directa con las medidas dictadas por el gobierno central.

Tras ser presentado el recurso de apelación por parte de los recurrentes y mediante escrito de fecha 23 de junio de 2021, se apersona al proceso el procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Resolución de segunda instancia o grado

La Tercera Sala Constitucional desde el 15-09-2021 (Ex-Primera Sala Civil) de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución 4, de fecha 16 de noviembre de 2021 (f. 180), confirmó la apelada, fundamentalmente por considerar que, si bien la demanda se sustenta en una presunta amenaza de derechos constitucionales, aquella debe ser cierta y de inminente realización, lo que sin embargo no se aprecia en el caso de autos. Por otra parte, y aunque los recurrentes buscan derogar la obligación del uso de mascarillas en espacios públicos bajo el sustento de eventuales perjuicios en los derechos constitucionales invocados, aduce que sus argumentos carecen de asidero bajo los parámetros que el propio Tribunal Constitucional ha desarrollado en la jurisprudencia, respecto a las amenazas contra los derechos.

Recurso de agravio constitucional

Mediante el recurso de agravio constitucional de fecha 15 de diciembre de 2021 (f. 189), los recurrentes reiteran los argumentos expuestos en la demanda, y afirman que la medida arbitraria del uso de las mascarillas faciales no se sustenta en un informe técnico del cual se conozca su fuente. Añaden que se pretende hacer creer a la ciudadanía que su objeto es evitar el contagio de la enfermedad del Covid-19 causado por el coronavirus SARS-COV-2.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se orienta a que, en relación con los recurrentes: a) se declare inconstitucional la medida del uso obligatorio de la mascarilla facial o una tela cubriendo la cara, la nariz y la boca; b) se declare que el ser humano tiene el derecho constitucional a respirar; c) se ordene que el Estado peruano, a través del Ministerio de Salud (Minsa) y la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), no puede regular o limitar su forma de respirar mediante una mascarilla facial; d) se declare que no se puede desconocer bajo ninguna circunstancia su derecho a respirar libremente; e) se declare que es inconstitucional que la policía, el serenazgo, las Fuerzas Armadas y particulares los obliguen al uso de las mascarillas faciales; f) se establezca que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través del estado peruano, no pueden obligarlos al uso de las mascarillas faciales; g) se disponga la prohibición de multarlos o sancionarlos por negarse al uso de las mascarillas faciales; h) se disponga la inaplicación del Decreto Supremo 184-2020-PCM, que establece el uso obligatorio de las mascarillas faciales, por ser incompatible con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú; i) se declare que el uso de la mascarilla facial atenta contra la dignidad y la identidad de las personas; y j) se establezca que no existe informe alguno del Minsa o de otro órgano del estado, que justifique la obligatoriedad del uso de la mascarilla facial a nivel general (exceptuando al cuerpo médico y enfermeras) que sustente lo dispuesto por el Decreto Supremo 184-2020-PCM. Denuncian la vulneración de los derechos a la defensa de la persona humana, al respeto de su dignidad, a la vida, a su identidad, a la integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar, a la salud, a gozar

de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la paz y a la tranquilidad.

2. En resumen, la controversia se centra en el cuestionamiento al uso obligatorio de mascarillas para quienes, como los recurrentes, se oponen a dicha medida establecida por el Estado, bajo las consideraciones que alegan en su demanda. Sin embargo, y como quiera que dicha disposición se apoya en el marco de lo establecido por el estado de emergencia sanitaria, deberán analizarse varios aspectos en relación con este último.

Temas constitucionales a dilucidar

3. En el contexto de las alegaciones efectuadas en la demanda y las variantes en las que se traduce el petitorio planteado, este Colegiado considera pertinente a los efectos de dilucidar la controversia planteada, pronunciarse sobre diversas materias de particular relevancia constitucional, a saber: a) la legitimidad o no del estado de emergencia sanitaria decretado a instancias de la pandemia generada por el Covid- 19, b) la legitimidad o no de las medidas adoptadas en relación con los derechos fundamentales en el contexto del estado de emergencia sanitaria, c) la razonabilidad o no de la medida constituida por el uso obligatorio de las mascarillas como alternativa de prevención de contagios y defensa de la salud pública, d) la pertinencia o no de reconocer un derecho fundamental autónomo o de enfatizar en el reconocimiento de nuevos contenidos respecto de derechos que ya existen.

Cuestión previa: Sobre la existencia o no de sustracción de la materia en el presente caso

4. De lo que aparece en los autos, se aprecia que, aunque los demandantes cuestionan entre otros puntos, que ha sido el Decreto Supremo 184-2020-PCM publicado el 30 de noviembre de 2020 el que habría generado la obligatoriedad en el uso de las mascarillas, en realidad y como más adelante se precisará, ello no es rigurosamente cierto, pues el citado mandato es de mucho antes y responde a un contexto jurídico en particular. Sin embargo, e independientemente del análisis de dicho extremo y al que posteriormente se hará referencia, conviene mencionar que con fecha 23 de abril del presente año 2022, se ha publicado el Decreto Supremo 041-2022-PCM que de alguna forma ha cambiado el panorama cuestionado por los recurrentes, pues a tenor de lo indicado en su artículo 3, que a su vez modifica los alcances del

artículo 4 del Decreto Supremo 016-2022-PCM (a su vez modificado por el Decreto Supremo 030-2022-PCM), el uso obligatorio de las mascarillas en sus principales modalidades (KN95, quirúrgica de tres pliegues y de carácter comunitario –tela-) ha quedado relativizado o resulta opcional en los espacios abiertos en el caso de aquellos departamentos que tengan el 80 % de cobertura de vacunación contra el Covid-19, tanto respecto de aquellas personas que tengan de 60 años a más y cuenten con tres dosis, como respecto de aquellas personas que tengan de 12 años a más y cuenten con solo dos dosis. Por lo demás y en la misma línea de dicha norma, con fecha 28 de agosto del 2022 ha sido publicado el Decreto Supremo 108- 2022-PCM, cuyo artículo 4, además de reiterar lo ya señalado, también establece el uso opcional de mascarillas por parte de los alumnos y alumnas en los centros educativos.

5. En las circunstancias descritas y aunque evidentemente no se trata de un retiro total o definitivo en el uso de las mascarillas, puede decirse que, con independencia de las consideraciones a las que se arribe finalmente mediante la presente sentencia, la situación presuntamente lesiva o que origina el debate, aún se mantiene subsistente con algunas variantes, lo que justifica afirmar que en el presente caso no se está ante un supuesto de sustracción de la materia y, por el contrario, se haga legítimo un pronunciamiento de fondo. Por lo demás, y para que una sustracción de la materia se pueda configurar, tiene que haber cesado íntegramente o en su totalidad el estado de vulneración a los derechos o tiene que haberse producido un estado de irreparabilidad, lo que, incluso de presentarse, no impide tampoco un pronunciamiento de fondo, dentro de las reglas establecidas en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional vigente al momento de plantearse la controversia, en este aspecto idéntico al prescrito en la misma norma del actualmente vigente nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021.

Los temas constitucionalmente relevantes

- a) **La legitimidad o ilegitimidad del estado de emergencia sanitaria decretado a instancias de la pandemia generada por el Covid-19**
6. La declaratoria de una pandemia a escala ecuménica como la producida por la Covid-19 trajo consigo la imperiosa necesidad de adoptar respuestas inmediatas para todos los países del mundo. Desde luego, no todos los ordenamientos jurídicos y ni siquiera la mayoría de ellos

se encontraban preparados para afrontar un estado de cosas como el descrito, por lo que la dinámica adoptada en el plano rigurosamente jurídico ha sido, en buena medida, consecuencia de las previsiones con las que cada nación del mundo contaba.

7. En el caso de nuestro país, ha sido un hecho que nuestro sistema constitucional no ha facilitado las cosas de manera integral. Aunque nuestra Constitución Política haya previsto en su artículo 137 la posibilidad de un régimen excepcional, dentro de un doble escenario y a instancias de diversas variantes de crisis o anomalías, las cosas no han sido todo lo omnicomprendivas del caso, por lo que una primera pregunta obligada ha consistido en determinar el repertorio de alternativas con las que se contaba, para tras de ello, verificar la pertinencia de estas.
8. Las emergencias, por otra parte, se encuentran previstas y reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, el numeral 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática.

9. De manera mucho más concretizada, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su párrafo primero, preceptúa:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

10. De forma mucho más específica todavía y por ser un instrumento propio de nuestro continente, el numeral 1 del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, declara a su vez que:

En caso de guerra, de peligro público o de una *emergencia* que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

11. Como puede apreciarse, las emergencias y su tratamiento no son situaciones que puedan pasar por desapercibidas ni por el derecho interno, ni por el derecho internacional.
12. En el caso específico de nuestro modelo constitucional, cabe recordar que el régimen excepcional en cualquiera de sus modalidades, ya sea estado de emergencia (inciso 1), ya sea estado de sitio (inciso 2), es en principio y desde el punto de vista de su pertinencia, facultad del Poder Ejecutivo y se ejerce a instancias del presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros. Se decreta por un lapso temporal en todo el territorio o parte del mismo y siempre que se dé cuenta al Congreso de la República o, en su defecto, a la Comisión Permanente.
13. En lo que respecta al estado de emergencia, el elenco de causalidades se asocia a tres supuestos perfectamente tasados, aunque con distinto alcance: “perturbación de la paz o del orden interno”, “catástrofe” y “graves circunstancias que afecten la vida de la nación”. Y son cuatro, en particular, los derechos que como máximo pueden (no necesariamente deben) ser restringidos en tales hipótesis; la libertad y seguridad personales (regulada en el artículo 2, inciso 24-f), la inviolabilidad de domicilio (regulada en el artículo 2, inciso 9), la libertad de reunión (regulada en el artículo 2, inciso 12) y la libertad de tránsito o de locomoción (regulada en el artículo 2, inciso 11).

De otro lado, y en lo que atañe al periodo de duración, el plazo más amplio que puede ser decretado es de sesenta días, lo que no impide eventuales prórrogas siempre que así lo determine un nuevo decreto. Por último, y solo en la medida que lo disponga el presidente de la República, podrán las Fuerzas Armadas asumir el control del orden interno.

14. En el caso del estado de sitio, las causalidades son diferentes, pero igualmente tasadas y se refieren a cuatro supuestos, “invasión”, “guerra exterior”, “guerra civil” o “peligro inminente de que se produzca”

cualquiera de los antes citados eventos. Sin embargo, y en cuanto al tratamiento restrictivo de los derechos, el ámbito de incidencia o afectación abarca un universo mucho más amplio dependiendo de la magnitud de la situación por la que se atraviesa. No obstante, del hecho de que la Constitución se coloque en la posibilidad de que en un estado como el de sitio se deban definir cuáles son los únicos derechos que no se verían afectados, no se sigue que se trate de un ilimitado número de estos, pues en cualquier circunstancia, acorde con lo que dispone el inciso 2) del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y a tenor de lo prescrito en la Disposición Final Cuarta de la Constitución, que obliga a una interpretación en el contexto del derecho internacional de los Derechos Humanos, habrá atributos que no puedan verse afectados bajo ninguna circunstancia excepcional, como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de no retroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos (tutela jurisdiccional y debido proceso).

Por lo demás, y debido a la intensidad de lo que representa la variante excepcional aquí referida, el periodo de duración tendrá como tope un máximo de 45 días y el obligatorio funcionamiento del Congreso, el que incluso deberá autorizar, de darse el caso, una eventual prórroga o extensión.

15. De lo hasta aquí expresado, se infieren diversas características, unas de carácter común y otras, más bien, de carácter particular.

En lo que atañe a las características comunes de los estados de excepción, puede decirse que: a) responden a causalidades asociadas a situaciones particularmente graves que alteran la normalidad constitucional; b) suponen en mayor o menor medida limitaciones a determinados derechos fundamentales, pero también el ensanchamiento de las atribuciones correspondientes a la autoridad; c) independientemente de que la Constitución consigne el término “suspensión” de derechos y así lo consignent gran parte de las normas que los establecen, implican más bien y es necesario puntualizarlo, la presencia de restricciones, pues los derechos no se pierden ni mucho menos se derogan, sino que solo se limitan; d) su duración es necesariamente temporal o transitoria, no pueden convertirse en la regla; e)

se encuentran sujetos a inevitables controles, tanto en lo que atañe a la forma como son regulados, como, principalmente, a su incidencia sobre los derechos fundamentales.

De otro lado, en lo que respecta a las características particulares de cada una de las variantes excepcionales, conviene reparar en lo siguiente: a) mientras que las causalidades generadoras del estado de emergencia son en concreto “perturbación de la paz o del orden interno”, “catástrofe” y “graves circunstancias que afecten la vida de la nación”, las causalidades habilitadoras del estado de sitio son a su vez “invasión”, “guerra exterior”, “guerra civil” y “peligro inminente de que se produzcan” cualquiera de los anteriores supuestos; b) mientras que el estado de emergencia solo permite la restricción de un máximo de cuatro derechos fundamentales (libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito o de locomoción), el estado de sitio contempla una posibilidad restrictiva mucho más extensa o expansiva en materia de derechos fundamentales, lo que sin embargo tampoco implica –como antes se ha precisado– la afectación a un núcleo básico de derechos en esencia inafectables; c) mientras que el estado de emergencia admite una duración máxima de sesenta días, sin perjuicio de eventuales prórrogas autorizadas por nuevo decreto a emitirse por el Poder Ejecutivo, el estado de sitio solo puede durar cuarenta y cinco días, sin perjuicio de eventuales prórrogas que en cualquier caso, requerirán la autorización obligatoria por parte del Congreso.

16. En el contexto descrito, y a la luz de las normas que han venido autorizando el denominado estado de emergencia sanitaria y que se inician con el Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, y sus posteriores prórrogas, cabe contrastar si las causalidades que lo justificaron fueron exactamente las mismas que señala la Constitución Política en su artículo 137 y si las medidas adoptadas dentro estado de emergencia sanitaria -y entre las cuales se adscribiría aquella que cuestionan los recurrentes,- se encuentran expresamente contempladas.
17. Conviene, por ser esencial para la dilucidación de la presente causa, transcribir la antes citada norma en su integridad.

Decreto supremo que declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19

DECRETO SUPREMO

N° 044-2020-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú establecen que todos tienen derecho a la protección de su salud, del medio familiar y de la comunidad, y que el Estado determina la política nacional de salud, correspondiendo al Poder Ejecutivo normar y supervisar su aplicación, siendo responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud;

Que, el artículo 44 de la Carta Magna prevé que son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación;

Que, asimismo, en el numeral 1 del artículo 137 del referido texto, se establece que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar por plazo determinado en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, el Estado de Emergencia, entre otros, en caso de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación; pudiendo restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio;

Que, los Artículos II y VI del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establecen que la protección de la salud es de interés público y que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud de la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad, siendo irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo al principio de equidad;

Que, asimismo, el Artículo XII del Título Preliminar de la Ley antes mencionada ha previsto que el ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión, están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública;

Que dicha ley, en sus artículos 130 y 131, habilita a la cuarentena como medida de seguridad, siempre que se sujete a los siguientes principios: sea proporcional a los fines que persiguen, su duración no exceda a lo que exige la situación de riesgo inminente y grave que la justificó, y se trate de una medida eficaz que permita lograr el fin con la menor restricción para los derechos fundamentales.

Que, la Organización Mundial de la Salud ha calificado, con fecha 11 de marzo de 2020, el brote del COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea;

Que, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19;

Que, no obstante dicha medida, se aprecia la necesidad que el Estado adopte medidas adicionales y excepcionales para proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, sin afectarse la prestación de los servicios básicos, así como la salud y alimentación de la población;

De conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 14 del artículo 118, y el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución Política del Perú; y la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

DECRETA:

Artículo 1.- Declaración de Estado de Emergencia Nacional

Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio

(cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

Artículo 2.- Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales

2.1 Durante el Estado de Emergencia nacional, se garantiza el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el presente Decreto Supremo.

2.2 Asimismo, se garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 del presente Decreto Supremo. Las entidades públicas y privadas determinan los servicios complementarios y conexos para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales establecidos en el artículo 4. Las entidades competentes velan por el idóneo cumplimiento de la presente disposición.

2.3 La Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas adoptan las medidas para garantizar la prestación y acceso a los bienes y servicios conforme al presente artículo.

Artículo 3.- Suspensión del ejercicio de Derechos Constitucionales

Durante el presente Estado de Emergencia Nacional queda restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú.

Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.

- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.
- d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2.
- e) Retorno al lugar de residencia habitual.
- f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.
- g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.
- h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.
- i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta.
- j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (*call center*).
- k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida.
- l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional.
- m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

4.2 Igualmente, se permite la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior.

4.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican al personal extranjero debidamente acreditado en el Perú de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y representaciones de organismos internacionales, que se desplacen en el cumplimiento de sus funciones, respetando los protocolos sanitarios.

4.4 A fin de garantizar el orden interno, se faculta al Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Defensa, para dictar las medidas que permitan la implementación del presente artículo.

4.4 El Ministerio del Interior dispone el cierre o restricción a la circulación por carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico.

4.5 En todo caso, para cualquier desplazamiento efectuado conforme al presente artículo deben respetarse las recomendaciones y disposiciones dictadas por el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior y otras entidades públicas competentes.

Artículo 5.- Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional

5.1 Todas las entidades públicas, privadas y mixtas sanitarias del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedan bajo la dirección del Ministerio de Salud para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Asimismo, el Ministerio de Salud tiene atribuciones para dictar medidas a fin de asegurar que el personal y los centros y establecimiento de las Sanidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú contribuyan a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

5.2 Sin perjuicio de lo anterior, los gobiernos regionales y locales, ejercen la gestión dentro de su ámbito de competencia de los correspondientes servicios y prestaciones de salud, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento.

5.3 Estas medidas también incluyen la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta emergencia sanitaria.

5.4 Asimismo, el Ministerio de Salud puede ejercer aquellas facultades que resulten necesarias respecto de los centros, servicios y establecimientos de salud de titularidad privada, de acuerdo a la disponibilidad de cada establecimiento y previa evaluación de la Autoridad Sanitaria Nacional.

Artículo 6.- Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública.

El Ministerio de Salud tiene competencias para:

- a) Impartir las disposiciones normativas sanitarias necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de salud de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública.
- b) Impartir las disposiciones necesarias en coordinación con las autoridades competentes, para garantizar el ingreso y salida de productos y servicios y otros requeridos por la Autoridad Sanitaria Nacional.
- c) Impartir las medidas correspondientes dentro del periodo de cuarentena, en salvaguarda de la salud pública.

Artículo 7.- Restricciones en el ámbito de la actividad comercial, actividades culturales, establecimientos y actividades recreativas, hoteles y restaurantes

- 7.1. Dispóngase la suspensión del acceso al público a los locales y establecimientos, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, grifos y establecimientos de venta de combustible. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio.
- 7.2 La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida debe ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos.

En todo caso, se deben evitar aglomeraciones y se controla que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.

7.3 Se suspende el acceso al público a los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como a los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, actividades culturales, deportivas y de ocio.

7.4 Se suspenden las actividades de restaurantes y otros centros de consumo de alimentos.

7.5 Asimismo, se suspenden los desfiles, fiestas patronales, actividades civiles y religiosas, así como cualquier otro tipo de reunión que ponga en riesgo la salud pública.

Artículo 8.- Cierre temporal de fronteras

8.1 Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del día lunes 16 de marzo de 2020.

8.2 Antes de esta fecha, los pasajeros que ingresen al territorio nacional deben cumplir aislamiento social obligatorio (cuarentena) por quince (15) días calendario.

8.3 El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este cierre temporal. Las autoridades competentes adoptan las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados.

8.4 Las autoridades competentes pueden dictar disposiciones con la finalidad de garantizar la atención prioritaria para el ingreso de los productos de primera necesidad, para la salud y todos aquellos que se requieran para atender la emergencia sanitaria.

8.5 Los sectores competentes pueden disponer medidas especiales transitorias para el ingreso y salida de mercancías restringidas.

Artículo 9.- Del transporte en el territorio nacional

9.1 En el transporte urbano, durante el estado de emergencia, se dispone la reducción de la oferta de operaciones en cincuenta

por ciento (50%) en el territorio nacional por medio terrestre y fluvial. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede modificar el porcentaje de reducción de la oferta de transporte nacional, así como dictar las medidas complementarias correspondientes. En relación con los medios de transporte autorizados para circular, los operadores del servicio de transporte deben realizar una limpieza de los vehículos, de acuerdo con las disposiciones y recomendaciones del Ministerio de Salud.

9.2 En el transporte interprovincial de pasajeros, durante el estado de emergencia, se dispone la suspensión del servicio, por medio terrestre, aéreo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del día lunes 16 de marzo de 2020.

9.3 El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este artículo.

Artículo 10.- De la intervención de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas

10.1 A fin de garantizar la implementación de las medidas, la intervención de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas se efectúa conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, y en el Decreto Legislativo N° 1095, Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, respectivamente.

10.2 La Policía Nacional del Perú, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, verifican el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto supremo, para lo cual pueden practicar las verificaciones e intervenciones de las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarios para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades no permitidas. Para ello, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa dictan las disposiciones y medidas complementarias que sean necesarias.

10.3 También pueden verificar, en el ámbito de su competencia, el aforo permitido en los establecimientos comerciales, a fin de evitar aglomeraciones y alteraciones al orden público.

10.4 Asimismo, ejercen el control respecto de la limitación del ejercicio de la libertad de tránsito a nivel nacional de las personas, en diversos medios de transporte, tales como vehículos particulares, transporte público, medios acuáticos, entre otros.

10.5 La ciudadanía, así como las autoridades nacionales, regionales y locales tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de las autoridades policiales y militares en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 11.- Entidades competentes para el cumplimiento del presente decreto supremo

Durante la vigencia del estado de emergencia, los ministerios y las entidades públicas en sus respectivos ámbitos de competencia dictan las normas que sean necesarias para cumplir el presente decreto supremo.

Los gobiernos regionales y locales contribuyen al cumplimiento de las medidas establecidas en el presente Decreto Supremo, en el marco de sus competencias.

Artículo 12.- Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro del Interior, el Ministro de Defensa, el Ministro de Relaciones Exteriores, la Ministra de Salud, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, la Ministra de Desarrollo e Inclusión Social, la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo, el Ministro de Comercio Exterior y Turismo, el Ministro de Transportes y Comunicaciones, y la Ministra de Economía y Finanzas.

DISPOSICIÓN FINAL

Disposición única.- En el marco de su autonomía, los otros poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos adoptan las medidas para dar cumplimiento al presente Decreto Supremo.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veinte.

18. De una lectura elemental de la antes citada norma, es posible apreciar que, si bien lo que se declara es un estado de emergencia, entendido

en los términos que la Constitución lo reconoce por vía de su artículo 137, y la causalidad en la que se basa estaría sustentada en las “graves circunstancias que afecten la vida de la nación”, como se enuncia desde su título mismo, en el tercer párrafo de su parte considerativa y en su propio artículo 1; se observa sin embargo de su contenido que no solo fue dispuesta la restricción (suspensión, según la versión formal del decreto) de los cuatro derechos pasibles de ser afectados durante un estado de emergencia entendido en sentido estricto, sino de un número bastante más amplio de libertades, atributos y facultades constitucionales (libertades económicas, derechos sociales y culturales, libertades recreativas, de ocio y de diversión, libertades religiosas y de culto, entendidas estas últimas en su variante de ejercicio colectivo), conforme a su artículo 7. A ello se sumó a la postre y como consecuencia de las recomendaciones sanitarias, una serie de medidas incidentes sobre la autodeterminación personal, como el distanciamiento social y el propio uso de mascarillas, a lo que más adelante se hará referencia.

19. Ante un estado de cosas tal, cabría preguntarse si un estado de emergencia podría terminar desvirtuándose al extremo de habilitar por la vía indirecta lo negado por la vía directa (la sola restricción de cuatro derechos fundamentales), y si la sola invocación a una causalidad como la referida a las “graves circunstancias que afecten la vida de la nación” sería la puerta de acceso para dicho cometido.
20. Este Colegiado, al respecto, no deja de alertar que si nuestro ordenamiento jurídico fuese análogo a otros modelos, como por ejemplo ocurre con el modelo español, donde expresamente se prevé la posibilidad de un estado de alarma por razones de tipo sanitario (véase lo dispuesto en los artículos 4 y 11 de la Ley Orgánica 4/1981, en concordancia con el artículo 116.2 de la Constitución española de 1978), y donde las opciones restrictivas abarcan un repertorio de incidencias bastante más amplio; la situación, acaso, sería distinta. Pero eso no ocurre ni tampoco es lo que se infiere de lo establecido por nuestra Constitución, que es bastante taxativa sobre el particular.
21. Aunque es cierto que la noción “graves circunstancias que afecten la vida de la nación” representa una descripción bastante extensa, en la que bien podrían verse involucradas las consabidas razones de tipo sanitario, la interpretación de los alcances propios de un estado de emergencia en la forma como lo concibe nuestro artículo 137 no permitiría más que una opción circunscrita a la estricta esfera de cuatro

específicos derechos. Y esto es así porque se trata de una norma de naturaleza limitativa, donde, por principio, solo cabe una lectura de carácter rigurosamente restrictivo.

22. La respuesta entonces al dilema de si el Estado ha procedido de manera compatible con el discurso constitucional, parece haber tenido que ver (y así se infiere de la parte considerativa del citado Decreto Supremo 044-2020-PCM y sus normas ampliatorias) no solo con la recurrencia al consabido artículo 137, sino a otras disposiciones de la misma Constitución, como los artículos 7 y 9 (referidos a las obligaciones del Estado en materia de salud) y al artículo 44 (concerniente con el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad). Y a ello se ha sumado, inevitablemente, en observancia del parámetro constituido por el bloque de constitucionalidad, la invocación a la Ley General de Salud 26842, cuyo título preliminar contempla, en su artículo XII, la posibilidad de restringir, con sujeción a razones específicamente sanitarias, un número bastante más amplio de derechos fundamentales que aquellos expresamente previstos en una emergencia estricta.
 23. Este Colegiado entonces y aun cuando asume que el repertorio de alternativas excepcionales previstas por nuestra Constitución no es todo lo adecuado del caso, tampoco entiende que el estado de emergencia sanitaria declarado a instancias del Decreto Supremo 044-2020-PCM y sus normas posteriores resulten contrarias a la Constitución, por lo menos en la forma como vienen enunciadas. Cuestión distinta, evidentemente, sería verificar si la aplicación de cada una de las medidas restrictivas por parte de la autoridad competente ha sido plenamente legítima. Este extremo no será evaluado en esta oportunidad, por no haber sido materia de reclamo, a diferencia de aquella medida cuestionada específicamente mediante el presente proceso y que, como ya se anticipó, se concretiza en la exigencia u obligatoriedad del uso de mascarillas.
- b) La legitimidad o ilegitimidad de las medidas adoptadas en relación con los derechos fundamentales en el contexto del estado de emergencia sanitaria**
24. El que este Colegiado no pueda efectuar una evaluación de la totalidad de medidas restrictivas adoptadas durante el contexto de la emergencia sanitaria, no impide sin embargo dejar en claro que estas últimas, para considerarse como plenamente compatibles con la

Constitución, necesariamente deben sujetarse a determinados estándares cuya inobservancia automáticamente las convertiría en opciones reprochables a la luz del discurso constitucional.

25. En este contexto, una primera línea de razonamiento indicaría que para que las medidas restrictivas de derechos puedan haber sido consideradas como legítimas, necesariamente tendrían que haberse circunscrito al repertorio estricto de derechos susceptibles de ser limitados durante la secuela del estado de emergencia sanitaria. En este sentido, está claro que, por principio, derechos como la libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito o de locomoción, sí podían verse afectados, pues están expresamente contemplados en el texto expreso del artículo 137 de la Constitución y, en efecto, son a su vez mencionados en el Decreto Supremo 044-2020-PCM que declaró el estado de emergencia sanitaria.
26. Lo mismo puede decirse de aquellos otros derechos fundamentales que, sin estar mencionados expresamente en el artículo 137 de la Constitución, sí lo están en cambio en el artículo XII del Título Preliminar de la Ley General de Salud 26842, como sucede con el derecho de propiedad, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, comercio e industria, la libertad de conciencia y de creencia y, en general, todos aquellos atributos y libertades que por razones de política y recomendaciones rigurosamente sanitarias, resulten imprescindibles de ser regulados o relativizados de alguna forma, de conformidad con lo establecido entre los artículos 76 a 87 de la misma citada norma. En este último extremo deberá tomarse en cuenta que, días antes de la declaratoria del estado de emergencia por razones sanitarias, el mismo Poder Ejecutivo ya había declarado la emergencia sanitaria mediante Decreto Supremo 008-2020-SA publicado con fecha 11 de marzo de 2020, lo que suponía la pertinencia de adoptar diversas medidas destinadas a enfrentar dicha situación.
27. El hecho de que pueda limitarse una considerable cantidad de derechos fundamentales, no significa, sin embargo, en línea con lo expresado en el fundamento 15, segundo párrafo, literal c, de la presente sentencia, que los mismos hayan quedado inutilizados por completo. De allí que una segunda línea de elemental razonamiento supone que la única manera de entender como legítima la limitación o restricción de derechos, implica que la afectación de las diversas libertades, atributos y facultades haya sido de modo razonable y proporcionalmente

compatible con la finalidad perseguida por el estado de emergencia, y que no es otra que el pleno restablecimiento de condiciones sanitarias óptimas para la colectividad en su conjunto.

28. Está claro entonces que una interpretación por parte de la autoridad que considere que la limitación de los derechos significaba que no podían ejercerse en absoluto, constituye una opción inconstitucional por manifiestamente arbitraria. Las razones que justifican una relativización de los derechos no solo deben ser plenamente tangibles o visibles, sino que, a su vez, el nivel o intensidad de la afectación debe ir de la mano con la naturaleza de la anomalía que se pretende superar, y esto no se logra derogando o desapareciendo las libertades, sino permitiendo que su ejercicio, bien que prudente, no se vea mermado más allá de lo debido.
29. Una tercera pauta, y que como ya se anticipó es vital a considerar, es que bajo ninguna circunstancia excepcional se justifica minimizar o colocar en entredicho el núcleo básico o conjunto de derechos indisponibles a los que se refiere el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de no retroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos (tutela jurisdiccional y debido proceso).
30. En este último aspecto, particular interés revisten los llamados derechos de naturaleza procesal, pues es por conducto de estos que no solo puede hacerse viable la garantía de los derechos sustantivos, sino también la verificación de que las medidas que puedan adoptarse puedan ser legítimamente fiscalizadas por los órganos jurisdiccionales y, por consiguiente, impedir los excesos o las evidentes arbitrariedades.
- c) **La razonabilidad de la medida constituida por el uso obligatorio de las mascarillas como alternativa de prevención de contagios y defensa de la salud pública**
31. Llegados al presente punto y que es en esencia el central del presente proceso constitucional, conviene preguntarse de inmediato si la cuestionada medida, consistente en el uso obligatorio de mascarillas por parte de toda la población, ha resultado o no una alternativa

compatible con la naturaleza del estado de emergencia sanitaria y el elenco de restricciones de derechos decretados como consecuencia del mismo.

32. En este extremo, y a fin de responder adecuadamente a lo solicitado por los demandantes, resulta imprescindible precisar que, por error o falta de información de estos, se ha estado alegando que la medida cuestionada tendría su origen en lo dispuesto por el Decreto Supremo 184-2020-PCM, de fecha 30 de noviembre de 2020. Esta afirmación, en sentido riguroso, no es cierta, pues la obligatoriedad de la citada medida es de mucho antes y ya se encontraba expresamente prevista en el artículo 3 del Decreto Supremo 057-2020-PCM, publicado con fecha 2 de abril de 2020; en el “Documento Técnico Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de personas afectadas por Covid-19 en el Perú” aprobado por Resolución Ministerial 193-2020/MINSA, del 13 de abril de 2020, en la NTS 160-MINSA/2020 (Norma Técnica de Salud para la adecuación de la organización de los servicios de salud con énfasis en el primer Nivel de Atención de Salud frente a la Pandemia por Covid- 19 en el Perú), aprobada por Resolución Ministerial 306-2020-MINSA, del 20 de mayo de 2020, y que a su vez tenía por base lo dispuesto en los artículos 2 (último párrafo), 5 (acápito 5.1) y 6 (acápito 6.1) del Decreto Supremo 083-2020-PCM, publicado el 10 de mayo de 2020; y en la Resolución Ministerial 135-2020-MINSA, publicada el 30 de marzo de 2020. Posteriormente incluso y antes de la promulgación del Decreto Supremo 184-2020-PCM, el Decreto Supremo 116- 2020-PCM, del 26 de junio de 2020, reiteró el carácter obligatorio del uso de mascarillas, como se aprecia de sus artículos 4, 5 y 6. Todas estas normas, por lo demás, han sido consecuencia tanto de la emergencia sanitaria declarada a nivel nacional mediante el Decreto Supremo 008-2020-SA, publicado con fecha 11 de marzo de 2020, como de la declaratoria del estado de emergencia producida por vez primera mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado con fecha 15 de marzo de 2020.
33. El hecho concreto es que toda la normativa anteriormente reseñada no ha sido consecuencia de una decisión en principio carente de motivación, sino que ha estado plenamente contextualizada en la declaratoria de pandemia mundial anunciada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), tras constatarse la propagación del coronavirus SARS-COV-2 (Covid-19) en más de cien países de manera prácticamente simultánea. Que los recurrentes pretendan relativizar o no

hacer referencia a tales hechos es una situación totalmente respetable, pero de ninguna manera justificación para que los gobiernos de todos los países, incluyendo el peruano, hayan tenido que permanecer inertes frente a un fenómeno sanitario tan notoriamente exponencial.

34. Pero lo que los recurrentes cuestionan en el fondo no es solo la base normativa que establece la obligatoriedad en el uso de mascarillas, sino una presunta inexistencia de argumentos o informes técnicos que respalden la eficacia de su uso como medida para prevenir o, en su caso, amortiguar los efectos del coronavirus SARS-COV-2. Desde su punto de vista la medida adoptada no tendría justificación y antes, por el contrario, sería nociva además de violatoria a diversos derechos fundamentales.
35. Este Colegiado, sin embargo, no comparte lo sostenido por los demandantes. Con independencia de que ningún organismo o entidad especializada en materia de salud ya sea a nivel internacional o interno haya sostenido que el uso de mascarillas garantiza la eficacia total o absoluta en el impedimento de la propagación del coronavirus SARS-COV-2, dados los elevados índices de contagio que desde inicio de la pandemia se produjeron y la multiplicidad de posibilidades en las que pueden generarse situaciones de riesgo sanitario, todos los organismos y entidades responsables en política de salud, progresivamente, han venido coincidiendo cada vez con mayor énfasis, en que la utilización de las mascarillas relativiza o disminuye las posibilidades de expansión del Covid-19. Y ello sí tiene pleno respaldo científico, como lo evidencian diversos documentos y opiniones especializadas.
36. En efecto, si bien en los documentos preliminares denominados **“Prevención y control de infecciones durante la atención sanitaria de casos en los que se sospecha una infección por el nuevo coronavirus (nCov)”**, Orientaciones Provisionales (25 de enero del 2020) (<https://apps.who.int/iris/bistream/handle/10665/9789240001114-spa.pdf>); **“Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en el contexto de la Covid-19”**, Orientaciones Provinciales (06 de abril del 2020) ([who.int/iris/bistream/handle/10665/331789/WHO-2019-nCoV-IP_C_Masks-2020.3-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bistream/handle/10665/331789/WHO-2019-nCoV-IP_C_Masks-2020.3-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)) y **“Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en el contexto de la Covid-19”**, Orientaciones Provisionales (05 de junio del 2020) (<https://>

apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332657/WHO-2019-nCov-IPC_Masks-2020.4spa.pdf?sequence=1&isAllowed=

y), respectivamente, la Organización Mundial de la Salud, en su condición de ente rector máximo en materia de salud, se mostraba relativamente cauta respecto de la necesidad de recomendar un uso generalizado o de tipo comunitario de las mascarillas más allá de lo pertinente para el personal propiamente sanitario, no dejaba de reconocer que el uso de estas constituía una indiscutible medida profiláctica a fin de limitar la propagación de enfermedades respiratorias víricas, siempre que se adoptaran otras medidas adicionales.

37. La posición descrita, no obstante, cambiaría decididamente en las siguientes actualizaciones de los informes y recomendaciones del mismo organismo internacional, tal y como se puede visualizar del documento **“Uso de mascarillas en el contexto de la Covid-19”**, Orientaciones Provisionales (01 de diciembre del 2020) (https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/337833/WHO-2019-nCov-IPC_Masks-2020.5spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y), en las que la OMS ya no solo alienta el uso de mascarillas por parte del personal sanitario, sino de la comunidad en su conjunto, como método de prevención a fin de evitar la propagación del coronavirus.
38. En el citado documento, que también se acompaña a los autos (fojas 135 y ss.), se sostiene expresamente que:
 - La Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda el uso de mascarillas como parte de un conjunto amplio de medidas de prevención y control dirigidas a limitar la propagación del SARS-CoV- 2, el virus que causa el Covid-19. Una mascarilla, aun cuando se la utilice correctamente, no basta para proporcionar una protección adecuada o controlar la fuente de contagio. Otras medidas de prevención y control de la infección incluyen higiene de manos, distanciamiento físico mínimo de 1 metro, precaución de no tocarse la cara, buenos hábitos al toser y estornudar, ventilación apropiada de los ambientes interiores, pruebas, rastreo de contactos, cuarentena y aislamiento. En su conjunto, estas medidas son cruciales para prevenir la transmisión del SARS-CoV-2 de persona a persona.
 - Las mascarillas se pueden utilizar para proteger a personas sanas o evitar la transmisión ulterior del virus (control del origen), según el tipo de mascarilla que se utilice.

- La OMS sigue recomendando que toda persona sospechosa de estar infectada con el virus Covid-19 o con diagnóstico confirmado, o que esté esperando los resultados de las pruebas de laboratorio, utilice una mascarilla médica cuando esté en presencia de otras personas (esto no se aplica a quienes esperan los resultados de una prueba antes de un viaje).
 - En cuanto a las mascarillas, cualquiera sea su tipo, es esencial que se utilicen, almacenen, limpien o eliminen de manera apropiada, a fin de asegurar la máxima eficacia posible y evitar un aumento del riesgo de transmisión.
39. A nivel interno es importante precisar que las autoridades sanitarias peruanas, desde fecha temprana, han enfatizado en la necesidad de adoptar diversas medidas tendientes a mitigar los efectos del contagio generado por el coronavirus. Prueba de ello es el Informe 063-2020-DA-DGIESP/MINSA, del 27 de junio de 2020, sobre Recomendaciones para el uso obligatorio de mascarillas post cuarentena (fojas 112 y ss. de los autos), documento que al igual que la normativa citada en el fundamento 28 de la presente sentencia, han sido indispensables para hacer frente a la rápida y cada vez más evidente propagación de la enfermedad, lo que por otra parte exige tomar en cuenta la naturaleza atípica y urgente en la que se encontró el Estado peruano. No hacer nada o proceder de modo dilatado hubiese significado un resultado mucho más gravoso del que ya de por sí se tuvo que experimentar, dado el exponencial número de personas infectadas y decesos producidos.
40. Aunque este Colegiado, y como ya ha sido mencionado, no pretende hacer suya una tesis que valide una eficacia absoluta en la medida cuestionada por los recurrentes, tampoco puede desconocer la pertinencia de su utilidad, con independencia de sus alcances inevitablemente relativos si es que no viene acompañada de otras medidas igual de necesarias o indispensables como métodos de prevención. La misma OMS así lo ha enfatizado en los diversos documentos hasta la fecha emitidos y a los que anteriormente se ha hecho referencia.
41. Lo que no resulta aceptable y es más bien bastante polémico es que los recurrentes pretendan invalidar lo sostenido por organismos y entidades especializadas en materia sanitaria, so pretexto de opiniones individuales por más respetables que estas resulten. Los derechos fundamentales, como la salud y la propia vida, imponen políticas

sanitarias organizadas cuando se ciernen sobre ellos graves amenazas, como las que sin discusión alguna ha planteado la presencia de la Covid-19. Tampoco ni mucho menos puede alegarse la primacía de derechos como el libre desarrollo de la personalidad en diversas de sus variantes, pues siendo todas ellas importantes y esenciales, no significan ni pueden entenderse como absolutas, sino en el contexto de situaciones que, como en el caso presente, exigen un sensato y ponderado equilibrio frente al resto de derechos.

42. En las circunstancias descritas, este Tribunal interpreta que la medida consistente en haber establecido el uso obligatorio de mascarillas por parte de toda la colectividad como consecuencia del estado de emergencia sanitaria, no aparece como reprochable a la luz del repertorio de opciones de política sanitaria y priorización de la salud pública, teniendo, por ende, plena validez o legitimidad constitucional. Entender las cosas de modo contrario hubiese significado colocar a la colectividad en su conjunto en una situación de notoria incertidumbre y latente inseguridad.

43. Naturalmente no está demás advertir que, al asumirse esta posición, tampoco se está diciendo que una medida como la objetada mediante el presente proceso tenga que ser permanente o indeterminada en el tiempo. En la medida en que las razones que condujeron a su adopción se han sustentado en una situación excepcional y esta última es por definición temporal o transitoria, y también si las condiciones de la pandemia van cambiando, se irá relativizando el carácter obligatorio del uso de mascarillas. Esto último, por lo demás, ya se ha ido produciendo, como se ha dado cuenta en los fundamentos 4 y 5 de la presente sentencia.

d) La pertinencia de reconocer un derecho fundamental autónomo o de enfatizar en el reconocimiento de nuevos contenidos respecto de derechos que ya existen

44. Los recurrentes han solicitado finalmente y en el contexto de su reclamo, la necesidad de que este Supremo Intérprete de la Constitución declare que es un derecho humano o de toda persona, el respirar.

45. Aunque la solicitud que realizan la formulan bajo el presupuesto de que la medida que cuestionan (uso obligatorio de mascarillas) atentaría contra varios de sus derechos fundamentales y, en particular, contra su respiración, conviene reiterar que sus afirmaciones en este

extremo parten de un supuesto no acreditado, y están basadas en conjeturas o presunciones carentes de base rigurosamente científica.

46. Por consiguiente, al no acreditarse la vulneración de los derechos fundamentales objeto de reclamo, la presente demanda debe ser desestimada.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo interpuesta.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA

PACHECO ZERGA

FERRERO COSTA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, a fin de apartarme del fundamento 26 de la ponencia, pues encuentro una contradicción entre éste y los fundamentos 14 y 29 de la misma.

En efecto, en su fundamento 26, la ponencia indica que la libertad de conciencia y de religión puede ser limitada o relativizada durante el estado de emergencia sanitaria decretado conforme al artículo 137 de la Constitución, para lo cual se apoya en el artículo XII del Título Preliminar de la Ley 26842, Ley General de Salud (LGS). Sin embargo, este artículo de la LGS no tiene relación con la suspensión de derechos en estados de emergencia a la que se refiere el citado precepto constitucional, sino que se ocupa de recordar que el ejercicio de los derechos tiene como límite, en general, la protección de la salud pública.

Empero, la ponencia dice también, con acierto, que la libertad de conciencia y de religión es uno de los derechos fundamentales cuya suspensión, en cualquier circunstancia, se encuentra prohibida por el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cfr. fundamentos 14 y 29).

Discrepo, por tanto, con el referido fundamento 26, pues la libertad de conciencia y de religión forma parte —en palabras de la propia ponencia— del “núcleo básico o conjunto de derechos indisponibles” (fundamento 29) reconocido en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que no puede ser suspendida bajo ningún régimen de excepción.

S.

PACHECO ZERGA



Pleno. Sentencia 336/2022

EXP. N° 02027-2021-PA/TC

LIMA

ERIC ALONSO NIETO CACCHA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 9 de agosto de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse (con fundamento de voto), Domínguez Haro (con fundamento de voto), Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich (con fundamento de voto) han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena:
 - Dejar sin efecto tanto la Resolución Directoral 004192-2019-DI-RREHUM- PNP, de fecha 11 de abril de 2019, como la Constancia N° 145, de fecha 5 de setiembre de 2018. Por tanto, dispone el reingreso de don Eric Alonso Nieto Caccha a la situación de actividad como suboficial de tercera de la Policía Nacional del Perú.
 - Que la Dirección General de la Policía Nacional del Perú revise y adecue, conforme a lo expuesto en la presente sentencia, la normatividad y procedimientos que regulan el uso de tatuajes por el personal policial desde el proceso de admisión, reingreso, reincorporación y permanencia en la institución.
 - Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional, se pague los costos procesales.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pago de las remuneraciones devengadas, dejándose a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en la vía correspondiente.

Por su parte, con fecha posterior la magistrada Pacheco Zerga comunicó que emite un voto singular al apartarse del fundamento 38 de la sentencia, así como del segundo punto de la parte resolutive, en cuanto no ordena el pago de las remuneraciones devengadas, pero reconoce el derecho del demandante a exigirla en la “vía correspondiente”.

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.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de agosto de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Ochoa Cardich, y el voto singular de la magistrada Pacheco Zerga, que se agregan.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eric Alonso Nieto Caccha contra la resolución de fojas 146, de fecha 15 de abril de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima que, revocando y reformando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 24 de mayo de 2019 (f. 40), el recurrente interpone demanda de amparo contra la Dirección General de la Policía Nacional del Perú (PNP). Solicita que se declare inaplicable la Resolución Directoral 004192-2019-DIRREHUM-PNP, de fecha 11 de abril de 2019 (f. 7), y que, en consecuencia, se ordene su reingreso a la situación de actividad, como suboficial de tercera PNP, con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde el 5 de setiembre de 2018, fecha en que fue declarado inapto. Como pretensión subordinada, el actor solicita que se ordene a la PNP, a través de la Dirección de Recursos Humanos, que declare inaplicable la Constancia N° 145, de fecha 5 de setiembre de 2018 (f. 5), emitida por la jefatura de la Unidad de Evaluación Médica de la PNP, en la que se le declara inapto por tener un tatuaje, y que, en consecuencia, cesen los actos de discriminación y que sea declarado apto. También solicita el pago de los intereses y los costos del proceso.

Manifiesta que mediante la Resolución Directoral 014954-2017-DIRREHUM-PNP, de fecha 27 de diciembre de 2017 (f. 3), fue pasado a la situación de disponibilidad por el plazo de 6 meses, por la causal de

medida disciplinaria al estar incurso en insuficiencia disciplinaria, y que dicha sanción se cumplió el 11 de julio de 2018. Refiere que, sin embargo, en el procedimiento para retornar a la situación de actividad, reglado por el artículo 81 del Decreto Legislativo 1149, Ley de la carrera y situación del personal de la Policía Nacional del Perú, fue declarado inapto en el examen psicosomático por tener un tatuaje en el hombro derecho, el cual lo tiene desde el año 2014. Agrega que su institución nunca le cursó comunicado alguno respecto a dicha supuesta falta, ni fue materia del expediente administrativo por medida disciplinaria, y que asume que su tatuaje es el único motivo de su declaración de inapto, pues, en la referida Constancia N° 145, la jefatura de la Unidad de Evaluación Médica de la PNP solo consignó como resultado “INAPTO - ECTOSCOPICO = TATUAJE BRAZO 24 x 19”. Aduce que su tatuaje no está contemplado dentro de las causas de eliminación del proceso de retorno a la situación de actividad previstas en el artículo 82 del Reglamento del Decreto Legislativo 1149, aprobado por el Decreto Supremo 016-2013-IN.

Afirma que la sanción impuesta de 6 meses continúa, pues sigue en la situación de disponibilidad y se le atribuye otra falta (tener un tatuaje), la cual no estuvo contemplada en el expediente administrativo por medida disciplinaria. Acota que en una evaluación psicosomática se califica el trastorno psicológico que genera un efecto físico, que provoca alguna consecuencia en el organismo, y que un tatuaje en el hombro no puede ser considerado como una afectación directa en el orden mental.

Finalmente, sostiene que la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B, que regula el uso de tatuajes por el personal de la PNP, y en la cual se sustentó su declaración de inapto, carece de sentido jurídico, pues establece que están prohibidos los tatuajes mayores a 3 centímetros, no importa en qué lugar del cuerpo se encuentren y, si son visibles, todos son prohibidos, sin tomar en cuenta el tamaño; por lo que, con el pretexto de garantizar la protección de la imagen institucional, está sufriendo un trato discriminatorio, pues un tatuaje en el hombro, que puede ser cubierto por una camisa o polo, no podría afectar, dañar o poner en peligro el accionar del personal de la PNP o de la imagen institucional, como tampoco lo haría el corte de pelo o de barba. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso, a la no discriminación en el trabajo, al libre desarrollo de la persona humana y a la dignidad.

El Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 1, de fecha 4 de julio de 2019 (f. 64), admitió a trámite la demanda de amparo.

Con escrito de fecha 31 de julio de 2019 (f. 69), la procuradora pública a cargo del Sector Interior propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda. Manifiesta que la Resolución Directoral 004192-2019-DIRRHUM-PNP no ha lesionado los derechos constitucionales alegados por el actor, pues esta no ha incurrido en el quebrantamiento de la norma que regula el uso de tatuajes por el personal de la PNP, establecida por la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJE-PER-B, que aprueba las “Normas y procedimientos que regulan el uso de tatuajes por el personal de la Policía Nacional del Perú, desde el Proceso de Admisión, Reingreso, Reincorporación y Permanencia en la Institución”.

Mediante Resolución 3, de fecha 29 de noviembre de 2019 (f. 94), el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima declaró infundada la excepción propuesta y fundada la demanda, por considerar que en la Resolución Directoral 004192-2019-DIRRHUM-PNP se tuvo que señalar de forma específica que el tener un tatuaje afectaba gravemente la imagen institucional de la PNP y que ello era causal para declarar al accionante como servidor inapto en el aspecto psicosomático, pero no ocurrió así, por lo que declaró la nulidad de dicha resolución y de la Constancia N° 145, de fecha 5 de setiembre de 2018, emitida por la jefatura de la Unidad de Evaluación Médica de la PNP, y ordenó que se declare apto al actor en la evaluación psicosomática con la finalidad de que continúe el procedimiento de reingreso a la situación de actividad.

La Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la Resolución 8, de fecha 15 de abril de 2021, revocó y reformó la apelada, y declaró improcedente la demanda, en aplicación del artículo 5.2 del derogado Código Procesal Constitucional, por considerar que lo pretendido por el actor puede ser resuelto de manera idónea en otra vía, como lo es la del proceso contencioso administrativo.

III. FUNDAMENTOS

§. Delimitación del petitorio y determinación del asunto controvertido

1. Del contenido y análisis de la demanda de amparo, este Tribunal Constitucional advierte que el petitorio está orientado a que se declare inaplicable la Resolución Directoral 004192-2019-DIRRHUM-PNP, de fecha 11 de abril de 2019, mediante la cual se desestimó la solicitud de reingreso a la situación de actividad presentada por el recurrente, toda vez que sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación en el trabajo y al debido proceso habrían resultado afectados con su expedición. Asimismo, como pretensión

subordinada, se busca la inaplicación de la Constancia N° 145, de fecha 5 de setiembre de 2018, emitida por la jefatura de la Unidad de Evaluación Médica de la PNP, en la que se le declara inapto al recurrente por tener un tatuaje en el brazo.

2. En efecto, de autos se verifica que con fecha 17 de mayo de 2019, don Eric Alonso Nieto Caccha fue notificado de la Resolución Directoral 004192-2019-DIRREHUM- PNP (f. 6). Al respecto, el Tribunal Constitucional advierte que la Dirección de Recursos Humanos de la PNP al momento de fundamentar su decisión solo invocó el incumplimiento del supuesto legal contemplado en el numeral 2) del artículo 81 del Decreto Legislativo 1149 [Para retornar a la situación de actividad por cualquiera de las causales expuestas en el presente capítulo, se requieren: (...) 2) Estar psicósomáticamente apto para el servicio policial, acreditado por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional del Perú], toda vez que luego de pasar la evaluación psicósomática correspondiente, la Jefatura de la Unidad de Evaluación Médica de la PNP concluyó que el recurrente estaba inapto por tener un tatuaje en el brazo derecho, conforme está registrado en la Constancia N° 145 que obra en autos. Sin embargo, este Tribunal considera que dicha razón indudablemente merecía una justificación explicitada, no solo porque constituye una exigencia del Estado constitucional que todas las autoridades expresen las razones que sustentan sus decisiones; sino porque, además, en el presente caso, de acuerdo con la normatividad reglamentaria de la materia, esto es, el Decreto Supremo 0009-2016-DE, que aprueba el Reglamento General para determinar la Aptitud Psicósomática para la permanencia en situación de actividad del Personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, dentro de las causas de inaptitud psicósomática recogidas en su artículo 24 no se encuentra prevista la piel tatuada.
3. En tal sentido, la controversia en el presente caso tiene que ver con la razón (uso de tatuaje) que sustentó la declaratoria de inaptitud psicósomática del recurrente, y si esta es constitucional, o no. Como se sabe, en más de una ocasión, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en torno a diferentes medidas provenientes de las Fuerzas Armadas y Policiales que resultaron lesivas de derechos fundamentales, tales como a no ser objeto de discriminación por razón de sexo, a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros (cfr. sentencias recaídas en los Expedientes 02868-2004-AA/TC, 05527-2008-PHC/TC, 01151-2010-PA/TC, 01423-2013-PA/TC). En el caso

de autos, el acto que se denuncia como inconstitucional también proviene de la autoridad policial y esencialmente resultaría lesivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad del recurrente, además, abona a la justificación y pertinencia de que la jurisdicción constitucional emita un pronunciamiento sobre la controversia, el supuesto de prohibición de usar tatuajes por parte del personal de la PNP, cuyo análisis se le propone por primera vez a este Tribunal Constitucional.

§. Cuestiones procesales previas

Sobre la procedencia del amparo

4. Ahora bien, esta causa también exige evaluar si la pretensión planteada debe ser dilucidada o no en una vía diferente a la constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional, regla procedimental contemplada en los mismos términos por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional vigente al momento de la interposición del amparo.
5. En la sentencia recaída 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 una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” como 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.
6. En el caso de autos, conforme ha sido expuesto en los antecedentes, como consecuencia de haberle sido denegada al demandante su solicitud de reingreso a la situación de actividad en la condición de suboficial de tercera PNP mediante la resolución directoral que se cuestiona; la situación de disponibilidad en la que se encontraba desde enero de 2018, así como las consecuencias laborales que dicha condición generaban, se mantenían vigentes. En tal sentido, este hecho bien podría ser interpretado como uno de naturaleza laboral y, dado que el demandante es un servidor público sujeto a una carrera pública especial, desde una perspectiva objetiva, el proceso contencioso-administrativo laboral se presentaría como la vía idónea en donde ventilar su causa. Sin embargo, atendiendo a que en esta causa la controversia

gira en torno a la dilucidación de si la razón (uso de tatuaje) que sustentó la declaratoria de inaptitud psicosomática del recurrente y en la que se basó la denegatoria de su solicitud de reingreso al servicio activo, resulta constitucional o no; queda claro que la vía del amparo se presenta como la vía idónea para lograr dicho cometido.

7. De otro lado, desde una perspectiva subjetiva, tomando en consideración el tiempo –un año y cuatro meses– que el recurrente se encontraba en situación de disponibilidad al momento de presentar su demanda de amparo, y también lo dispuesto por el artículo 90 del Decreto Legislativo 1149 [El personal de la Policía Nacional del Perú que permanece dos (2) años consecutivos en la situación de disponibilidad, pasará a la situación de retiro; exceptuándose a aquellos que hayan solicitado su reingreso antes del vencimiento de dicho término], resulta justificada la habilitación de la vía constitucional a fin de evitar el riesgo de irreparabilidad del daño que podría producirse por transitar una vía procesal que no sea la idónea para tutelar sus derechos fundamentales.

Sobre la excepción de agotamiento de la vía previa

8. De conformidad con el artículo 43 del Nuevo Código Procesal Constitucional –regla contemplada en similar sentido en los artículos 45 y 46 del anterior Código–, el amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas. No obstante, en la misma disposición legal se establecen excepciones a dicha exigencia. En tal sentido, y a propósito del presente caso, cabe recordar que no será necesario agotar la vía previa cuando “2) [...] la agresión pudiera convertirse en irreparable”.
9. Mediante Resolución Directoral 014954-2017-DIRREHUM-PNP, de fecha 27 de diciembre de 2017, se dispuso que don Eric Alonso Nieto Caccha pase de la situación de actividad a la situación de disponibilidad por el plazo de 6 meses, por la causal de medida disciplinaria. Siendo así, en el mes de junio de 2018 el recurrente presentó su solicitud de reingreso a la situación de actividad, la misma que le fue denegada mediante la cuestionada Resolución Directoral 004192-2019-DIRREHUM-PNP, de fecha 11 de abril de 2019. Como ya se advirtió *supra*, la consecuencia de esta decisión fue la conservación de la situación de disponibilidad del recurrente, que para la fecha en que se le notificó la objetada resolución directoral (mayo de 2019), superaba el año y cuatro meses. Por ello y atendiendo a lo dispuesto en el citado artículo 90 del Decreto Legislativo 1149, el demandante se encontraba

exceptuado de agotar la vía previa antes de acudir al amparo a fin de evitar el riesgo de irreparabilidad del daño.

Sobre la medida cautelar dictada por el juez que conoció el amparo en primera instancia

10. Tal como refiere el demandante a través de los escritos presentados por su defensa, así como advierte el Tribunal Constitucional del sistema de Consulta de Expedientes Judiciales, mediante Resolución 1, de fecha 19 de diciembre de 2019, el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima le concedió la medida cautelar que solicitó, y dispuso, entre otros mandatos, su reingreso a la situación de actividad y en su condición de servidor policial con el grado de suboficial de tercera PNP. Por tanto, el recurrente viene desempeñándose en el servicio policial desde el mes de diciembre del año 2020.

§. Análisis del caso

11. El demandante refiere que en el procedimiento para retornar a la situación de actividad fue declarado inapto en el examen psicosomático por tener un tatuaje en el hombro derecho. Al respecto, alega que el uso de tatuajes no está contemplado dentro de las causales de eliminación del proceso de retorno a la situación de actividad establecidas en el artículo 82 del Reglamento del Decreto Legislativo 1149, aprobado por el Decreto Supremo 016-2013-IN. Considera, por ello, que su desaprobación en la evaluación psicosomática se basó exclusivamente en la aplicación de la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B, que regula el uso de tatuajes por el personal de la PNP, la que carece de sentido jurídico, pues establece que están prohibidos los tatuajes mayores a 3 centímetros, no importa en qué lugar del cuerpo se encuentren y, si son visibles, todos son prohibidos, sin tomar en cuenta el tamaño; y que con el pretexto de garantizar la protección de la imagen institucional de la Policía, se vulnera los derechos fundamentales del personal policial.
12. Por su parte, la emplazada considera que la cuestionada Resolución Directoral 004192- 2019-DIRRHUM-PNP no ha lesionado los derechos constitucionales del recurrente, pues al ser expedida no se ha incurrido en el quebrantamiento de la norma que regula el uso de tatuajes por el personal de la PNP establecida por la Directiva 01-23-2015- DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B.
13. Al respecto, este Tribunal ha dejado establecido que en el presente caso la controversia gira en torno a la dilucidación de si la razón (uso

de tatuaje) que sustentó la declaratoria de inaptitud psicosomática del recurrente y en la que se basó la denegatoria de su solicitud de ingreso al servicio policial activo, es constitucional, o no. Sobre esto se emitirá pronunciamiento a continuación.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y su reconocimiento en la Constitución peruana

14. Para el Tribunal Constitucional, el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, cuando refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”. Si bien es cierto en esta disposición constitucional 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.
15. Como bien se afirmó en el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente 02868-2004-PA/TC, “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”.
16. Asimismo, esa autonomía en la que se funda el libre desarrollo de la personalidad propicia la construcción de la identidad personal y, por tanto, de la autodefinición como seres individuales. Por ello, en el propósito de responder a la pregunta ¿quiénes somos o cómo manifestamos nuestros sentimientos? los seres humanos encuentran una diversidad de formas expresivas basadas en la libre determinación y que, sin duda, también se manifiestan con la imagen y apariencia que desean proyectar, apoyadas en un estilo particular, como integrantes de una sociedad plural y tolerante, lo que incluye a los tatuajes. En

virtud de la autonomía queda garantizado entonces el respeto por el ámbito de libre elección personal. Así, los seres humanos pueden decidir libremente sobre asuntos moralmente relevantes y que trascienden en su vida, pero también sobre aspectos de apariencia que se convierten en un sello de identidad personal.

17. Ahora bien, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad 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 de que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales (Expediente 00032- 2010-PI/TC, fundamento 23).
18. En suma, el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad alcanza a la facultad individual para elegir y decidir libremente, de acuerdo con las creencias y opiniones personales, sobre el modelo y modo de vida a seguir, sin interferencias ni restricciones injustificadas por parte de la autoridad.

El uso de tatuajes como expresión de la personalidad, servicio policial y Constitución

19. No obstante que en la resolución directoral mediante la cual se desestimó la solicitud de reingreso a la situación de actividad presentada por el recurrente no se explicitó la razón que justificó su condición de inaptitud, tomando en cuenta la certificación médica contenida en la Constancia N° 145 emitida por la jefatura de la Unidad de Evaluación Médica de la PNP, es posible inferir, como lo hizo correctamente el demandante, que ello se debió al uso de un tatuaje en el hombro derecho. Al respecto, el demandante advierte que dicha decisión se basó en la Directiva 01-23-2015-DIRGEN- PNP/DIREJEPER-B, que regula el uso de tatuajes por el personal de la PNP, la misma que, según considera, carece de sentido jurídico.
20. De acuerdo con en el apartado II de la Directiva 01-23-2015-DIRGEN- PNP/DIREJEPER-B, que establece “Normas y procedimientos que regulan el uso de tatuajes por el personal de la Policía Nacional del Perú desde el proceso de admisión, reingreso, reincorporación y

permanencia en la institución”, aprobada mediante Resolución Directoral 807-2015-DIRGEN/EMG-PNP, de fecha 17 de octubre de 2015, la principal finalidad que persigue es:

A. Garantizar la protección de los bienes jurídicos: ética, disciplina, servicio policial e Imagen Institucional, mediante la regulación del uso de tatuajes por el personal de la Policía Nacional del Perú. [...].

21. Y en virtud de dicha finalidad, en el apartado V.B de la directiva se establece el siguiente mandato de prohibición:

B. De la admisión, reingreso o reincorporación a la Policía Nacional del Perú

[...]

4. No está permitido el uso de tatuajes que tengan las características señaladas en el punto “VI.B” de la presente Directiva y será causal de eliminación del proceso, al personal siguiente:

a. Postulantes a la Escuela de Oficiales y Escuelas de Educación Superior Técnico Profesional de la Policía Nacional del Perú.

b. Postulantes a los procesos de asimilación para Oficiales y Suboficiales de Servicios de la Policía Nacional del Perú.

c. Personal policial que solicita su reingreso o reincorporación a la Policía Nacional del Perú por las causales previstas en la ley.

5. Establecer como excepción, los tatuajes menores o iguales a TRES (03) centímetros y que no tengan las características señaladas en el punto “VI.B” de la presente Directiva.

22. En tanto que en el apartado VI.B de la directiva se precisa el tipo de tatuajes cuyo uso está prohibido para el personal policial:

1. Mayores de TRES (03) centímetros, sin importar su ubicación, característica o simbolización.

2. Que registren tatuajes múltiples (más de un tatuaje) sin importar su tamaño.

3. Que resulte visible con el uso del uniforme de verano, uniforme de deporte o prenda de uso exclusivo como el de las Unidades de Salvataje.
 4. Que contengan rasgos que los hagan excesivamente reconocibles por razones del servicio y/o autoprotección.
 5. Que contengan rasgos de carácter político, partidario, subversivo u otros análogos.
 6. Que representen rasgos de ser ofensivos, obscenos, xenofóbicos, violentos, homofóbicos, satánicos, discriminatorios o que contengan símbolos de grupos antisociales (pandillas, extorsionadores, mafias: yakuza, maras salvatrucha y otros), así como de organizaciones criminales, extremistas, grupos revolucionarios, subversivos u otros análogos.
 7. Otros tatuajes que deshonren el uniforme y/o la imagen de la Policía Nacional del Perú. (Subrayado agregado).
23. El artículo 166 de la Constitución establece que la Policía Nacional garantiza, mantiene y restablece el orden interno; presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado; previene, investiga y combate la delincuencia; y vigila y controla las fronteras. Estas funciones, esencialmente preventiva y de investigación del delito bajo la dirección de los órganos competentes, que le han sido directamente asignadas a la PNP por la Constitución, definen nuestro modelo de Policía en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho.
24. Para lograr el cumplimiento de dichas funciones constitucionales, queda claro que la Policía requiere contar con un personal de conducta intachable y honorable en los actos propios de la función que desempeña; más aún, cuando se encuentra en servicio. Pero, a su vez, requiere que el accionar de su personal se desenvuelva en estricta sujeción, garantía y respeto a los derechos fundamentales, toda vez que a la Policía Nacional, como entidad del Estado, también le asiste el deber constitucional recogido en el artículo 44, de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (cfr. sentencias recaídas en los Expedientes 01821-2004-AA/TC y 00022-2004-AI/TC).
25. Ahora bien, esta obligación constitucional no solo es exigible al personal policial cuando ejerce la función propia del servicio, sino que también se extiende a las labores de dirección y organización realizadas

por las autoridades policiales con el objeto de asegurar el eficaz y correcto funcionamiento institucional de la Policía Nacional. En efecto, las distintas medidas que la autoridad policial adopte, en particular, aquellas referidas a la organización, desempeño funcional y comportamiento del personal policial, no pueden ser contrarias a los principios, valores y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

26. De ello se colige, entonces, que la actividad normativa realizada por la Policía Nacional en el marco de sus competencias directivas y de organización, está vinculada con el principio jerárquico de supremacía constitucional (artículo 51), así como con el deber de respetar y hacer cumplir la Constitución (artículo 38).
27. El Tribunal Constitucional observa que si bien la finalidad perseguida por la cuestionada Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B, esto es, “garantizar la protección de los bienes jurídicos: ética, disciplina, servicio policial e Imagen Institucional”, podría ser considerada legítima; sin embargo, las distintas disposiciones normativas establecidas en la directiva para alcanzar presuntamente dicha finalidad resultan contrarias a la Constitución, tal como se expondrá a continuación.
28. Así, partiendo de premisas que carecen de un debido sustento científico, como son las supuestas complicaciones médicas relacionadas con el uso de tatuajes (contraer enfermedades como el VIH, sífilis, hepatitis B y C, entre otras; así como enfermedades no infecciosas: lesiones malignas, dermatosis latentes en el sitio del tatuaje, entre otras; cfr. apartado V.A.2) y la supuesta relación del uso de tatuajes con trastornos mentales y/o de la personalidad (cfr. apartado V.A.3); en la directiva se prohíbe expresamente el uso de tatuajes: (i) a los postulantes a la escuela de oficiales y escuelas de Educación Superior Técnico Profesional de la PNP, (ii) a los postulantes a los procesos de asimilación para Oficiales y Suboficiales de Servicios de la PNP, y, (iii) al personal policial que solicita su reingreso o reincorporación a la PNP, a no ser de que se trate de un tatuaje menor o igual a 3 centímetros (cfr. apartado VI.B)
29. Entiende el Tribunal que dicha prohibición estaría justificada en el presunto deber institucional de preservar la “correcta presentación del personal policial”, toda vez que esta contribuiría a forjar y conservar la buena imagen de la Policía. Sin embargo, recuerda el Tribunal Constitucional que la imagen institucional de la Policía Nacional o de cualquier otra institución pública, no se construye únicamente

sobre la base de la apariencia personal de los servidores, sino sobre todo en el desempeño ético y constitucional de estos, así como por la eficiencia en la prestación de los servicios que como institución ofrece a la sociedad. De ahí que una medida como la de prohibición de usar tatuajes por sí misma no contribuye a preservar la correcta imagen institucional de nuestra Policía y, por el contrario, resulta lesiva de valores y derechos constitucionales.

30. Tal como se ha señalado *supra*, con el reconocimiento constitucional de la autonomía queda garantizado el respeto por el ámbito de libre elección personal que alcanza a las decisiones sobre asuntos moralmente relevantes y que trascienden en la vida, así como también a aspectos de la apariencia que se convierten en un sello de identidad personal. Usar tatuajes es una expresión de la personalidad del ser humano, así como lo es pintarse el pelo, llevar barba, usar aretes, realizarse cirugías estéticas, entre otros. Cada persona es libre para disponer de su cuerpo y vivirlo conforme a su moral particular. Por tanto, imponer la prohibición de usar tatuajes para que una persona pueda ser aceptada en un determinado ámbito social o laboral sin ninguna justificación razonable como lo hace la cuestionada directiva, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
31. No obstante, este Tribunal se ve en la necesidad de volver a recordar su doctrina general en torno a las intervenciones, injerencias o límites de los derechos fundamentales. Con sustento en ella, es oportuno recordar que los derechos fundamentales no son absolutos.

Estos están sujetos a límites o intervenciones en su ámbito *prima facie* protegido, y ello es consecuencia de que el reconocimiento de un derecho fundamental no se formula de manera aislada en favor de una única persona, sino en un marco más general, como es el reconocimiento de diversos derechos fundamentales y otros principios o bienes constitucionalmente protegidos. Estos límites en algunos casos tienen la condición de inmanentes, cuando así se derivan del propio contenido del derecho, o pueden ser externos, cuando es el legislador quien los establece, en aras de armonizar ese derecho con el reconocimiento de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos (cfr. sentencia emitida en el Expediente 03378-2019-PA/TC, fundamento 27).

32. En cualquier caso, no es la identificación de un límite o la intervención sobre el ámbito *prima facie* protegido por un derecho fundamental lo que puede calificarse como sinónimo de violación del derecho.

Desde sus primeras sentencias, este Tribunal Constitucional ha sostenido que solo las intervenciones que carecen de justificación pueden ser consideradas como violatorias de los derechos fundamentales. Por lo tanto, el problema no es que se observe una intervención en el programa normativo del derecho, sino que esa intervención carezca de justificación. Y de esta apreciación general no escapa el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se invoca en el presente caso.

33. Por lo tanto, la decisión de usar tatuajes como expresión de la personalidad, tratándose de servidores policiales, podría verse limitada si la intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad se produce con el objeto de preservar otros valores fundamentales que nuestra Constitución también protege. Así, por ejemplo, un servidor policial estaría impedido de portar un tatuaje que represente el símbolo con el cual se identifica una organización criminal, grupos subversivos u otros análogos; o que contenga expresiones o imágenes contrarias a los valores patrios, o que proyecten agresividad a los ciudadanos. En estos supuestos, la intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad se tornaría razonable y justificada. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la prohibición se justifica de manera exclusiva en elementos cuantitativos, de medición o de visibilidad, como se hace en el apartado VI.B de la directiva bajo análisis.
34. Ahora bien, como ya se afirmó en más de una ocasión, en el caso de autos el recurrente don Eric Alonso Nieto Caccha fue desaprobado en el examen psicosomático por tener un tatuaje en el hombro derecho, el mismo que procedió a retirárselo conforme acredita con la constancia médica respectiva (f. 28, 29) y vistas fotográficas ofrecidas (f. 218, 219). Sin embargo, este Tribunal Constitucional advierte que la norma reglamentaria de la materia no establece el supuesto del uso de tatuaje como causal de inaptitud psicosomática.
35. En efecto, el Decreto Supremo 0009-2016-DE, que aprueba el Reglamento General para determinar la Aptitud Psicosomática para la permanencia en Situación de Actividad del Personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, establece en su artículo 24 las distintas causas de inaptitud psicosomática; en la sección correspondiente a supuestos dermatológicos no ha considerado a los tatuajes:

11. Enfermedades de la Piel y del Tejido Celular Subcutáneo

- a. Cicatriz o Cicatrices que condicionen severa deficiencia funcional o marcada desfiguración facial no susceptible de recuperación o rehabilitación.
 - b. Nevus congénito gigante mayor de 20 centímetros en cuerpo y mayor de 5 centímetros en cara.
 - c. Fotodermatosis Crónica severa.
 - d. Xeroderma Pigmentoso.
36. Queda demostrado, entonces, que la decisión de la autoridad policial sobre la denegatoria de la solicitud de reingreso al servicio policial activo presentada por el recurrente, se basó en la aplicación de la Directiva 01-23-2015-DIRGEN- PNP/DIREJEPER-B, a pesar de su carácter inconstitucional, tal como ha sido expuesto precedentemente.

Efectos de la presente sentencia

37. El Tribunal Constitucional considera que en el presente caso, atendiendo a la vulneración producida en los derechos del recurrente al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación en el trabajo y al debido proceso, debe declararse sin efecto la Resolución Directoral 004192-2019-DIRREHUM-PNP, de fecha 11 de abril de 2019, que si bien no explicita las razones en las que sustenta la decisión en ella contenida, ha sido posible contrastar que su justificación se basó en la aplicación de la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B; por tanto, debe disponerse el reingreso del recurrente a la situación de actividad policial. Asimismo, considera que debe declararse sin efecto la Constancia N° 145, de fecha 5 de setiembre de 2018.
38. En cuanto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, debe rechazarse tal pretensión, dejándose a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en la vía correspondiente.
39. De otro lado, el Tribunal Constitucional exhorta a la Dirección General de la PNP para que revise la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B, aprobada mediante Resolución Directoral 807-2015-DIRGEN/EMG-PNP, de fecha 17 de octubre de 2015, tomando en consideración lo expuesto en la presente sentencia.
40. Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional, corresponde ordenar el pago de los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena:
 - Dejar sin efecto tanto la Resolución Directoral 004192-2019-DI-RREHUM-PNP, de fecha 11 de abril de 2019, como la Constancia N° 145, de fecha 5 de setiembre de 2018. Por tanto, dispone el reintegro de don Eric Alonso Nieto Caccha a la situación de actividad como suboficial de tercera de la Policía Nacional del Perú.
 - Que la Dirección General de la Policía Nacional del Perú revise y adecue, conforme a lo expuesto en la presente sentencia, la normatividad y procedimientos que regulan el uso de tatuajes por el personal policial desde el proceso de admisión, reintegro, reincorporación y permanencia en la institución.
 - Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional, se pague los costos procesales.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pago de las remuneraciones devengadas, dejándose a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en la vía correspondiente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE MONTEAGUDO VALDEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Sin perjuicio de suscribir la ponencia, considero necesario expresar fundamentos adicionales que paso a detallar:

1. En el presente caso, la controversia recurrida ante este Tribunal a través del recurso de agravio constitucional guarda relación con la decisión de la Policía Nacional del Perú de considerar como una causal de inaptitud psicosomática el uso de tatuajes.
2. El artículo 166 de la Constitución establece que la Policía Nacional *“...tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”*.
3. A fin de cumplir las funciones constitucionales señaladas, resulta adecuado que se establezca un conjunto de condiciones y requisitos para el ingreso y la permanencia en el servicio, los cuales deben necesariamente orientarse al propósito de asegurar la idoneidad para la prestación del servicio policial por parte de los miembros de la PNP; siendo lo razonable que tales exigencias guarden directa relación con el *perfil* de efectivo policial requerido por la institución, con el propósito de cumplir los fines constitucionales encargados a la Policía Nacional del Perú como organismo de relevancia constitucional.
4. En el presente caso, la parte demandada no ha podido explicar de qué manera el uso de un tatuaje por parte el demandante dificulta, resulta contrario o incide negativamente en el cumplimiento de los fines institucionales de la Policía Nacional del Perú. No se puede en tiempos actuales, dejar de observar que la dinámica social, y las nuevas tendencias que pueden suscitarse en el colectivo, forman parte de la esfera individual y -en tanto que estas no afecten la marcha de las instituciones, ni lesionen el decoro de las entidades estatales, ni tampoco el cuadro de valores patrios y constitucionales- no pueden constituir causal de destitución del servicio.

5. En suma, cualquier exigencia que, a modo de condición o requisito, imponga la institución policial a sus miembros e integrantes para ingresar o permanecer en el servicio, tiene directa incidencia en diversos derechos fundamentales y libertades públicas de éstos, principalmente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad; por lo que -tratándose técnicamente de *restricciones*- dichas condiciones y exigencias serán legítimas sólo en tanto sustenten su establecimiento en una justificación razonable que, a nuestro modo de ver, podría ampararse por la directa y real incidencia negativa en los aspectos referidos en el punto 4 del presente fundamento. *Sensu* contrario, es inadmisibles e injustificable calificar a un oficial del orden por el solo hecho de tener un tatuaje visible.

S.

GUTIÉRREZ TICSE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍGUEZ HARO

Con el respeto de las opiniones de mis distinguidos colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, puesto que, aunque coincido con lo resuelto por ellos, las razones que justifican mi posición son las siguientes:

Delimitación del asunto litigioso

1. En el presente caso, la cuestión litigiosa radica en determinar si la *disciplina policial*, consistente en una vinculación descendente que se materializa en dar órdenes y en acatarlas siempre que las mismas se encuadren dentro de los linderos de lo jurídicamente lícito, justifica que se prohíba a los miembros de la Policía Nacional del Perú [PNP] contar con un tatuaje superior a 3 centímetros –conforme a lo contemplado en el numeral 1 de la Disposición Específica B de la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIRE.JEPER-B–, más aún si el mismo no es visible cuando se viste el uniforme policial.
2. Más concretamente, la *litis* consiste en dirimir si dicha intervención –que es de alta intensidad, en vista de que es una prohibición– en los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad del accionante cuenta con una justificación razonable y proporcional. Siendo ello así, resulta imperativo ponderar, por un lado, los derechos fundamentales del accionante, y, por otro lado, la necesidad de preservar la *disciplina policial*, que exige la necesaria estandarización de la apariencia policial para el correcto desempeño de la función que le ha encomendado el artículo 166 de la Constitución vigente: garantizar el orden interno.

Procedencia de la demanda

Sobre la relevancia iusfundamental de lo esgrimido

3. La parte demandante ha alegado la conculcación concurrente de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y de su derecho fundamental a la igualdad; por ende, corresponde determinar si la demanda no se encuentra incurso en la causal de improcedencia prevista en el numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que subordina la procedencia de la demanda a que

lo esgrimido califique como posiciones *iusfundamentales* amparadas por el contenido constitucionalmente protegido de esos derechos fundamentales, esto es, que encuentren sustento en su contenido constitucionalmente protegido.

4. En lo que concierne al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, cabe recordar que su contenido constitucionalmente protegido garantiza a su titular la facultad de elegir, de modo autónomo, el proyecto de vida que va a orientar su camino; es decir, la autodeterminación personal en toda circunstancia. Así, una de las manifestaciones de ese derecho fundamental es, sin duda, la libertad de escoger la apariencia personal, que es la forma en que exteriorizamos no solo nuestros gustos personales, sino nuestra propia personalidad.
5. En tal sentido, resulta válido que, en virtud de la autodeterminación personal, cada uno moldee su propia imagen personal sobre lo que se desea exteriorizar frente a los demás. Tatuarse, por eso mismo, es una decisión personal amparada por el contenido constitucionalmente protegido de ese derecho fundamental.
6. Ahora bien, en lo que respecta al derecho fundamental a la igualdad, considero que garantiza tratar igual a quienes se encuentran en igual situación y diferente a quienes se encuentren en diferente situación, por lo que cualquier tratamiento diferenciado debe fundarse en razones objetivas, lo que descarta, desde luego, que se funde en estereotipos o prejuicios, como asumir que las personas que tienen tatuajes son delincuentes o malas personas.
7. De ahí que, en principio, hacerse un tatuaje no debería conllevar el padecimiento de una discriminación ni en el ámbito laboral ni en ninguna otra faceta, porque no mella ni las capacidades ni las competencias del trabajador, salvo que existan razones que objetivamente justifiquen limitar en aquellos márgenes de autodeterminación personal –como la disciplina policial–, en cuyo caso no podría alegarse ser víctima de una discriminación.
8. Por lo tanto, la decisión de la Policía Nacional del Perú [PNP] de declarar inapto al demandante debido a que tiene un tatuaje en el hombro derecho superior a 3 centímetros, pese a que el mismo ni siquiera es visible cuando se viste el uniforme policial compromete, de modo concurrente, su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y su derecho fundamental a la igualdad, por lo que corresponde evaluar si la intervención en los ámbitos de protección

de tales derechos fundamentales resulta razonable y proporcional, en cuyo caso, la limitación de los mismos resultará constitucional.

9. En consecuencia, corresponde expedir un pronunciamiento de fondo, a fin de evaluar si aquella decisión de la Policía Nacional del Perú [PNP] es constitucional o no lo es. En ese sentido, no resulta de aplicación la causal de improcedencia tipificada en el numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Sobre la inexistencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria

10. El proceso de amparo, a diferencia del proceso contencioso-administrativo, tiene causales de excepción al agotamiento de la vía administrativa [vía previa] mucho menos rígidas. La razón: el amparo es un proceso sumamente expeditivo y tutelar, por lo que tiene causales de exención al agotamiento de la vía previa [vía administrativa] sumamente amplias, las que tienen por finalidad agilizar el acceso a la justicia constitucional y evitar posponer, innecesariamente, la procedencia de la demanda.
11. A mayor abundamiento, considero imperativo enfatizar que la dimensión objetiva del derecho fundamental de acceso a la justicia impone al Estado un especial deber de protección, que, en este caso, consiste en remover cualquier obstáculo que limite o, peor aún, que cercene –en los hechos– el acceso a la justicia en materia constitucional.
12. Consiguientemente, opino que, desde un análisis objetivo, el proceso de amparo es la vía idónea para dirimir la *litis*, porque acudir al proceso contencioso-administrativo se encuentra subordinado a que se agote la vía previa, lo que definitivamente no ocurre en el proceso de amparo, que exime al demandante de su agotamiento cuando agotarla pudiera tornar en irreparable la agresión que precisamente se busca dejar sin efecto [cfr. numeral 2 del artículo 43 del Nuevo Código Procesal Constitucional], como ocurriría en el presente caso, toda vez que la permanencia de 2 años en situación de disponibilidad conlleva el retiro de la institución [cfr. artículo 90 del Decreto Legislativo 1149]. Entonces, conviene preguntarnos: ¿qué incentivo tiene la emplazada para dilucidar con premura una eventual impugnación prejurisdiccional?, si el solo transcurso del tiempo blinda su decisión de declarar inapto al demandante.
13. Por todo ello, juzgo que tampoco resultan de aplicación las causales de improcedencia tipificadas en los numeral 2 y 4 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Análisis del caso en concreto

Sobre la relación de especial sujeción

14. El personal policial, respecto de su institución, se encuentra inmerso en una relación especial de sujeción –que incluso alcanza al alumno de un centro de formación policial–, a fin de que la Policía Nacional del Perú [PNP] pueda garantizar el orden interno que la Constitución –y la Ley– le han encomendado.
15. Dicha relación especial de sujeción supone, entre otras cosas, la inserción del policía en la organización policial, lo que conlleva ***una acentuada relación de dependencia en la que se tienen que acatar órdenes de quien ostente una posición jerárquica superior, cuya extensión y contenido no derivan directamente de la ley –o eventualmente a través de un decreto supremo [reglamento subordinado]–***, a diferencia de un particular, que no está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, conforme a expresamente lo normado en el literal “a” del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución.
16. Esa especial relación de sujeción exige, además, conciliar los derechos fundamentales de los policías con el rol que la Constitución ha encomendado a la Policía Nacional del Perú, porque la disciplina policial consistente en una vinculación descendente que se materializa en dar órdenes y en acatarlas siempre que las mismas se encuadren dentro de los linderos de lo jurídicamente lícito.
17. Siendo ello así, en ningún escenario resulta exigible el acatamiento de órdenes antijurídicas ni aquellas que califiquen como delictivas, ya que la fidelidad del subordinado es a la Constitución y a la Ley, por lo que cualquier orden que contravenga el Derecho no resulta vinculante. Acatarlas, en ese sentido, conlleva responsabilidad disciplinaria y, eventualmente, penal y civil. Los efectivos policiales, en ningún caso, pueden actuar como meros autómatas.

Evaluación de la intervención en los derechos fundamentales invocados

18. En primer lugar, y a la luz de lo antes señalado, considero que asumir que la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIRE.JEPER-B no puede regular la imagen del personal policial, no es correcto. Si las órdenes incluso se pueden brindar verbalmente; con mayor razón se pueden realizar a través de una directiva. Así las cosas, disiento de la

muy respetable posición de mis colegas, quienes consideran, desde un análisis netamente formal, dicha directiva resulta inconstitucional debido a que extralimita lo previsto el Decreto Supremo 0009- 2016-DE, quebrantando la jerarquía normativa.

19. Tal conclusión, a mi criterio, omite tomar en consideración que el personal policial se encuentra inmerso en la antes descrita relación especial de sujeción, la misma que puede justificar intervenciones en los derechos fundamentales de los integrantes del cuerpo policial, a fin de salvaguardar la disciplina policial inherente a la jerarquía piramidal en que ha sido estructurada para el cabal cumplimiento de las atribuciones y competencias que la Constitución –y la ley– le han encomendado.
20. Tales intervenciones, a mi modo de ver las cosas, incluso pueden *afectar* al policía en todas las facetas de su vida, como la prohibición de realizar declaraciones de adscripción a cualquier organización política, fuera del horario de trabajo, lo que constituye una clara intervención en el derecho fundamental a la libertad de expresión y en el derecho fundamental a la participación política.
21. En segundo lugar, y en relación a la transgresión a los derechos fundamentales del actor, la PNP se ha limitado a señalar que su determinación se basa en la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIRE. JEPER-B, que aprueba las “*Normas y procedimientos que regulan el uso de tatuajes por el personal de la Policía Nacional del Perú, desde el Proceso de Admisión, Reingreso, Reincorporación y Permanencia en la Institución*”. De acuerdo con dicha directiva, aquella limitación tiene por finalidad evitar: [i] el contagio de VIH, sífilis, hepatitis B y C, así como otras patologías dermatológicas, y, [ii] trastornos mentales o de la personalidad. Sin embargo, ni lo uno ni lo otro tiene base científica, como bien ha sido señalado mis colegas magistrados. Muy por el contrario, estereotipan a quienes deciden tener tatuajes como personas inaptas para labor policial, al prejuzgarlas.
22. Al respecto, opino que, en realidad, dicha limitación tiene como finalidad preservar la *disciplina policial* al *estandarizar* la apariencia del personal policial a fin de que sus agentes puedan ser fácilmente reconocidos por la población –ya que actúan como autoridad– y, de este modo, puedan cumplir con lo previsto en el artículo 166 de la Constitución: garantizar el orden interno. El uniforme y la estandarización de la apariencia personal, en ese sentido, tienen un fin netamente

instrumental. Por lo tanto, no pueden ser entendidas como fines en sí mismos. Precisamente por ello, no tomaré en consideración la justificación que ha sido plasmada en el tenor de esa directiva, pues, por el contrario, me entenderé que la misma se basa en esto último.

23. Así las cosas, y recapitulando, resulta claro que lo que se encuentra en tensión, por un lado, es el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y del derecho fundamental a la igualdad, y, por otro lado, la disciplina policial que exige la necesaria estandarización de la apariencia policial para el correcto desempeño de su función constitucional.
24. En tercer lugar, y como ya ha sido explicado, estandarizar la apariencia del personal a través del uniforme resulta imperativo para que el ciudadano pueda identificar a los agentes policiales y acate las indicaciones que estos les proporcionen, dado que actúan con garantes del orden interno. salvo en casos excepcionales, en los que se justifica que no utilicen el uniforme como el ejercicio de acciones de inteligencia y contrainteligencia, entre otras. Por ese motivo, resulta constitucionalmente legítimo que el Estado imponga reglas de disciplina que normen la apariencia de los efectivos policiales, estandarizándola para que estos sean fácilmente reconocidos por la población; empero, eso no significa que resulte constitucionalmente lícito prescindir de la razonabilidad y de la proporcionalidad.
25. En ese orden de ideas, considero que, en principio, tener un tatuaje en una zona del cuerpo cubierta por el uniforme policial, como el hombro, no perturba el reconocimiento del efectivo policial por parte la población ni daña la prestancia del uniforme, como se aprecia de las fotografías incorporadas por el propio accionante, en las que se evidencia que, forzado por recuperar su calidad de apto para la labor policial –y no perder su puesto de trabajo con el que mantiene su subsistencia y la de su familia–, ha tratado infructuosamente de borrar el tatuaje tribal que se realizó, dañando su propia integridad física –más concretamente, su propia piel–. En tales circunstancias, estimo que declararlo inapto por tener tatuajes en zonas que, objetivamente, se encuentran ocultas por el uniforme policial resulta notoriamente irrazonable y desproporcionado, en la medida en que tatuarse la piel no perjudica, en lo más mínimo, ni las capacidades ni las competencias del personal policial ni el compromiso del personal para con su institución.

26. En todo caso, soy de la opinión que ni los prejuicios ni los estereotipos tienen cabida en el Estado Constitucional, puesto que, por el contrario, el efecto irradiación de la dimensión objetiva del derecho fundamental a la igualdad obliga al Estado a ser el primer promotor en desterrarlos –y no a permanecer indiferente ante los mismos–, en la medida en que atribuyen, sin mayor fundamento, características negativas a determinados colectivos generando tratos hostiles hacia los integrantes de ese grupo, pese a que, en la actualidad, los tatuajes trascienden todas las clases sociales, géneros y edades. La PNP, por eso mismo, no puede discriminar al personal subalterno que tiene tatuajes que no son visibles cuando se utiliza el uniforme policial, al considerarlo inapto para el servicio policial por el mero hecho de haberse tatuado el hombro.
27. Sin perjuicio de lo expuesto, considero necesario precisar que distinto sería si ese tatuaje exteriorizara la adherencia a una organización criminal o reflejara valores contrarios al Estado Constitucional –pues, eventualmente, el tatuaje podría transmitir algún símbolo, mensaje o idea en el ámbito público o íntimo, por lo que, en estos casos, también podría encontrarse comprometida la libertad de expresión [que tampoco es ilimitada]–; o, denotara una notoria apariiencia heterodoxa por la extensión del área de su cuerpo tatuada. En estos casos, por el contrario, podría encontrarse justificado declarar su inaptitud para ejercer la función policial.
28. Por tales consideraciones, coincido con mis colegas magistrados en que la demanda de autos debe ser declarada fundada, pues, como lo he explicado, la parte emplazada ha violado el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la igualdad del demandante, al haber discriminado al demandante por el solo hecho de tener un tatuaje tribal en el hombro –con un fin meramente estético–, pese a que el mismo no mella en lo más mínimo su aptitud para ser efectivo policial, en vista de que no resulta visible mientras viste el uniforme policial.

En consecuencia, mi **VOTO** es porque se declare fundada la demanda, al haberse conculcado el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, así como su derecho fundamental a la igualdad, conforme a lo indicado en el presente voto.

S.

DOMÍNGUEZ HARO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Si bien me encuentro de acuerdo con la ponencia de autos, en la medida que declara fundada la demanda de amparo, formulo el siguiente fundamento de voto con el propósito de realizar algunas precisiones en torno a mi punto de vista sobre la razonabilidad y constitucionalidad de la Directiva 01-23-2015-DIRGEN- PNP/DIREJEPER-B.

1. En primer lugar, considero necesario poner énfasis en lo regulado por la Directiva 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B, “Normas y procedimientos que regulan el uso de tatuajes por el personal de la Policía Nacional del Perú, desde el proceso de admisión, reingreso, reincorporación y permanencia en la institución”. Al respecto, considero que hubiera sido necesario analizar con mayor detalle la razonabilidad y la conformidad constitucional de lo allí dispuesto.
2. Al respecto, si bien es cierto que la Policía Nacional del Perú (PNP) lo corresponde “Garantizar la protección de los bienes jurídicos: ética, disciplina, servicio policial e Imagen Institucional”, debe tenerse en cuenta que no es claro que dicha finalidad, contenida en la directiva, tenga rango constitucional y, por ende, que justifique la restricción de los derechos fundamentales invocados en esta causa (en especial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad).
3. Asimismo, tampoco es claro que la medida planteada sea mínimamente idónea o adecuada para alcanzar el propósito que pretende. En efecto, no parece claro que la prohibición dirigida a los efectivos policiales, orientada a que no lleven tatuajes en la piel, esté realmente encaminada a garantizar, en todos los casos, la ética, la disciplina, el servicio adecuado o la imagen de la PNP (en especial, tal como aparece regulado en la directiva, vale la pena detenernos en aquellos casos en los que existe un único tatuaje mayor a tres centímetros, en los que existen varios tatuajes aunque menores a tres centímetros, en los que se llevan tatuajes inocuos pero que se encuentren en alguna zona visible, etc.).
4. En el similar sentido, se aprecia que la medida supuestamente se basa en eventuales complicaciones médicas o apela a “trastornos mentales” asociados con el uso de tatuajes, aunque sin brindar sin mayor

fundamentación al respecto. Así, al no sustentar mínimamente que dicha regulación se base en datos objetivos o con sustento científico, esta medida tampoco permitiría alcanzar el supuesto propósito que pretende, si es que se toma en cuenta la finalidad de las mencionadas invocaciones, aparentemente relacionadas con preocupaciones sobre la salud de los agentes policiales.

5. En segundo lugar, nos llama asimismo la atención que no se haya incorporado como una falta sancionable el uso de tatuajes o su falta de remoción, si se consideraba que, en efecto, su presencia trasgrede diferentes bienes relacionados con la función de la PNP. Lo que se señala en la referida Directiva 01-23-2015- DIRGEN-PNP/ DIREJEPER-B es tan solo que *“En la evaluación de la aptitud psicosomática, la División de Reconocimiento Médico o la que haga sus veces, debe observar lo previsto en la presente Directiva, además de lo dispuesto en el Reglamento de Aptitud Psicosomática para el ingreso, reingreso o reincorporación del personal a la Policía Nacional del Perú”* (resaltado agregado).
6. En otras palabras, conforme a la directiva, no sería necesario ningún procedimiento en que los efectivos policiales puedan discutir su eventual separación debido a la presencia de tatuajes, pues, conforme se encuentra regulado, bastaría con que el personal competente constate la existencia del tatuaje con ocasión de realizar la evaluación de la aptitud psicosomática, para que sean aplicados los efectos correspondientes: a saber, la declaración de inaptitud psicosomática (la directiva indica que *“Para el ingreso, reingreso o reincorporación a la Policía Nacional, las infracciones a la presente Directiva serán causales de inaptitud en el examen psicosomático y tendrán el carácter de eliminatorio”* [resaltado agregado]).
7. Con base en lo anotado hasta aquí, constato que, en los hechos, la presencia de tatuajes equivaldría a una falta grave, con una especie de sanción automática (si bien tiene la forma de una declaración de “inaptitud” en el examen psicosomático), para la cual no se prevé un procedimiento sancionatorio específico, y que, además, se basa en una prohibición de abierta (o, en algún caso, de dudosa) inconstitucionalidad, tal como ha sido explicado ampliamente tanto aquí como en la ponencia que suscribimos.

S.
OCHOA CARDICH

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, me aparto del fundamento 38 de la sentencia, así como del segundo punto de la parte resolutive, en cuanto que no ordena el pago de las remuneraciones devengadas, pero reconoce el derecho del demandante a exigirla en la “vía correspondiente”. Mis motivos son los siguientes:

1. El Tribunal reconoce que, en este caso, la decisión administrativa que dispuso no admitir en el servicio activo al actor, ha vulnerado “los derechos del recurrente al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación en el trabajo y al debido proceso” y, en consecuencia, declara la nulidad de la Resolución Directoral 004192- 2019-DI-RREHUM-PNP, de fecha 11 de abril de 2019, dejándola sin efecto y dispone “en consecuencia, el reingreso del recurrente a la situación de actividad policial”⁷⁰.
2. La resolución directoral antes citada se emitió vulnerando derechos fundamentales del recurrente, de allí su nulidad y la posibilidad de equipararla a un despido nulo por violación de derechos fundamentales. En ambos casos, no se extingue el vínculo contractual por la decisión unilateral del empleador y corresponde ordenar la reincorporación y las remuneraciones devengadas durante el proceso⁷¹. Sólo así se cumple con el efecto esencial de una sentencia de amparo: la de dejar sin efecto el acto lesivo y reponer la relación jurídica al estado anterior a la violación del derecho fundamental.
3. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se admite la diferencia entre “la decisión extintiva que vulnera un derecho fundamental –en cuyo caso necesariamente procede la declaración de nulidad del despido–, de aquellos otros en que el despido no ha ocasionado dicha vulneración, al haberse derivado esta del proceso

70 Fundamento jurídico 37.

71 Sobre la práctica del reconocimiento de salarios caídos o devengados en sedes constitucionales, ver las referencias recogidas en la sentencia recaída en el Exp. 02748-2021-AA/TEC, fundamentos 22 y 23.

de obtención de pruebas, por lo que [el despido] podrá ser calificado como procedente o no, en función de que existan pruebas desconectadas de la obtenida con violación de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 90.2 LJS)”⁷².

4. En la sentencia 1/2021, de 15 de marzo, el Tribunal Constitucional español declaró nula la sentencia de la judicatura ordinaria, porque no había reconocido el derecho a indemnización de la trabajadora, cuyo despido no fue calificado de nulo, pero que había sufrido una vulneración de su derecho a la intimidad, por el modo en que se monitoreó la computadora que empleaba, para demostrar la falta grave en la que había incurrido. En consecuencia, mientras que una decisión extintiva que tenga por objeto la vulneración de un derecho fundamental es nula y otorga derecho a la readmisión en el empleo y al pago de devengados, si esa vulneración se ha producido para obtener una prueba sobre la supuesta falta del trabajador⁷³, no hay derecho a reposición, pero sí a indemnización.
5. En el presente caso la decisión administrativa de extinguir la relación entre el actor y su institución se basaba en la vulneración de los derechos fundamentales mencionados en el fundamento 37 de la sentencia. Por tanto, la decisión no tuvo eficacia jurídica y la necesaria consecuencia es el derecho de readmisión y el pago de remuneraciones devengadas, que deben ser ordenados por este Tribunal y no en otra vía, por un principio de justicia material y de economía procesal.

S.

PACHECO ZERGA

72 Sentencia 1/2021, de 15 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), fundamento jurídico 5. Sobre el pago de devengados ordenados por el tribunal constitucional español ver, por todas, SSTC 41/2002, de 25 de febrero, 342/2006, de 11 de diciembre, 92/2008, de 21 de julio, 124/2009, de 18 de mayo.

73 Prueba que, por ser ilegal, no se empleó para determinar la falta cometida.



B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.2. PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS



Pleno. Sentencia 266/2022

EXP. N.º 00688-2020-PHC/TC

LIMA

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS y otros

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 12 de julio de 2022, los magistrados Morales Saravia (con fundamento de voto), Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, en virtud del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional; en consecuencia, las autoridades emplazadas, a futuro, deben garantizar que:
 - a) Cuando regulen el ingreso de ciudadanos de nacionalidad venezolana o de terceros países por razones humanitarias, mínimamente efectúen una especial consideración, al atender solicitudes, de todas aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, de Migraciones, pudiendo considerar, adicionalmente, otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.
 - b) Abstenerse de impedir el ingreso o expulsar a aquella persona cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
 - c) Diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso ante las autoridades competentes. Esto supone la prohibición de las expulsiones colectivas e indiscriminadas.

- d) No imponer requisitos o exigencias que hagan que, en la práctica, el acceso a la protección que brindan las calidades migratorias se torne ilusoria.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo relativo al cuestionamiento general de la visa como exigencia para ingresar al territorio peruano para todos aquellos casos en los que no sea aplicable la figura de la “Calidad migratoria humanitaria”, el refugio o el asilo.

Asimismo, la magistrada Pacheco Zerga votó en fecha posterior a favor de la ponencia declarando fundada en parte la demanda y coincidiendo con el fundamento de voto del magistrado Morales Saravia.

Por su parte, el magistrado Ferrero Costa emitió un voto singular declarando improcedente la demanda y el magistrado Gutiérrez Ticse formuló un voto singular por declarar infundada la demanda.

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.

FERRERO COSTA

MORALES SARAIVA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

PACHECO ZERGA

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de julio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia; con el fundamento de voto del magistrado Morales Saravia y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Gutiérrez Ticse. Se deja constancia de que la magistrada Pacheco Zerga votó en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y otros, contra la resolución de fojas 148, de fecha 17 de setiembre de 2019, expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente *in limine* la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de setiembre de 2018, don Jorge Ricardo Bracamonte Alláin, secretario ejecutivo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; don Eduardo Trujillo Ariza, director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela); y el padre Wilson Enrique Gonzales Carbajal, secretario ejecutivo de la Comisión Episcopal de Acción Social (Ceas), interponen demanda de *habeas corpus* contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y la Superintendencia Nacional de Migraciones, solicitando que se deje sin efecto el impedimento de ingreso al territorio nacional de migrantes venezolanos que no cuenten con visa, lo que implicaría a su vez la vulneración o amenaza a los derechos a la libertad de tránsito, a solicitar refugio y a la igualdad y no discriminación, así como a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Manifiestan que el Perú viene implementando medidas que contravienen los derechos humanos de los migrantes venezolanos, como es el hecho de que, con fecha 6 de junio de 2019, el presidente de la República anunció que se requerirá de forma obligatoria, a partir del 15 de junio de

2019, pasaporte visado a los ciudadanos venezolanos que deseen ingresar al país. Refieren que el director general de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores informó que el trámite para la obtención de visa será gratuito, aunque el solicitante venezolano deberá presentar los siguientes requisitos: i) que cuenten con un pasaporte válido o vencido, y ii) un certificado de antecedentes penales. Indican que, sin embargo, tales requisitos constituyen trabas al ingreso de los migrantes venezolanos al territorio nacional, puesto que, tal como ha informado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los ciudadanos venezolanos enfrentan múltiples dificultades y obstáculos para obtener o renovar sus pasaportes, así como para la expedición de otros documentos como cédulas de identidad, partidas de nacimiento, certificados de antecedentes penales, entre otros, como consecuencia de la falta de materiales para su elaboración, los altos costos que pueden estar asociados al trámite y los largos plazos para las citas, tramitación y entrega de estos documentos.

Sostienen que la exigencia del requisito de contar con pasaporte visado a los migrantes venezolanos para el ingreso al territorio nacional constituye una vulneración de su derecho al libre tránsito, reconocido en el artículo 2, inciso 11, de la Constitución, puesto que contraviene su derecho humano a la libre circulación dentro del territorio nacional reconocido a través de acuerdos como el “Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados partes del Mercosur y Estados asociados”, mediante el cual se reconoció la validez de documentos de identificación personal como documentos de viaje hábiles para el tránsito de nacionales y/o residentes regulares de los Estados partes del Mercosur, razón por la cual la sola presentación de la cédula de identidad venezolana debe servir para permitir el ingreso al territorio nacional.

Aseveran que las medidas tomadas por el gobierno peruano también vulneran el derecho a buscar refugio de los migrantes venezolanos que solicitan protección frente a la crisis humanitaria que afrontan producto de la grave problemática política, social económica que atraviesa Venezuela; el derecho a la igualdad y no discriminación puesto que sólo a los migrantes venezolanos se les exige la presentación de un pasaporte visado para el ingreso al territorio nacional, sin que exista una justificación razonable y constitucional; y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, puesto que el requerimiento de visa constituye una medida mucho más gravosa para ellos por su condición de vulnerabilidad, que se traduce en un mayor riesgo de afectación de sus derechos humanos.

El Decimonoveno Juzgado Penal – Reos Libres, con fecha 26 de junio de 2019, declaró improcedente liminarmente la demanda, por considerar que los migrantes venezolanos, a favor de quienes se interpone la demanda, no tienen la condición de residentes en el territorio nacional, por lo que se encuentran excluidos del amparo de las normas constitucionales. Refiere que, en todo caso, los migrantes venezolanos están sometidos a las normas de extranjería que fijan las pautas sobre cuya base se permite su ingreso al territorio peruano.

Mediante escrito de fecha 11 de septiembre de 2019, el Ministerio de Relaciones Exteriores, representado por su procurador público adjunto, expone, por escrito, fundamentos para confirmar la decisión de adoptada por el juez de primera instancia. Aduce que, de conformidad con el Decreto Legislativo 1350, toda persona extranjera debe ingresar y salir del país a través de los puestos de control migratorio y/o fronterizos habilitados, con su documento de viaje y visa correspondiente, salvo que existan convenios que exoneren de los referidos documentos. Agrega que los ciudadanos venezolanos podían ingresar al Perú sin visa en mérito a su pertenencia a la Comunidad Andina de Naciones y al Mercosur, pero debido a la renuncia a la primera, y a la suspensión impuesta en la segunda, se ha dispuesto la respectiva exigencia de la visa para ingresar a territorio peruano.

Por su parte, la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, por estimar que si bien se reconoce la universalidad de los derechos fundamentales, también se debe tener en cuenta que aquellos no pueden ser ejercidos de manera irrestricta de tal manera que vulnere los derechos fundamentales de los nacionales o migrantes en calidad de residentes en el país, tales como los derechos a la seguridad o a la salud, por lo que resulta aplicable la ley de extranjería.

FUNDAMENTOS

I. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

1. La demanda es dirigida contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y la Superintendencia Nacional de Migraciones, por supuestamente impedir el ingreso al territorio nacional de ciudadanos venezolanos que no cuentan con visa, lo que vulneraría sus derechos a la libertad de tránsito, a solicitar refugio, a la igualdad y a no ser discriminados.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

2. Se advierte que las instancias precedentes rechazaron liminarmente la demanda. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, considera pertinente emitir pronunciamiento, toda vez que en autos aparecen los elementos necesarios para ello, más aún si las entidades demandadas han sido notificadas con el concesorio del recurso de apelación (folios 88 a 94), lo que implica que su derecho de defensa está garantizado. Además, el procurador público adjunto del Ministerio de Relaciones Exteriores se apersonó al proceso (folio 109), hizo uso de la palabra en la audiencia de vista de la causa (folio 122) y presentó alegatos para mejor resolver (folio 124).

III. LEGITIMIDAD PARA INTERPONER LA DEMANDA

El Tribunal advierte dos aspectos vinculados con la legitimidad para interponer la demanda que deben ser examinados: i) la legitimidad para interponer una demanda a favor de terceros que no se encuentran en territorio nacional; ii) la posibilidad de interponer una demanda a favor de un colectivo de personas.

III. 1 LA POSIBILIDAD DE INTERPONER DEMANDAS A FAVOR DE TERCEROS QUE NO SE ENCUENTRAN EN EL TERRITORIO NACIONAL

4. Un primer aspecto que es importante analizar antes de un eventual pronunciamiento de fondo es el relativo a la posibilidad de interponer demandas en el marco de procesos constitucionales a favor de personas que se encuentran fuera del territorio nacional.
5. Al respecto, este Tribunal recuerda que los derechos constitucionales deben ser garantizados a favor de cualquier persona sometida a la jurisdicción del Estado peruano. La interpretación de este mandato supone que las autoridades nacionales no solo se encuentran obligadas a respetar y garantizar los derechos de las personas que se encuentran físicamente dentro de su territorio, sino que también abarca el deber de tutelar a todas aquellas que se encuentren dentro del ámbito de su jurisdicción.
6. Ahora bien, esto implica que no es posible equiparar los conceptos de “territorio” y “jurisdicción”, ya que, si bien concurren frecuentemente, existen escenarios en los que el segundo termina siendo un concepto más amplio que el primero.

7. En efecto, la Constitución peruana, al referirse al territorio peruano, expresa en su artículo 54 -relativo al territorio, la soberanía y la jurisdicción-, que

[e]l territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

8. Se desprende de esta norma que el territorio peruano está compuesto por el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que lo cubre. Este Tribunal ha acotado que esta disposición constitucional hace referencia al territorio como uno de los elementos constitutivos del propio Estado, y que se configura como el espacio en el que desarrolla su actividad soberana. Del mismo modo, ha precisado que la inalienabilidad supone que el territorio peruano no puede ser enajenable, por lo que no se puede traspasar derecho alguno sobre él, ya sea a título oneroso o gratuito [Sentencia 02689-2004-AA/TC, fundamento 2].
9. Por otro lado, el concepto de jurisdicción se asocia con aquellos espacios en los que el Estado peruano efectúa un control efectivo y en los que puede ejercer un importante nivel de administración y gobierno. Esta definición también ha sido respaldada por diversos organismos internacionales. Así, la Corte Internacional de Justicia ha precisado que “si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico pensar que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones” [Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias

jurídicas de la construcción del muro en territorio palestino ocupado, 9 de Julio de 2004, párrafo 109].

10. En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha referido a la doctrina del “control efectivo” para enfatizar que no corresponde, en todos los casos, efectuar una asimilación total entre los conceptos de “territorio” y “jurisdicción”. En efecto, este organismo ha sostenido que existen dos modelos asociados con este último concepto. Por un lado, se hace referencia a un criterio primordialmente espacial, que se vincula con el hecho de que el Estado tenga un control efectivo sobre un determinado ámbito geográfico; y uno de carácter personal, que se presenta cuando existen ciertas conductas desplegadas por los funcionarios estatales que terminan generando la responsabilidad del Estado al que representan [*cfr.* TEDH. *Al-Skeini y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 7 de julio de 2011, párrafos 133 al 139].
11. En nuestro continente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido a la posibilidad de una suerte de aplicación extraterritorial de los estándares relativos a la protección de derechos humanos. Así, enfatiza que si bien la idea de tutelar los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado ha sido interpretada de forma predominantemente territorial, existen circunstancias en las que la conducta puede tener un *locus* extraterritorial, en las que

la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control [CIDH. Informe N° 109/99, Caso 10.951, Coard y otros vs. Estados Unidos. Informe de 29 de septiembre de 1999, parr. 37].
12. También ha precisado la Comisión que esto se advierte en los escenarios en los que la persona está presente en el territorio de un Estado en particular, pero está sujeta al control de un tercer Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último [*cfr.* CIDH. Informe Nro. 86/99, Case 11.589, Armando Alejandro Jr. y otros (Cuba), 13 de abril de 1999, párr. 23].

13. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto al alcance del término “jurisdicción” en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, a efectos de la determinación de las obligaciones de los Estados, sostiene que:

72. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que los Estados Partes “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”. De esta forma, las violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana pueden acarrear la responsabilidad de un Estado, siempre y cuando la persona se encuentre bajo su jurisdicción. Por lo tanto, el ejercicio de ésta es una precondition necesaria para que un Estado incurra en responsabilidad por conductas que le sean atribuibles y que se aleguen violatorias de algún derecho convencional. En otras palabras, para que un Estado sea considerado responsable de una violación a la Convención Americana primero es necesario establecer que estaba ejerciendo su “jurisdicción” respecto de la persona o personas quienes se alegan víctimas de la conducta estatal.

73. En este sentido, la Corte Interamericana ha indicado, que el uso del término jurisdicción en el artículo 1.1 de la Convención Americana, implica que el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos se debe a toda persona que se encuentre en el territorio del Estado o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control.

74. La Corte recuerda que el que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio. [...].

[...]

81. Este Tribunal advierte que los supuestos en que las conductas extraterritoriales de los Estados constituyen ejercicios de su jurisdicción son excepcionales y, como tal, deben ser interpretados de manera restrictiva [...]. La Corte Interamericana estima que una persona está sometida a la “jurisdicción” de un Estado, respecto de una conducta cometida fuera del territorio de dicho Estado (conductas extraterritoriales) o con efectos fuera de dicho territorio, cuando dicho Estado está ejerciendo autoridad sobre la

persona o cuando la persona se encuentre bajo su control efectivo, sea dentro o fuera de su territorio.

[Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A Nro. 23].

14. En este caso, el Tribunal advierte que se está frente a un escenario singular, ya que no se trata propiamente de alguna clase de conducta desplegada por un funcionario peruano en el exterior. Antes bien, lo que aquí se cuestiona es la posibilidad de que, en virtud de una conducta atribuible a autoridades peruanas, pueda generarse alguna posible vulneración de derechos constitucionales de ciudadanos que se encuentran físicamente en el extranjero. Sobre ello, es importante recordar que el mandato de protección de los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado peruano no solo debe ceñirse a los casos en los que autoridades nacionales cuenten con el control efectivo de una zona a nivel extraterritorial, sino que también debe permitir evaluar todos aquellos casos en los que las decisiones de las autoridades nacionales puedan tener importantes repercusiones en el ejercicio de los derechos constitucionales de las personas que presenten argumentos que puedan justificar su ingreso al territorio peruano.
15. De este modo, bien puede sostenerse que la adopción de medidas destinadas a impedir que los migrantes lleguen a la frontera de un Estado -o que pretendan trasladarlos a terceros Estados- constituye un ejercicio de jurisdicción que puede comprometer su responsabilidad, tanto en el ámbito nacional como internacional [*cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 180]. El Tribunal nota que las conductas desplegadas por funcionarios públicos del Estado peruano que incidan en la esfera subjetiva de los derechos de personas que no se encuentran físicamente en territorio nacional, podrían generar la interposición de demandas ante tribunales nacionales que pretendan el cese de dichas actuaciones, y ello en la medida en que resultaría posible atribuir responsabilidad internacional al Estado peruano por una presunta vulneración de sus derechos humanos. En similares términos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las

Naciones Unidas, órgano encargado de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha señalado que

[l]os Estados Partes están obligados por el párrafo 1 del artículo 2 a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte [Comité de Derechos Humanos.

Observación General N° 31, relativa a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, párr. 10].

16. En efecto, una adecuada interpretación de nuestra norma fundamental conduce a concluir que, en esta clase de casos, también resulta legítimo que se pueda presentar una demanda en el marco de un proceso constitucional, y ello en la medida en que varios de los posibles afectados, por la situación particular en la que se encuentran y al no encontrarse físicamente en el territorio nacional, están considerablemente imposibilitados de plantear un recurso a nivel judicial ante las autoridades peruanas para la adecuada tutela de sus derechos.
17. En este caso en particular, la conocida situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una importante cantidad de personas que pretenden emigrar del territorio venezolano, aunada al hecho de que no se encuentran físicamente en el territorio peruano, justifican que este Tribunal cuente con competencia para analizar, en el fondo, la presente controversia. Por lo demás, un pronunciamiento de este supremo intérprete de la Constitución permitirá brindar elementos que deben ser valorados por parte de las autoridades migratorias, para que analicen casos relativos a personas que integran dicho colectivo.
18. Por lo expuesto, este Tribunal estima que, en este punto, no existe algún impedimento de carácter procesal que evite la posibilidad de un pronunciamiento de fondo.

III.2 LA POSIBILIDAD DE INTERPONER DEMANDAS A FAVOR DE COLECTIVOS DE PERSONAS

19. Un segundo aspecto que debe ser evaluado para analizar la legitimidad activa de las personas que interpusieron la demanda es el relativo a la

posibilidad de presentar una suerte de *habeas corpus* colectivo. En el escrito de demanda, se indica que existe una amenaza a los derechos de los “migrantes venezolanos que desean ingresar al territorio nacional en busca de refugio de la crisis política, social y económica, a los que no cuenten con visa” (fojas 24). Es por ello que este Tribunal debe evaluar si es que se trata de un colectivo respecto del cual resulte viable la interposición de una demanda de *habeas corpus*.

20. En su jurisprudencia, este Tribunal ha destacado el carácter antiformalista del proceso constitucional de *habeas corpus*. Desde el punto de vista procesal, ello genera diversas consecuencias. En lo que se refiere a la legitimación, tanto el Código Procesal Constitucional del año 2004 como el Nuevo Código Procesal Constitucional, precisan que cualquier persona está facultada para interponer la demanda. Así, el artículo 31 dispone que la demanda “puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado ni otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo”.
21. Ahora bien, corresponde que este Tribunal determine si, en virtud del referido artículo 31 del Nuevo Código Procesal Constitucional, resulta posible interponer una demanda de *habeas corpus* a favor de un colectivo de personas. No se trata, por cierto, de una situación inédita en la jurisprudencia de este supremo intérprete de la Constitución. Por ejemplo, se ha sostenido con anterioridad que, en este tipo de proceso constitucional,

la amplitud de esta facultad para demandar, o *actio popularis*, se debe primordialmente a la naturaleza del proceso, que como se mencionará, tiene como objetivo principal restablecer el derecho a la libertad individual de la persona. En tal sentido, al tratarse de un proceso de tutela urgente, es lógico que se prevea la posibilidad de que otras personas puedan reclamar la restitución del derecho, dado que en muchos casos la persona agraviada se encontrará imposibilitada de accionar por sí misma. Asimismo, el hecho de que cualquier persona pueda interponer una demanda en un PHC se justifica en que a través de dicho proceso no se tutelan sólo los derechos de la persona agraviada sino también el interés de la sociedad en general [05842-2006-HC, fundamento 17].

22. Ciertamente, no existe alguna regulación normativa en la que, de forma expresa, se contemple la posibilidad de la interposición de un

habeas corpus de tipo colectivo. Sin embargo, en virtud del carácter antiformalista de este proceso constitucional, así como de la necesidad de tutelar los derechos de un colectivo de personas, debe reconocerse su procedencia en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, la introducción de esta figura también favorece principios como el de economía procesal, ya que el uso de un *habeas corpus* colectivo ahorrará el trámite de demandas que puedan ser interpuestas, por separado, por personas afectadas que se encuentren en una situación similar, aspecto que permita descongestionar la labor de los tribunales de justicia a través de la expedición de un pronunciamiento único que resuelva definitivamente la controversia.

23. Ahora bien, este Tribunal estima que deben presentarse ciertos requisitos o condiciones mínimas para analizar la viabilidad de una demanda en virtud de un caso en particular: i) debe tratarse de un colectivo determinado o determinable de personas; ii) en principio, quien interpone la demanda debe encontrarse directamente perjudicado por la medida adoptada; iii) debe tratarse de una situación que amerite la adopción de un remedio de carácter general. La referencia a la posibilidad que se interponga la demanda a favor de un colectivo no ha sido desconocida en la jurisprudencia de la región, ya que ha sido reconocida por órganos como la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina⁷⁴.
24. En relación con el primer punto, este Tribunal considera que en el escrito de demanda existe la posibilidad de que se identifique, de forma detallada, a las personas que se habrían visto perjudicadas por la

74 En el caso colombiano, se ha hecho referencia a los siguientes requisitos: “(i) que exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de un derecho fundamental, de tal forma que el daño o amenaza del mencionado derecho sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo; (ii) el demandante debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de carácter subjetivo; (iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe estar plenamente acreditada; (iv) la orden judicial que se imparta en estos casos debe orientarse al restablecimiento del derecho de carácter fundamental y “no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza”; (v) adicionalmente, es necesario la comprobación de la falta de idoneidad de la acción popular en el caso concreto” [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-341/16]. Por otro lado, en el caso argentino, se ha mencionado que debe considerarse, para un *habeas corpus* colectivo, la condición de los sujetos afectados y la categoría del derecho infringido [Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Recurso de hecho en el caso Horario Verbitsky. Resolución de 3 de mayo de 2005, fundamentos 16 y 17].

adopción de alguna medida que restrinja sus derechos. En ese caso, se trataría de un colectivo determinado de personas. Por otro lado, también puede presentarse el caso en que, pese a que no se haya identificado puntualmente a las personas, el juzgador pueda asociarlas en virtud de su pertenencia a un colectivo, sea porque las une una característica en común (por ejemplo, puede tratarse de un grupo de personas que se caracterizan por algún tipo de discapacidad, por pertenecer a una etnia en particular, o por algún credo religioso, por mencionar algunos ejemplos); o porque existe alguna conducta que las afecta en términos similares (por ejemplo, en el caso de la población carcelaria de algún establecimiento penitenciario, personas que han sido despedidas de forma colectiva, etc.).

25. En el presente caso, el Tribunal aprecia que si bien el escrito de demanda no precisa qué ciudadanos venezolanos estarían siendo directamente afectados por las medidas implementadas por el Estado peruano, sí es posible sostener que se trata de un grupo determinable de personas. En efecto, en este caso la demanda se interpone a favor de aquellas personas de ciudadanía venezolana que, por el contexto de urgencia que atraviesa su país, y por la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, pretenden ingresar a territorio peruano y se encuentran impedidas de hacerlo por la existencia de algunos requisitos administrativos que, según se estima, generan que la tutela sea inadecuada e inefectiva.
26. En segundo lugar, se ha establecido que el *habeas corpus* colectivo debe ser presentado, en principio, por una persona directamente afectada por la medida cuestionada. Se podría concluir, por ello, que los recurrentes no tendrían legitimidad para interponer la demanda, ya que no han demostrado en qué medida estarían siendo perjudicados por las medidas anunciadas por el Estado peruano. Sin embargo, este Tribunal no puede dejar de advertir que existen circunstancias excepcionales que permiten justificar que, en este caso, sean terceras personas las que interpongan la demanda de *habeas corpus* a favor de los ciudadanos venezolanos que pretendan ingresar a territorio nacional. Así, es importante destacar que las personas que integran dicho colectivo no se encuentran físicamente en territorio peruano, por lo que, aunado al contexto de urgencia que atraviesan, resulta justificable que sea una tercera persona la que interponga la demanda. Ello, por lo demás, se condice con el carácter abierto y antiformalista de este proceso constitucional.

27. En relación con el tercer requisito, los hechos expuestos en la demanda deben ameritar la adopción de un remedio de carácter general y no uno de índole particular. Esto supone que el acto reclamado solamente pueda ser reparado a través de un pronunciamiento que beneficie a más de una persona. Evidentemente, si se trata de una decisión y/o medida que afecte solo a una persona, será esta la que, en principio, debería interponer la demanda respectiva. En cambio, en el *habeas corpus* colectivo se requiere la intervención judicial con la finalidad de adoptar medidas orientadas al cese de la vulneración de algún derecho de las personas que integran un colectivo determinado o determinable de personas. Si este Tribunal adoptase una postura distinta, ello podría suponer que no se adopte una solución integral del problema planteado en la demanda.
28. En lo que respecta a este caso, el Tribunal nota que, en efecto, la presunta discriminación en relación con la introducción de restricciones administrativas en el caso de ciudadanos venezolanos que pretenden ingresar a territorio peruano debe ser abordada en el seno de un *habeas corpus* colectivo, ya que ello permitirá que se analice la controversia a fin de determinar si es que existe -o no- una vulneración de los derechos fundamentales expuestos en la demanda.
29. Por todo lo expuesto, este Tribunal estima que los recurrentes sí estaban facultados para interponer la presente demanda de *habeas corpus*.

IV. EXAMEN DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

30. Una vez establecida la legitimidad de los recurrentes para interponer la presente demanda, este Tribunal procederá a analizar el fondo de la controversia. Para ello, y en primer lugar, i) se abordará la migración y los derechos constitucionales, ii) se hará una referencia a la situación de la migración venezolana tanto a nivel regional como nacional con la finalidad de advertir la gravedad del contexto que ha justificado la interposición de la presente demanda de *habeas corpus*; posteriormente, iii) se analizará la sucesiva normatividad nacional expedida por el gobierno peruano para afrontar esta crisis humanitaria, y se determinará si es que ella satisface estándares tanto nacionales como internacionales relativos a derechos humanos; del mismo modo, iv) se establecerán estándares mínimos que el Estado debe garantizar para evitar que se materialicen vulneraciones a los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren en situación

de vulnerabilidad y pretendan obtener alguna protección por parte del Estado peruano; v) finalmente, se analizarán los hechos expuestos en la demanda y se determinará si es que corresponde emitir un pronunciamiento estimatorio.

IV. 1 MIGRACIÓN Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

31. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus*.
32. El artículo 2.11 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a “elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería”. En similares términos, el artículo 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona “que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”. Se desprende, de lo establecido en ambas disposiciones, que el derecho a la libertad de tránsito se configura, principalmente, a través de lo dispuesto en la normatividad de cada Estado.
33. De hecho, el Tribunal también ha tenido la oportunidad de precisar que este derecho “implica la facultad que tiene toda persona de poder desplazarse libremente con discrecionalidad por todo el territorio nacional, así como salir o ingresar del territorio nacional. Ahora bien, ciertamente se puede establecer restricciones a los derechos, y para el caso del derecho a la libertad de tránsito, las restricciones que prevé la Constitución son las siguientes: razones de sanidad, mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería y regímenes de excepción” [Sentencia 00404-2015-PHC/TC, fundamento 14].
34. Este Tribunal advierte que la determinación de los requisitos y condiciones exigibles para circular en territorio nacional es un asunto cuya configuración depende, en buena cuenta, del propio Estado. Sin embargo, aunque ciertamente exista, en este punto, un importante margen de apreciación para las autoridades públicas, esto no debe

suponer un abierto desconocimiento de otros derechos, principios y valores que se desprenden de nuestra Constitución y de los tratados internacionales ratificados por parte del Estado peruano. Sobre esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que

la situación 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, como 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. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa [Corte IDH. Opinión Consultiva N° 18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 118].

35. De este modo, corresponde que este Tribunal determine si existen algunas obligaciones mínimas que deben ser tomadas en cuenta al momento de adoptar medidas que supongan restricciones en el ingreso de ciudadanos extranjeros al territorio nacional. Este tampoco es un tópico que sea desconocido por nuestra jurisprudencia, ya que han existido casos en los que, pese a las resoluciones expedidas por autoridades estatales, el Tribunal identificó la presencia de principios y derechos que justificaban la presencia de ciudadanos extranjeros en el país, independientemente de su estatus migratorio. Así, se ha indicado que si bien los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, en tanto se trata medidas destinadas a garantizar la seguridad nacional y el orden público, el ejercicio de esta potestad no puede soslayar el contenido de los derechos fundamentales de la persona, los cuales se constituyen como un límite infranqueable [Sentencia 02744-2015- PA/TC, fundamento 9].
36. Por otro lado, no debe olvidarse que la generalización de la condición o el estatus migratorio de las personas que desean ingresar al territorio de un tercer Estado puede suponer el incumplimiento de diversas obligaciones establecidas en la propia Constitución o en los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, los cuales forman

parte del derecho interno en virtud de lo establecido en el artículo 55 de nuestra Norma Fundamental.

37. En relación con las obligaciones que se desprenden de la Constitución, este Tribunal ha establecido que el respeto de determinados derechos puede suponer un importante límite a ser observado por las autoridades migratorias. Por ejemplo, en la Sentencia 02744-2015-PA/TC se concluyó que la falta de regulación de las garantías formales y materiales que componen el derecho a un debido procedimiento de los migrantes sometidos a un procedimiento sancionador generó un estado de cosas inconstitucional que debería ser remediado por las autoridades estatales [fundamento 47]. Por otro lado, también ha dejado dicho que la adopción de decisiones que determinen la condición migratoria de los solicitantes debe reflejar la situación actual del solicitante. De este modo, en la Sentencia 00466- 2019-PHC/TC subrayó que

la evaluación de la condición migratoria del beneficiario no ha considerado su situación real al momento de efectuar las solicitudes ante la administración pública. En todo caso, le corresponderá a esta última comprobar si es que ha existido alguna posible conducta que pudiera reflejar mala fe y que permita desacreditar los hechos que han sido expuestos en la demanda y en el recurso de agravio constitucional. La carga de la prueba corresponderá, como no podía ser de otro modo, a la administración, la cual estará facultada de activar los mecanismos pertinentes en el escenario en que se pueda comprobar, de forma fehaciente, la realización de alguna conducta fraudulenta [fundamento 11].

38. De similar modo, este Tribunal ha identificado que el derecho a la unidad familiar y la tutela del interés superior de los niños también puede representar un argumento importante que permita cuestionar la legitimidad de las resoluciones expedidas por autoridades migratorias. Así, se mencionó que, en el ámbito específico de los niños cuyos padres tengan la condición de migrantes en situación irregular.

es posible identificar dos intereses en conflicto: por un lado, la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y, por otro, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia con el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible. En consecuencia,

corresponde al Estado garantizar un ejercicio legítimo y compatible de ambos bienes jurídicos, a partir de una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo que corresponderá determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño [Sentencia 02744-2015-PA/TC, fundamento 34].

39. Se desprende, de lo expuesto, que existen derechos y principios de naturaleza constitucional que han justificado que se expidan pronunciamientos que cuestionan, en algunos casos, las decisiones de las autoridades migratorias. De este modo, no puede sostenerse, como lo han hecho las instancias judiciales precedentes, que la configuración de los requisitos y condiciones para el ingreso o salida del territorio nacional sea un asunto enteramente discrecional, y en el que se puedan inobservar, de manera flagrante, los derechos de las personas involucradas en los procedimientos migratorios. Y es que, como lo ha anotado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “el campo de aplicación del Pacto es bastante amplio como para que los Estados Partes lleven a efecto su política de inmigración o exijan la salida de personas que se encuentren en su territorio legalmente. Ahora bien, estas facultades discrecionales no son ilimitadas y en determinadas circunstancias podrían llegar a utilizarse arbitrariamente” [Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Caso Hendrick Winata vs. Australia. Decisión de 16 de agosto de 2001, párr. 7.3].
40. Por otro lado, también existen obligaciones internacionales que se asocian con movimiento migratorios, las cuales se desprenden de los compromisos que han sido asumidos por el Estado peruano y que forman parte del derecho interno en los términos establecidos en el artículo 55 de la Constitución. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce, en el artículo 22.8 - que regula el derecho a la circulación y residencia-, que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. La introducción de esta prohibición se realiza en el marco de la protección de las personas que buscan refugio en un tercer Estado, tal y como lo reconoce la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de la Organización de las Naciones Unidas de 1951.

41. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia consultiva y contenciosa que los Estados, en el ejercicio de su facultad de disponer políticas migratorias, pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

39. [...] En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. [...].

40. En esta línea, los Estados se han comprometido a “[p]romover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad”⁷⁵. Asimismo, han reiterado su compromiso con las personas que tienen el derecho a la protección internacional de los refugiados en América Latina [Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N° 21].

42. De similar modo, el inciso 9 de la referida disposición también prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, lo cual permite concluir que existe una tendencia de analizar cada caso que se someta

75 Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, adoptado en ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006, párr. 25.g).

a las autoridades migratorias, sin que se puedan determinar o establecer criterios que no atiendan a la especial o particular situación en la que se encuentre cada uno de los solicitantes. En este mismo sentido, la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” reconoce, en su artículo 22.1, que los trabajadores migratorios y sus familiares “no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”.

43. También es posible destacar el caso de los solicitantes de asilo, dentro del colectivo de las personas migrantes. El artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. De este modo, también existen en el derecho internacional actual diversos casos en los que es posible advertir que la introducción de barreras burocráticas puede generar, potencialmente, que se afecte a las personas que son solicitantes de asilo, refugio o de cualquier otra categoría migratoria de un Estado que permita el ingreso de extranjeros.
44. Es preciso mencionar además que son los Estados quienes regulan sus procedimientos internos a fin de determinar la condición de refugiado o asilado considerando los supuestos necesarios para cumplir tal condición. La Corte Interamericana ha señalado que:

123. [...], el derecho a recibir significa que el Estado debe otorgar la protección siempre que se cumplan los requisitos y condiciones para que ésta pueda ser brindada. En esta línea y en el marco del derecho a recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, la Corte ha determinado que es obligación del Estado de acogida otorgar la protección internacional cuando la persona califique para ello, sea bajo los criterios de la definición tradicional o la ampliada de Cartagena según corresponda” [Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A N°. 25].

45. También se ha hecho referencia a mecanismos de protección complementaria o subsidiaria, los cuales se relacionan con aquellos procedimientos destinados a proteger a las “personas en necesidad de protección internacional que no cumplen con los requisitos establecidos para ser concedido el estatuto de refugiado. Las medidas de protección complementaria permiten regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiadas pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diversos instrumentos de derechos humanos” [CIDH. “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Informe de 31 de diciembre de 2015, pág. 70]. En similares términos, en cuanto a la institución de la extradición, el artículo 13 de la “Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura” dispone que no se concederá “la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”.
46. De lo detallado hasta acá, este Tribunal nota que existen diversos tratados suscritos por el Estado peruano, tanto en el ámbito interamericano como en el universal, que ostentan un impacto directo en cuestiones migratorias.
47. En esta constelación de casos a los que se ha hecho referencia, una condición indispensable que debe ser observada por las autoridades locales radica en permitir que la persona que pretende ingresar al territorio de un Estado tenga la posibilidad de exponer su caso ante los funcionarios estatales en los puestos de frontera, de ser el caso. Así, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha cuestionado políticas de inmigración de algunos países en las que no se permitía que los ciudadanos extranjeros puedan acudir ante una autoridad local a exponer su caso y las razones que justifican su permanencia en el país, tal y como podía ocurrir por cuestiones de índole familiar [Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos, Sr. Jorge Bustamante, en su visita a Estados Unidos. Informe de 5 de marzo de 2008, párr. 116]. De similar modo, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos ha declarado, sobre esto, que

[...] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional [Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Communication No: 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola. Decisión de 11 de noviembre de 1997, párr. 20].

48. De todo lo anteriormente expuesto es posible concluir que debe existir una suerte de “prueba de equilibrio” para resolver casos relacionados con la determinación de la situación migratoria de una persona. En efecto, aunque se admita una especial deferencia hacia las autoridades públicas en el establecimiento de los requisitos y condiciones para el ingreso de una persona en su territorio, ello no puede conducir a una situación en la que no se permita que, como mínimo, la persona involucrada pueda exponer su caso y argumentar las razones que justifiquen su permanencia. Esto puede ocurrir en los casos de solicitantes de refugio, de asilo o de personas que se encuentren reconocidas en otras categorías migratorias avaladas por el Estado. De hecho, la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” reconoce, en este mismo sentido, que

[s]alvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión [artículo 22.4].

49. Ahora bien, el Tribunal nota que esta cada vez mayor cercanía entre cuestiones constitucionales e internacionales obedece a la evolución y el progresivo acercamiento entre ambas disciplinas, lo que ha generado que ciertas instituciones y principios del derecho internacional

hayan sido incorporadas en las normas fundamentales de los Estados. Si bien ya diversos textos constitucionales incorporan figuras como las de la interpretación conforme (como ocurre con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana de 1993, el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, o el artículo 16 de la Constitución de Portugal de 1976), o incorporan de forma directa diversas fuentes de derecho internacional como derecho interno (como ocurre con la referencia directa a los tratados, la costumbre internacional o las reglas generalmente aceptadas de derecho internacional), también existe un fenómeno particular que consiste en regular instituciones establecidas en tratados internacionales como derechos fundamentales que pueden ser exigidos dentro del ámbito de la jurisdicción del Estado respectivo. Esta es, por ejemplo, la experiencia producida en virtud de la Ley Fundamental de Bonn de 1948, ya que su artículo 16 regula, como derecho subjetivo, el derecho al asilo. La Constitución peruana de 1993 también hace una referencia expresa a la prohibición de expulsar a una persona asilada en su artículo 36.

50. No sorprende, por ello, que ya desde hace una importante cantidad de tiempo el Tribunal Constitucional Federal alemán haya sostenido que el derecho de asilo se configura como un derecho público subjetivo, al cual están vinculados el legislador, la administración y los órganos jurisdiccionales. También ha precisado que su reconocimiento se encuentra estrechamente asociado con la inviolabilidad de la dignidad humana como principio supremo [Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 25 de febrero de 1981. Consultada en: Sainz, Fernando (1982). “El derecho de asilo en la República Federal de Alemania”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, Número 4, pág. 144].
51. La incorporación directa en el texto constitucional ha permitido reforzar la tutela de los derechos de las personas que, en situaciones excepcionales, pretenden presentar su caso para poder ingresar al territorio de un determinado país. La Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados ha reportado que, a la fecha, es precisamente Alemania el país con mayor acogida de refugiados⁷⁶, ya que, a mediados de 2021, ya se reportaba la presencia de 1.24 millones de refugiados y 233 000 solicitantes de asilo. La mitad de los refugiados

76 La información se puede consultar en: <https://www.unhcr.org/germany.html>.

proviene de Siria, país que, como se conoce, se encuentra en una guerra civil. Esto obedece a la existencia de la denominada *Asylum Act* del año 2008, la cual aplica para todas aquellas personas en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 a (1) de la Ley Fundamental, así como a todas aquellas personas que merezcan protección internacional en virtud de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas para la calificación de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, para un estatuto uniforme de refugiados o para personas con derecho a protección subsidiaria, y otras normas de similar naturaleza.

52. Es también posible advertir que, frente a determinados contextos excepcionales, diversos países y organismos de derecho internacional y supranacional han adoptado medidas para facilitar el ingreso de migrantes, asilados o refugiados. Por ejemplo, con ocasión del conflicto entre Rusia y Ucrania, la Unión Europea ha adoptado la Decisión de Ejecución 2022/382, a través de la cual se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania, y que, en su condición de viajeros exentos de la obligación de visado, se les permite circular libremente dentro de la Unión, tras ser admitidos en el territorio durante un período de 90 días.
53. Una vez expuesto lo anterior, corresponde examinar la situación migratoria de los ciudadanos venezolanos que desean plantear su caso ante una autoridad estatal e ingresar al territorio nacional.

IV.2. LA SITUACIÓN DE LA MIGRACIÓN VENEZOLANA A NIVEL REGIONAL Y NACIONAL

54. Como es de público conocimiento, en la actualidad existe una importante cantidad de ciudadanos de nacionalidad venezolana en territorio peruano. Para la fecha en la que se interpuso la presente demanda, de acuerdo con estadísticas elaboradas por la Superintendencia Nacional de Migraciones, se puede apreciar la siguiente cantidad de ingresos y salidas a nivel nacional:



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES

TOTAL DE INGRESOS Y TOTAL DE SALIDAS REALIZADOS POR CIUDADANOS VENEZOLANOS A NIVEL NACIONAL, AÑO 2019¹

TIPO DE MOVIMIENTOS	2019		TOTAL ENE2019-FEB2019
	ENERO	FEBRERO	
INGRESOS	47,707	51,642	99,349
SALIDAS	31,166	33,083	64,249

datos comprendidos entre el 01/ENE2019 y el 28/FEB2019.

fuente: información extraída de la Base de Datos MIGRACIONES.

55. Este contexto ha generado la afluencia de una considerable cantidad de ciudadanos de nacionalidad venezolana. Por lo general, según se ha reportado en un reciente estudio el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se advierte que, en la mayoría de los casos, las personas que ingresaron al territorio nacional procedieron a registrar su ingreso:

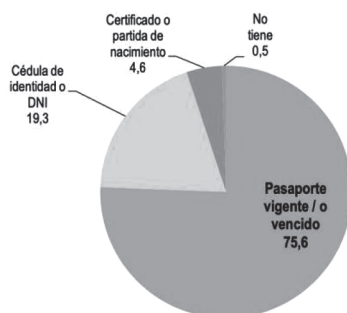
CUADRO N° 3.2
POBLACIÓN VENEZOLANA, POR SEXO, SEGÚN REGISTRO
DE INGRESO EN CONTROL MIGRATORIO, 2018
(Porcentaje)

Registro de ingreso	Total	Hombre	Mujer
	%	%	%
Total	100,0	100,0	100,0
Registraron su ingreso	97,8	97,9	97,6
No registró	2,2	2,1	2,4

Fuente: INEI - Encuesta Dirigida a la Población Venezolana que Reside en el País - ENPOVE 2018.

56. De acuerdo con estos informes, la mayor cantidad de ciudadanos de nacionalidad venezolana ingresaron empleando el pasaporte vigente o, en su defecto, el vencido (75.6%), frente a los que lo hicieron empleando el certificado o partida de nacimiento (4.6%), o la cédula de identidad o DNI (19.3%), tal y como se puede apreciar en el siguiente gráfico, el cual también fue elaborado por el INEI en el marco de la ENPOVE 2018⁷⁷:

GRÁFICO N° III.5
POBLACIÓN VENEZOLANA, POR SEXO, SEGÚN DOCUMENTO USADO PARA INGRESAR AL PERÚ, 2018
(Porcentaje)



77 La Encuesta dirigida a la población venezolana que reside en el país (ENPOVE) identificó las direcciones de 58 067 personas venezolanas registradas en el Censo de Población y Vivienda de 2017. La población objetivo de esta encuesta está constituida por las personas venezolanas residentes en el área urbana de las ciudades capitales de las regiones de Tumbes, La Libertad, Arequipa, Cusco, provincia de Lima y Provincia Constitucional del Callao.

57. Se aprecia, de lo expuesto, que las personas de nacionalidad venezolana que han ingresado al territorio peruano han empleado diversos documentos con la finalidad de identificarse ante las autoridades nacionales. Esto obedece, evidentemente, a que no todas ellas se encuentran en la misma situación, ni pueden presentar los mismos documentos a los funcionarios de migración. El Estado peruano, particularmente desde el año 2017, ha adoptado diversas normas y políticas relacionadas con el ingreso de migrantes, las cuales pueden ser sintetizadas en el siguiente cuadro⁷⁸:

Gráfico N° 3: Los distintos PTP

Núm	Normativa	Plazos	Condiciones
PTP1	Decreto Supremo 002-2017-IN*, 3 de enero de 2017. * Se publicó una fe de erratas al Decreto Supremo N° 002-2017-IN el jueves 5 de enero de 2018, en el Diario Oficial El Peruano.	Ingreso al país hasta antes del 2 de febrero de 2017. Plazo de 120 días hábiles para presentarla solicitud.	Haber ingresado regularmente al país. Estar en situación irregular por vencimiento de la autorización de permanencia o, estando en situación regular, optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales.
PTP2	Decreto Supremo N° 023-2017-IN, 29 de julio de 2017.	Personas que ingresaron al país hasta el 31 de julio de 2017. Plazo de 120 días para solicitud.	Haber ingresado regularmente al país. Estar en situación irregular por vencimiento de su autorización de permanencia o estando en situación regular optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales
PTP3	Decreto Supremo N° 001-2018-IN, 23 de enero de 2018.	Personas que ingresaron al país antes del 31 de diciembre de 2018. Plazo hasta el 30 de junio de 2019.	Estar en situación irregular por vencimiento de su autorización de permanencia o estando en situación regular optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales.
PTP4	Decreto Supremo N° 007-2018-IN, 19 de agosto de 2018	Modifica los lineamientos del Decreto Supremo anterior al reducirlos plazos aplicables, tanto para el ingreso al país (hasta el 31 de octubre de 2018) como para presentarla solicitud del PTP (hasta el 31 de diciembre de 2018)	Estar en situación irregular por vencimiento de su autorización de permanencia o estando en situación regular optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales en su país o en el exterior.

Fuente: Acosta, Blouin y Freier. 2019.

78 El cuadro se encuentra en: “Informe alternativo al Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”. Perú 2020, pag. 19. La información corresponde a los profesores Acosta, Blouin y Freier, quienes efectuaron un estudio sobre la migración venezolana para la Fundación Carolina. El documento puede ser consultado en: <https://www.fundacioncarolina.es/la-emigracion-venezolana-respuestas-latinoamericanas/>

58. La normatividad vinculada con los permisos temporales de permanencia ha sido modificada recurrentemente, y se han establecido requisitos, procedimientos y plazos diferenciados. El Tribunal advierte que, en principio, dicho proceder se encuentra dentro del marco de las atribuciones que le corresponde al Estado. Como se ha señalado, la determinación de los requisitos y condiciones que deben cumplir las personas que pretendan ingresar al territorio peruano es una responsabilidad de las autoridades migratorias. Ahora bien, esto no supone, como se ha destacado, que nos encontremos frente a un ámbito ajeno al escrutinio constitucional. En esta clase de controversias es usual que existan diversos conflictos con derechos que suelen ser invocados por los migrantes. En efecto, los Estados pueden ejercer su derecho de controlar la entrada y residencia de extranjeros; sin embargo, en el ejercicio de esa potestad, sus decisiones pueden interferir con ciertos derechos amparados por la comunidad internacional, por lo que deben existir razones de necesidad social imperante que puedan justificar que un extranjero no pueda ingresar o que sea expulsado del territorio de un Estado [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Boultif contra Suiza. Sentencia de 2 de agosto de 2001, párr. 46].
59. La especial situación de las personas que emigran de Venezuela ha generado que se articulen una serie de esfuerzos entre los Estados de la región. Así, en la “Declaración de Quito sobre Movilidad humana de ciudadanos venezolanos en la región”, realizada en Quito el 4 de septiembre de 2018, los Estados firmantes (entre ellos, el Perú), asumieron una serie de compromisos orientados al intercambio de información y de buenas prácticas con miras a articular una coordinación regional con respecto a la crisis migratoria de ciudadanos venezolanos en la región. Entre las principales medidas, se pueden mencionar las siguientes: a) acoger los documentos de identidad vencidos como documentos de identidad de los ciudadanos venezolanos para fines migratorios (punto 6); b) establecer un programa regional, con el apoyo del Sistema de Naciones Unidas, para el intercambio oportuno de información pertinente sobre migrantes venezolanos, tendiente a prestar la ayuda humanitaria y lograr una migración ordenada y segura; y c) fortalecer la normatividad jurídica, a fin de optimizar las políticas diseñadas para promover y respetar los derechos de los migrantes venezolanos en los países de tránsito y acogida (punto 11).
60. De esta manera, diversos países de la región han adoptado medidas destinadas a impedir que se impongan obstáculos considerables para

el ingreso de los ciudadanos venezolanos a sus territorios. En el caso colombiano, por ejemplo, el Decreto 216 de 2021 creó el “Estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos bajo régimen de protección temporal”, el cual constituye un mecanismo de regularización migratoria y de identificación que autoriza a los migrantes venezolanos a estar en territorio colombiano y a ejercer actividades y ocupaciones legales en el país. Esta condición es otorgada siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 4; vale decir:

1. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o de un Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente, cualquiera sea su fase de expedición, incluido el PEPFF.
 2. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Salvoconducto SC-2 en el marco del trámite de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.
 3. Encontrarse en territorio colombiano de manera irregular a 31 de enero de 2021.
 4. Ingresar a territorio colombiano de manera regular a través del respectivo Puesto de Control Migratorio legalmente habilitado, cumpliendo con los requisitos establecidos en las normas migratorias, durante los primeros dos (2) años de vigencia del presente Estatuto.
61. De hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana también ha destacado el caso de la población venezolana, y particularmente del fenómeno vinculado con la migración irregular y la situación de las personas que se encuentran en dicha condición. Así, en la Sentencia T-404-21, de fecha 23 de noviembre de 2021, en un caso relativo a un migrante irregular, ordenó que se le otorgue un salvoconducto SC-2 mientras se realizaban los trámites respectivos que permitan su regularización con el otorgamiento del Permiso por protección temporal, siempre que, evidentemente, cumpla con las exigencias previstas en la normatividad respectiva.
62. De similar forma, en la experiencia chilena, la reciente Ley 21325, Ley de Migración y Extranjería de 20 de abril de 2021, dispone en su artículo 4 que “[c]orresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. A todo extranjero que solicite el ingreso o un permiso

de residencia en el país se asegurará la aplicación de un procedimiento racional y justo para la aprobación o rechazo de su solicitud, el que se efectuará bajo criterios de admisión no discriminatoria”. El artículo 96 de este mismo cuerpo normativo brinda a los asilados que no cuenten con pasaporte o documento de viaje vigente la posibilidad de obtener, previa autorización del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, un documento de viaje particular. Por su parte, el artículo 130 dispone que los extranjeros y sus familiares “no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectivas, debiéndose analizar y decidir cada caso en forma individual”.

63. Es pertinente agregar que, por el caso específico de Venezuela, en Chile se implementó la denominada Visa de responsabilidad democrática, la cual fue desarrollada en el Oficio Circular N° 96, de fecha 9 de abril de 2018, por el Subsecretario de Relaciones Exteriores, el cual instruyó el otorgamiento a los nacionales venezolanos de un Visado de responsabilidad democrática, y que empezó a regir a partir del 16 de abril de 2018 con el propósito de permitir un ingreso ordenado y disminuir la irregularidad de los procesos migratorios. La Corte Suprema de Chile ha tenido la oportunidad de declarar que la denegación de otorgamiento de la visa y la negativa a continuar su tramitación, puede tornarse en arbitraria e ilegal y, en esa medida, ser considerada una vulneración del derecho a la libertad personal. Cuestionó el impedimento a ciudadanos venezolanos para obtener este tipo de visa con ocasión de la pandemia, y se dispuso que pueden continuar su trámite y obtener un pronunciamiento definitivo por parte de las autoridades migratorias (Rol N° 14497-2021).

IV.3 ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD NACIONAL RELACIONADA A MIGRANTES

64. Al respecto, es importante precisar que, en el caso peruano, es el Ministerio del Interior a través de la Superintendencia Nacional de Migraciones (Migraciones), el sector del Poder Ejecutivo a cargo de la política migratoria interna (cfr. artículos 4 a 6, del Decreto Legislativo 1350). Cabe precisar que el Ministerio de Relaciones Exteriores interviene en la política migratoria, de conformidad con la Ley de Migraciones (artículo 6, del Decreto Legislativo 1350).
65. La importante cantidad de ciudadanos de nacionalidad venezolana que han ingresado al territorio peruano ha generado que las

autoridades estatales aprueben una serie de medidas para regularizar su ingreso. En el presente caso, la parte demandante ha manifestado que, con fecha 6 de junio de 2019, el Gobierno anunció que se requerirá de forma obligatoria pasaporte visado a los ciudadanos venezolanos que deseen ingresar al país, para lo cual, entre otros, cita la ruta web que contiene el Comunicado de Prensa de fecha 6 de junio de 2019 del Ministerio de Relaciones Exteriores (<https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/29204-aplicacion-de-visa-a-nacionales-venezolanos>), en donde se informa:

Frente a la grave crisis política y humanitaria que vive la hermana República Bolivariana de Venezuela, y con miras a contar con una migración ordenada, regular y segura de sus nacionales, las autoridades peruanas de control migratorio, en cumplimiento de la normativa vigente, solo admitirán el ingreso de titulares de pasaporte que cuenten con una visa válida. Esta medida regirá a partir del día 15 de junio de 2019 a las 00:00 horas.

[...]

Del mismo modo, los nacionales venezolanos podrán tramitar la visa de Turista, de Negocios o de calidades migratorias distintas a la Humanitaria, ante cualquier Consulado peruano en el exterior.

El Ministerio de Relaciones Exteriores exhorta a los nacionales venezolanos a cumplir con la obligación de obtener la correspondiente visa antes de embarcar con destino al Perú o presentarse en un puesto de control migratorio peruano.

66. Al respecto, en la Resolución de Superintendencia 000177-2019-MIGRACIONES, emitida por la Superintendencia Nacional de Migraciones (<https://www.refworld.org/es/pdfid/5d080de24.pdf>), se hace referencia al Oficio OF.RE (MIN) N° 2-10/9, de fecha 30 de mayo de 2019, mediante el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores informa al Ministerio del Interior que, al estar la República Bolivariana de Venezuela suspendida en todos los derechos y demás obligaciones inherentes a su condición de Estado parte del Mercosur, el derecho de los nacionales venezolanos a transitar sin pasaporte y sin visa de turismo por los territorios comunitarios, incluido el Perú, se encuentra suspendido; por lo que dispone que, a partir de las 00:00 horas del 15 de junio de 2019, los funcionarios de control migratorio en los puestos de frontera, puertos y aeropuertos peruanos solo admitirán a los

nacionales venezolanos titulares de pasaportes ordinarios. Conforme al Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones, los documentos de viaje son

[...] el pasaporte; el salvoconducto; el documento de viaje o el laissez-passer por razones humanitarias; el documento de identidad de otro Estado, siempre que se utilice con este propósito, y cualquier otro documento, de conformidad con las normas o los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte.

67. Este cuerpo normativo también regula, en su artículo 11, la especial situación de vulnerabilidad en que pueden encontrarse determinadas personas, tales como

[...] niños, niñas y adolescentes, adulto mayor, personas con discapacidad, o que pertenecen a un pueblo indígena víctima de trata de personas y tráfico de migrantes, víctimas de violencia familiar y sexual, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales.

68. El artículo 11.2 precisa que Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores adoptan, en el ámbito de sus competencias, los criterios para asistir a las personas en situación de vulnerabilidad; pudiendo “emitir los documentos y/o permisos de permanencia temporal o residencia pertinentes”.
69. Posteriormente, mediante Oficio OF.RE (DGC) N° 2-10-E/1081, el director general de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores comunica a Migraciones que, en el marco del Protocolo de Ushuaia y el Cuarto Eje de la Política Nacional Migratoria, corresponde admitir a los nacionales venezolanos que, por razones humanitarias, requieran ingresar al territorio nacional con cédula de identidad y sin pasaporte, siendo los beneficiados de esta decisión las siguientes personas: (i) menores de edad en tránsito hacia el Perú para reunirse con sus padres y no cuenten con cédula de identidad o pasaporte sino únicamente partida de nacimiento, (ii) mayores de edad en tránsito hacia el Perú para reunirse con su núcleo familiar residente en Perú, (iii) mayores de edad en situación de extrema vulnerabilidad en tránsito hacia el Perú, (iv) mujeres embarazadas en situación de extrema vulnerabilidad en tránsito hacia el Perú; y, (v) adultos mayores, de más de 60 años, en tránsito hacia el Perú.

IV.4 ESTÁNDARES Y PAUTAS MÍNIMAS RELATIVOS A CASOS DE MIGRANTES

70. El Tribunal aprecia que los supuestos en los que es posible admitir a ciudadanos de nacionalidad venezolana, y que han sido reconocidos en el Oficio OF.RE (DGC) N° 2-10-E/1081, son considerablemente específicos, y han sido elaborados bajo la lógica de *numerus clausus*, esto es, solo brindando protección a las personas que, de forma concreta, se encuentran bajo el supuesto de hecho de la regla. Para este supremo intérprete de la Norma Fundamental, independientemente del hecho de que las autoridades nacionales gocen de un importante margen de apertura para la adopción de políticas migratorias, no se condice con la lógica tuitiva de los derechos el que solo se reconozca a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad -con la evidente exclusión inmediata de otros- la posibilidad de acceder a figuras que permiten el ingreso a territorio nacional por razones humanitarias. Esto no solo supone que se genere una situación de desprotección respecto de una importante constelación de casos, sino que, además, promueve que los funcionarios públicos efectúen interpretaciones restrictivas con la finalidad de impedir el ingreso de ciudadanos extranjeros al territorio nacional. Al respecto, y a propósito del caso venezolano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido la oportunidad de precisar que

insta al Estado ecuatoriano y a los demás Estados de la región a adoptar medidas en línea con lo dispuesto en su Resolución 2/18 sobre Migración forzada de personas venezolanas, en especial lo relativo a abstenerse de adoptar medidas como el cierre de fronteras, las restricciones de ingreso a personas que podrían tener necesidades de protección internacional, la penalización por el ingreso o presencia irregular, la necesidad de presentar documentos oficiales, como pasaporte o antecedentes penales, la detención migratoria y discursos de odio [CIDH. CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador, 27 febrero 2019, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5c76f7604.html>. Acceso el 16 de junio de 2022].

71. De similar modo, el Tribunal advierte, del contraste entre el Oficio OF.RE (DGC) N° 2-10-E/1081 y lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Migraciones, que se ha reducido el ámbito de colectivos que

pueden verse favorecidos con la adopción de medidas que faciliten los trámites administrativos pertinentes para solicitar el ingreso al territorio peruano. Como se ha mencionado *supra*, el referido artículo 11 especifica que, entre los diversos grupos en situación de vulnerabilidad, se encuentran los “niños, niñas y adolescentes, adulto mayor, personas con discapacidad, o que pertenecen a un pueblo indígena víctima de trata de personas y tráfico de migrantes, víctimas de violencia familiar y sexual, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales”.

72. Se aprecia, de la redacción de esta disposición, que no se efectúan diferencias en relación con la situación del menor (si es que están o no en tránsito para reunirse con sus padres), sino que, además, se reconoce un supuesto abierto relativo a “quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales”, lo cual permite que las autoridades migratorias cuenten con la posibilidad de reconocer y admitir el ingreso de personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad y que no hayan sido reconocidas, de forma expresa, en la normatividad nacional.
73. En ese sentido, Migraciones facilitó el ingreso al territorio nacional únicamente a las personas que se encontraban dentro de los supuestos detallados en el Oficio OF.RE (DGC) N° 2-10-E/1081, excluyendo, sin mayor justificación, a otras personas que también se encontraban en situación de vulnerabilidad, y cuya condición debería ser evaluada por la autoridad migratoria nacional en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1350. En efecto, como se ha analizado precedentemente, se consideró solo a un grupo de ellos y se les dio facilidades para ingresar al territorio nacional -sin requerir visa, sino solo cédula de identidad-, diferenciándolos de los otros grupos o sujetos vulnerables, sin mayor justificación, los que también requerían especial protección por las condiciones de vulnerabilidad en la que podrían encontrarse, como los niños y adolescentes que se encuentran en tránsito sin acompañamiento, personas con discapacidad, víctimas de violencia familiar o sexual, entre otros.
74. En el caso de los menores no acompañados, es posible destacar la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran, lo cual obedece, principalmente, a que han quedado desconectados de su entorno familiar, a que se encuentran fuera de su país de origen [*cfr.* Comité de los Derechos del Niño de la ONU. Observación General Nro. 6, sobre trato de los menores no acompañados y separados de

su familia fuera de su país de origen. Documento de 1 de septiembre de 2005, párr. 40], y al hecho de estar expuestos a traficantes de personas [*cfr.* Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Visita al Canadá. Informe de 21 de diciembre de 2000, párr. 86].

75. Este Tribunal estima que cualquier determinación o evaluación respecto de la situación migratoria del menor debe ser realizada por instituciones con experiencia en asuntos relativos a la niñez. Del mismo modo, los menores deben ser conducidos a instalaciones que puedan estimarse como apropiadas y adecuadas en virtud de su desarrollo emocional. Esto también supone que el desarrollo de cualquier interacción con los menores deba efectuarse en ambientes en los que se garantice su privacidad y en los que se considera su situación especial [*cfr.* CIDH. “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados”. Informe de 24 de julio de 2015, p. 125].
76. En el caso de las personas con discapacidad, este Tribunal advierte que, por lo general, se suele observar en los Estados -y el Perú no es una excepción en este punto- un “desencuentro y una falta de transversalización de la perspectiva de discapacidad en las políticas migratorias y de protección a las personas refugiadas, desplazadas y migrantes; e igualmente la incorporación de las necesidades específicas que como refugiadas, desplazadas y migrantes experimentan las personas con discapacidad, en la legislación y las políticas en materia de derechos y discapacidad” [Acnur. “Discapacidad y movilidad humana. Estudio regional sobre la situación de las personas con discapacidad refugiadas, desplazadas y migrantes en América Latina”. Informe de abril de 2021, pág. 109]. Esto supone que, si bien muchos países cuentan con mecanismos, procedimientos e instituciones para examinar la situación de los migrantes, muchos de ellos no cuentan con protocolos o guías específicas de atención a personas con discapacidad, lo cual supone una severa limitación para el ejercicio de otros derechos fundamentales y que justifica, precisamente, la adopción de medidas particulares frente a esta situación.
77. Por otro lado, un contexto particular existente en el marco de los movimientos migratorios se presenta en el caso de las personas que han sido víctimas de violencia familiar o sexual. Al respecto, el “Comité para la eliminación de la discriminación en contra de la Mujer” de la Organización de las Naciones Unidas ha reconocido que la violencia en contra de las mujeres y niñas es “una de las principales formas de persecución que estas sufren y puede ser motivo para concederles la

condición de refugiadas y permisos de asilo o residencia por motivos humanitarios” [“Comité para la eliminación de la discriminación en contra de la Mujer de la Organización de la ONU” (2020). Recomendación General 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial. Informe de 20 de noviembre de 2020, párr. 25].

78. Finalmente, este Tribunal no puede dejar de advertir que, en esta clase de discusiones, sería perjudicial que la normatividad nacional adopte un enfoque *numerus clausus* relativo a las situaciones de especial vulnerabilidad que ameritarían la adopción de una estrategia que elimine las trabas burocráticas o administrativas de aquellas personas que solicitan ingresar al territorio peruano. En efecto, independientemente de las razones expuestas en esta sentencia, la administración pública cuenta con la facultad de identificar todos aquellos escenarios de vulnerabilidad que ameriten la adopción de tratamientos diferenciados en cuanto a la determinación de los requisitos para solicitar el ingreso al territorio nacional. En este mismo orden de ideas, una de las metas planteada en la Agenda 2035 para facilitar la movilidad humana, planteada por el relator especial de los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU consiste en

[r]espetar y proteger los derechos humanos de todos los migrantes en las fronteras, tanto a la entrada como al regreso, con especial atención a los grupos vulnerables, como los niños no acompañados, las familias con niños, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, los solicitantes de asilo, los refugiados, las víctimas potenciales de la trata y los migrantes ancianos [Informe del relator especial de los Derechos humanos de los migrantes sobre una Agenda 2035 para facilitar la movilidad humana. Informe de 28 de abril de 2017, meta 3.3].

79. En esta misma línea, y a propósito del caso concreto de Venezuela, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó la Resolución 2/18, sobre “Migración forzada de personas venezolanas”, en la que ha enfatizado que los Estados de la región deben “[i]mplementar mecanismos que permitan identificar a personas que requieren protección internacional y a personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o con necesidad especiales de protección [CIDH. Resolución 2/18, sobre “Migración forzada de personas venezolanas”, punto 5].

80. Es preciso anotar que por “protección internacional” la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende a

37. [...] aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia [Corte IDH. “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N° 21].

81. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es importante destacar que se ha adoptado normatividad posterior que regula el otorgamiento de la “Calidad migratoria humanitaria”. En efecto, en la Resolución Ministerial 0207-2021-RE se ha establecido que existen diversos grupos de personas que pueden acceder a este tipo de condición migratoria, ya que a ella pueden postular “[q]uienes no reúnen los requisitos para la protección de asilado o refugiado y se encuentren en una situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano o quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales”. Esta resolución también incluye a los solicitantes de refugio o asilo. El Tribunal nota que

existe un importante margen de apertura para que las autoridades competentes puedan reconocer e identificar supuestos en los que, por la especial urgencia del caso específico, se deban brindar las facilidades necesarias para permitir el ingreso al territorio peruano.

82. Este supremo intérprete de la Constitución destaca que, con la adopción de sucesivas modificaciones normativas (entre ellas, la reciente Resolución Ministerial 0207-2021-RE), el Estado peruano ha implementado progresivamente procedimientos que resultan compatibles tanto con la normatividad interna como con la internacional, particularmente en lo relativo a la protección de personas migrantes en situaciones de vulnerabilidad. De hecho, las disposiciones más recientes aluden a las condiciones de vulnerabilidad previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, las cuales, como se ha mencionado con anterioridad, deben ser interpretadas bajo una lógica *numerus apertus*. En todo caso, el pronunciamiento de este Tribunal radica en la necesidad de evitar que, a futuro, las autoridades migratorias peruanas exijan el cumplimiento de requisitos o condiciones que puedan suponer serios obstáculos para las personas que, según la normatividad interna e internacional, merecen protección; y en precisar que no toda persona migrante que desee ingresar al territorio peruano, incluyendo aquellas que invoquen razones humanitarias, se encuentra en una situación de vulnerabilidad como para que se le brinde accesibilidad y/o protección especial.
83. En tal sentido, con respecto a la identificación de la condición de vulnerabilidad, se entendería entonces que es a la autoridad migratoria competente a la que le corresponde evaluar y determinar caso por caso si la persona migrante que pretende ingresar al territorio nacional cuenta o no con una condición de vulnerabilidad, ya sea que formen parte de los grupos ejemplificados en el Decreto Legislativo 1350, ingrese en la categoría de las que requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales o pertenezcan a otro grupo vulnerable; con lo cual, hay un amplio margen para la valoración de estos casos, que, por cierto, no está exento de un eventual control posterior por el órgano jurisdiccional.
84. De hecho, esta posición de interpretar en sentido amplio los supuestos de vulnerabilidad ya ha sido asumida en la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en la Sentencia 00892-2019-PHC/TC, este supremo intérprete de la Norma Fundamental, ante una demanda similar, procedió a

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, **DISPONER** que la Superintendencia Nacional de Migraciones, cuando regule el ingreso de ciudadanos de otros países, por razones humanitarias, mínimamente considere las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, de Migraciones, pudiendo considerar otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.
85. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, este pronunciamiento tampoco debe ser entendido en el sentido de impedir que el Estado peruano pueda exigir el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos para el ingreso al territorio nacional. En efecto, el considerable margen de apertura del que gozan las autoridades peruanas les faculta a solicitar la presentación de documentación que permita la adecuada identificación de la persona, requerir que esta no cuente con antecedentes vinculados con asuntos de índole penal, o alertas registradas en la Organización Internacional de Policía Criminal o Policía Internacional (Interpol), entre otros. Indudablemente, en esa clase de casos, el mantenimiento del orden público faculta a adoptar esta clase de medidas.
86. Ahora bien, es importante recordar, como se hizo de forma previa, que no existe en la Constitución o en los tratados un derecho fundamental que permita que los ciudadanos extranjeros ingresen libremente y sin limitaciones al territorio de un país que no es el suyo. El Estado peruano no es una excepción; por ello, controla el ingreso y salida tanto de ciudadanos nacionales y extranjeros, y puede incluso, en el caso de los segundos, negarles el ingreso o expulsarlos, conforme a las disposiciones de la Ley de Migraciones. El Tribunal también observa que, ciertamente, el Estado peruano está facultado para implementar procedimientos céleres para resolver solicitudes de ingreso manifiestamente infundadas y abusivas, y que, por esa razón, no merezcan algún nivel de protección a nivel nacional o internacional [*cfr.* Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, fundamento 172].
87. Sin embargo, tales regulaciones no se encuentran exentas de cumplir con las obligaciones que se derivan tanto de la Constitución como de los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, y que imponen que, como mínimo, las solicitudes de ingreso a territorio nacional se analicen de forma individual y previo otorgamiento de la posibilidad al solicitante de exponer su caso. Al evaluar estos pedidos, las autoridades estatales deben tener una especial diligencia

para aquellos casos en los que se encuentren involucradas personas en situación de vulnerabilidad.

88. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal advierte que, en la actualidad, la normatividad vigente relativa a los supuestos que habilitan el ingreso al territorio peruano resulta compatible con la Constitución; ello, claro está, en la medida en que, al conocer de las solicitudes individuales, las autoridades migratorias interpreten la situación de vulnerabilidad de forma amplia, tal y como se establece en el Decreto Legislativo 1350 y en la Resolución Ministerial 0207-2021-RE.

V. CONSIDERACIONES SOBRE LOS HECHOS DEL PRESENTE CASO Y LA NECESIDAD DE EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO

89. En la presente demanda de *habeas corpus* se cuestiona la normatividad que, en su momento, exigía que las personas de nacionalidad venezolana presenten su pasaporte para su ingreso al territorio nacional. Sin embargo, es objeto de impugnación directa el mensaje a la nación de fecha 6 de junio de 2019, época en la que el entonces presidente de la República, señor Martín Vizcarra Cornejo, anunció que, a partir del día 15 de junio del mismo año, solo podrían ingresar al territorio peruano los ciudadanos de nacionalidad venezolana que contaran con pasaporte visado.
90. El Tribunal observa que, en realidad, los requisitos o condiciones establecidas en la normatividad actual para ingresar a territorio nacional no son los mismos que los existentes al momento en que se interpuso la demanda. De hecho, tanto la calidad migratoria humanitaria como los supuestos de vulnerabilidad reconocidos en el Decreto Legislativo 1350 demuestran que, en principio, se han superado ciertos obstáculos que, con anterioridad, se habían presentado en la normatividad nacional. Sin embargo, ello no es impedimento para la expedición de un pronunciamiento de fondo, y ello debido a que, de conformidad con el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, es posible emitir un pronunciamiento estimatorio si es que el daño cuestionado cesó luego de presentada la demanda. Del mismo modo, este supremo intérprete de la Norma Fundamental también considera que esta necesidad se deriva del deber de velar porque, a futuro, no se presenten situaciones análogas a las del presente caso, en las que se establezcan requisitos o condiciones que impidan que las personas en situaciones de vulnerabilidad no cuenten con la posibilidad de plantear su caso ante funcionarios nacionales.

91. Ahora bien, antes de analizar si es que la exigencia de un pasaporte visado para los ciudadanos de nacionalidad venezolana supone una vulneración de la Constitución, es importante que este Tribunal identifique los derechos que, potencialmente, podrían estar comprometidos por esta clase de medidas. En su escrito de demanda, la parte recurrente se refiere a los derechos a la libertad de tránsito, al refugio, a la igualdad y no discriminación y al “derecho de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en el artículo 2, incisos 2 y 11, y artículos 3 y 4 de la Constitución” (f. 24).
92. Al respecto, es importante recordar que, en el contexto de apertura, diálogo y cooperación con el Derecho Internacional, la Constitución peruana de 1993 contiene diversos preceptos que garantizan el adecuado cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado peruano. De este modo, el artículo 55 de la Constitución dispone que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. De este mandato se desprende que las exigencias contenidas en instrumentos internacionales debidamente suscritos por el Estado peruano forman parte del parámetro de enjuiciamiento que los órganos internos deben examinar para determinar si una conducta es conforme con el ordenamiento jurídico.
93. De similar forma, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “[l]as normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. De este precepto constitucional se desprende una lógica de Estado constitucional abierto o amigable con el derecho internacional, fórmula similar a la adoptada por otros países, y que se caracteriza por la “amabilidad de la ley internacional, o la apertura hacia la ley internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), y se encarga de delinear el desarrollo paralelo y la interdependencia mutua entre el Estado constitucional y la cooperación internacional [Di Martino, Alessandra (2016). “El Estado Constitucional abierto: la respuesta de Alemania al pluralismo legal y europeo”. En: Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (editores). *Diálogo entre Cortes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 19]”.
94. Esta tendencia de apertura y comunicación con el derecho internacional ha sido recientemente reafirmada por el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual dispone

que el “contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

95. En esa lógica, este Tribunal entiende que corresponde examinar los hechos expuestos en la demanda a la luz de los derechos reconocidos en la Constitución peruana y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano.
96. Un primer precepto relevante a propósito de la temática planteada es el artículo 36 de nuestra Ley Fundamental, disposición que establece que “el Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación de asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue”. En virtud de esta cláusula constitucional, no solo se incorpora directamente la figura del asilo, sino que además se incorpora un mandato directo a las autoridades nacionales de no entregar a las personas que accedieron a dicha protección a las autoridades del gobierno que los persigue.
97. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional ratificado por el Estado peruano, reconoce en su artículo 22 que
 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
98. El artículo 22.7 de la Convención Americana también regula, como ocurre en el caso del artículo 36 de la Constitución, el derecho de buscar y recibir asilo.
99. En relación con el artículo 22.8 del Pacto de San José, este establece el denominado el principio de no devolución o *non refoulement*, el que, conforme a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

209.[...] constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y de las personas solicitantes de asilo. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue el primer instrumento internacional en codificar, en su artículo 33.1, el principio de no devolución como una medida efectiva para garantizar el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo -que bajo dicho tratado asume la modalidad específica del estatuto del refugiado - y como un componente integral de la protección internacional garantizada a las personas solicitantes de asilo y refugiadas , al establecer que “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

217. [...] en el marco de la Convención Americana el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 asume una expresión singular, a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados. De este modo, la prohibición de devolución establecida en el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados [Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21].

100. Si es que se revisa la definición de “refugiado” establecida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, se puede apreciar, en su artículo 1, que esta categoría abarca la situación de aquellas personas con fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y que se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran regresar a él. De hecho, otras

disposiciones del mismo instrumento enfatizan que la persecución debe atentar contra derechos como la vida o la libertad personal, esto es, se refiere a los mismos derechos que el artículo 22.8 de la Convención⁷⁹.

101. Sin embargo, como ha detallado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre” [*cfr.* Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, fundamento 135].
102. De este modo, este Tribunal considera que los artículos 2.1 y 2.24 de la Constitución, que reconocen el derecho a la vida y a la libertad personal, deben ser complementados en su interpretación con lo dispuesto en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual supone que el Estado peruano tiene, como mínimo, los siguientes deberes: i) cuando se regule el ingreso de ciudadanos de otros países por razones humanitarias, mínimamente efectúe una especial consideración, al atender solicitudes, de todas aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, de Migraciones, pudiendo considerar, adicionalmente, otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad; ii) abstenerse de impedir el ingreso o expulsar a aquella persona cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas; iii) diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso; iv) no imponer requisitos o exigencias que hagan que, en la práctica, el acceso a la protección internacional se torne en ilusoria.

79 Por ejemplo, el artículo 33.1 de dicha Convención establece que “[n]ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

103. Este Tribunal estima importante precisar que no toda persona migrante es, a su vez, solicitante de la institución del asilo o del refugio. De este modo, lo dispuesto en el artículo 22.7 de la Convención Americana es aplicable solo para las personas que, dentro del colectivo general de los migrantes, pretenden aplicar a la figura del asilo. De otro lado, el artículo 22.8, por su redacción, es una cláusula que no solo aplica a refugiados y asilados, por lo que reconoce una obligación general de los Estados en relación con las personas que pretendan ingresar a su territorio.
104. Es por ello que es importante precisar que lo dispuesto en el primer punto (i) es aplicable para los migrantes que pretendan ingresar por razones humanitarias; lo establecido en los puntos (ii) y (iii) es aplicable, en general, para todos los migrantes; mientras que lo expresado en el punto (iv) se vincula con aquellas personas que merecen protección internacional, tal y como ocurre en el caso de figuras como el asilo y el refugio.
105. Delimitados los derechos involucrados, corresponde examinar si es que los hechos expuestos en la demanda suponen una vulneración de los derechos a la vida, la libertad personal y la circulación y residencia.
106. El Tribunal advierte, en primer lugar, que la exigencia cuestionada en el escrito de demanda ha sido modificada por ulteriores normas que han regulado el otorgamiento de la “Calidad migratoria humanitaria”, tal y como ocurre, por ejemplo, con la Resolución Ministerial 0207-2021-RE, a la que se ha hecho referencia con anterioridad. Esto podría suponer, en principio, que se deba declarar la sustracción de la materia, y ello en la medida en que los requisitos cuestionados no se encuentran previstos en la normatividad vigente, que regula el otorgamiento de la “Calidad migratoria humanitaria”. Sin embargo, como se precisó *supra*, resulta viable, en virtud de lo previsto en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional (similar al artículo 1 del Código Procesal Constitucional del año 2004, vigente a la fecha de la interposición de la demanda), emitir un pronunciamiento de fondo, con la finalidad de evitar que las autoridades emplazadas vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda.
107. Este supremo intérprete de la Constitución debe enfatizar que la exigencia de presentar determinados documentos ante las autoridades migratorias puede ser especialmente perjudicial para las personas

que deseen acceder a instituciones como el asilo o el refugio. En efecto, debe considerarse que, por lo general, las personas que han abandonado su país por motivos de persecución suelen salir del territorio del cual son nacionales con sus pertenencias más elementales, y, en algunos escenarios, incluso el propio Estado les impone barreras burocráticas que les impide acceder a servicios elementales, como podría ser, inclusive, la expedición de los documentos fundamentales para realizar un viaje al exterior.

108. En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) ha precisado que “los solicitantes de asilo se ven a menudo obligados a llegar o entrar ilegalmente al país de asilo. Contrariamente a los inmigrantes ordinarios, muchos no pueden obtener un pasaporte o un visado como es debido. Habría que tener en cuenta este hecho y el reconocimiento de los traumas físicos y psicológicos padecidos por muchos solicitantes de asilo antes de imponer cualquier restricción a la libertad de circulación” [Acnur. “Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados”. Guía Práctica para Parlamentarios Número 2 – 2001, pág. 81].
109. En una situación similar se encuentran las personas que pretenden acceder a la institución del refugio en un tercer Estado o, inclusive, los apátridas. En este orden de ideas, se ha destacado que “no se debe exigir que documentos como el pasaporte o de otra naturaleza estén vigentes” [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Debido proceso en los procesos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria”. Informe de 5 de agosto de 2020, párr. 246].
110. El Tribunal estima que el establecimiento de barreras burocráticas puede evitar la protección de una persona que se encontraría dentro de los estándares establecidos para el acceso a la condición de refugiado o asilado. Del mismo modo, considera que el Estado peruano debe establecer canales de migración accesibles, regulares, seguros y asequibles que permitan el acceso a las categorías migratorias reconocidas en el derecho interno e internacional [Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes de la ONU. Informe de 4 de agosto de 2016, párr. 64].
111. Por lo expuesto, el Tribunal concluye que la exigencia de un pasaporte visado exigible a los ciudadanos de nacionalidad venezolana

supone una vulneración de los derechos a la vida y a la libertad personal, interpretados de forma conjunta con los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si es que se requiere para personas que, en virtud del derecho interno o internacional, merezcan alguna clase de protección especial por su situación de vulnerabilidad o por concurrir alguna otra razón válida que justifique su ingreso al territorio nacional.

& Efectos de la sentencia

112. El Tribunal advierte que los recurrentes, en el escrito de demanda del presente *habeas corpus*, han solicitado que “se deje sin efecto el impedimento de ingreso al interior del país a venezolanos y venezolanas que no cuenten con visa” (f. 25). De este modo, se trata de un pedido general para que todas las personas de nacionalidad venezolana se vean exoneradas de efectuar el trámite relativo a la visa para ingresar a territorio peruano.
113. En esta sentencia se ha destacado que es una facultad del Estado el establecimiento de políticas migratorias que regulen el ingreso, permanencia o salida de las personas que han ingresado al territorio peruano. Se ha señalado, en ese sentido, que las autoridades estatales tienen un importante margen de maniobra en la identificación de los requisitos y procedimientos que deben ser cumplidos por todas aquellas personas que deseen ingresar a territorio nacional. En consecuencia, no existe, propiamente, un derecho indiscriminado y genérico que le permita a cualquier persona ingresar al territorio peruano. Esto incluye, evidentemente, la determinación de los documentos que deben ser presentados para evaluar esta posibilidad.
114. Sin embargo, es también cierto el hecho de que admitir el ingreso solo de personas que cuenten con una visa válida puede suponer un incumplimiento del deber de evaluar la posibilidad de introducir trámites más flexibles para aquellas personas que pretendan solicitar el asilo, el refugio, o cuenten con una situación de vulnerabilidad, o argumentar la existencia de cualquier otra condición migratoria para justificar su permanencia en el territorio peruano. Se ha puesto de relieve en esta sentencia que, en virtud de los parámetros constitucionales e internacionales, existe un deber mínimo a cargo del Estado de analizar, individualmente, los casos que son puestos en su conocimiento, y con un especial énfasis en los casos de personas que integran colectivos en situación de vulnerabilidad.

115. La presencia de trámites burocráticos severos en esta clase de casos puede suponer una potencial vulneración de diversos derechos reconocidos en la Norma Fundamental, como ocurre con los derechos a la integridad personal, a la unidad familiar, a la circulación, al debido procedimiento en sede administrativa, entre otros. Se ha indicado, sobre este punto, que el acto de oír a una persona que dice estar en situación de riesgo de persecución es “el elemento más fundamental del derecho a buscar asilo” [CIDH. “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados”. Informe de 24 de julio de 2015, p. 54], a lo que bien pueden agregarse las categorías como la del estatuto de refugiado o cualquier otra condición migratoria que adopte un Estado y que permita el ingreso de personas en situaciones de excepcionalidad.
116. Este Tribunal también recuerda que los principales encargados del diseño y ejecución de políticas en asuntos migratorios son el Poder Ejecutivo y el Legislativo. De esta manera, en esta decisión no le corresponde a este supremo intérprete de la Constitución la detección, de forma rígida, de una sola fórmula que permita afrontar la situación relativa a la importante afluencia de ciudadanos de nacionalidad venezolana en el Perú. En todo caso, sí es competente para determinar, en esta clase de materias, aquello que se encuentra dentro de lo *constitucionalmente prohibido*, y que supondrá, evidentemente, un límite a las facultades estatales.
117. Por lo expuesto, este Tribunal estima que, a futuro, las entidades competentes en asuntos migratorios deben garantizar que:
- a) Cuando se regule el ingreso de ciudadanos de otros países por razones humanitarias, mínimamente efectúe una especial consideración, al atender solicitudes, de todas aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones, pudiendo considerar, adicionalmente, otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.
 - b) Abstenerse de impedir el ingreso o expulsar a aquella persona cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

- c) Diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso ante las autoridades competentes. Esto supone la prohibición de las expulsiones colectivas e indiscriminadas.
 - d) No imponer requisitos o exigencias que hagan que, en la práctica, el acceso a la protección que brindan las calidades migratorias se torne ilusoria.
118. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal conserva su competencia para examinar si es que, en algún caso individual o colectivo, el Estado peruano no ha cumplido con lo estándares exigidos en esta sentencia al evaluar el ingreso de un extranjero a territorio peruano.
119. Por otro lado, el Tribunal advierte que, en su petitorio, la parte recurrente también solicita que se deje sin efecto el impedimento de ingreso a territorio nacional de aquellos ciudadanos de nacionalidad venezolana que no cuenten con visa. Al respecto, es importante mencionar que el pronunciamiento de este supremo intérprete de la Norma Fundamental se ciñe a los casos de las personas cuyos casos puedan ser objeto de tutela en virtud de lo previsto en las disposiciones que regulan el otorgamiento de la “Calidad migratoria humanitaria” y de todas aquellas que merezcan protección bajo una figura internacional (refugio o asilo). En este sentido, la exigencia de la visa como requisito para ingresar al territorio nacional -fuera de los supuestos ya mencionados- no es algo que, *per se*, resulte contrario a la Constitución.
120. Finalmente, como también se ha destacado, también resulta viable desde una perspectiva constitucional que el Estado peruano exija el cumplimiento de ciertas condiciones mínimas para ingresar al territorio nacional, tal y como ocurre, por ejemplo, con la presentación de documentación que acredite la identidad de la persona, o requerir que esta no cuente con antecedentes vinculados con asuntos de índole penal, o alertas registradas en la Organización Internacional de Policía Criminal o Policía Internacional (Interpol), entre otros.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, en virtud del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional; en consecuencia, las autoridades emplazadas, a futuro, deben garantizar que:
 - a) Cuando regulen el ingreso de ciudadanos de nacionalidad venezolana o de terceros países por razones humanitarias, mínimamente efectúen una especial consideración, al atender solicitudes, de todas aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, de Migraciones, pudiendo considerar, adicionalmente, otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.
 - b) Abstenerse de impedir el ingreso o expulsar a aquella persona cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
 - c) Diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso ante las autoridades competentes. Esto supone la prohibición de las expulsiones colectivas e indiscriminadas.
 - d) No imponer requisitos o exigencias que hagan que, en la práctica, el acceso a la protección que brindan las calidades migratorias se torne ilusoria.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo relativo al cuestionamiento general de la visa como exigencia para ingresar al territorio peruano para todos aquellos casos en los que no sea aplicable la figura de la “Calidad migratoria humanitaria”, el refugio o el asilo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE MONTEAGUDO VALDEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MORALES SARAIVA

1. Si bien estoy de acuerdo con el sentido del fallo, no comparto las razones y argumentos de los fundamentos 4 a 53 de la Sentencia porque considero que no son relevantes para dilucidar la presente controversia.
2. En el presente caso, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, a través de su secretario ejecutivo; el director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela); y el secretario ejecutivo de la Comisión Episcopal de Acción Social (Ceas), presentan demanda de *habeas corpus* contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y la Superintendencia Nacional de Migraciones, solicitando que se deje sin efecto el impedimento de ingreso al territorio nacional de migrantes venezolanos que no cuenten con visa, lo que implicaría a su vez la vulneración o amenaza a los derechos a la libertad de tránsito, a solicitar refugio y a la igualdad y no discriminación, así como los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
3. Señalan, entre otras cosas, que el Perú venía implementando medidas que contravienen los derechos humanos de los migrantes venezolanos; como el anuncio del entonces Presidente de la República, que señaló que se requerirá de forma obligatoria, pasaporte visado a los ciudadanos venezolanos que deseen ingresar al país.
4. Alegan que la exigencia de contar con pasaporte visado a los migrantes venezolanos para el ingreso al territorio nacional constituye una vulneración de su derecho al libre tránsito reconocido en el artículo 2, inciso 11, de la Constitución, puesto que contraviene su derecho humano a la libre circulación dentro del territorio nacional reconocido a través de acuerdos como el “Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados”, mediante el cual se reconoció la validez de documentos de identificación personal como documento de viaje hábiles para el tránsito de nacionales y/o residentes regulares de los Estado Partes del Mercosur, razón por la cual la sola presentación de la cédula de identidad venezolana debe servir para permitir el ingreso al territorio nacional.

5. Ahora bien, en el punto relativo a la legitimidad para interponer la demanda de *habeas corpus* considero que existen otras razones jurídicas, diferentes a la ponencia, suficientes en el ámbito legal peruano que permiten su admisión a trámite.
6. La demanda se interpone a favor de los migrantes venezolanos que desean ingresar al territorio nacional en busca de refugio de la crisis política, social y económica y que no cuenten con visa para hacerlo y que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.
7. Al respecto, se puede observar que la presente demanda ha sido interpuesta a favor de un colectivo de personas. Este es un tema que ya ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en virtud del carácter *antiformalista* del proceso de *habeas corpus*, permitiendo la interposición de demandas a favor de un colectivo de personas.
8. Así pues, en un primer momento, en el expediente 5842-2006-PHC, este Tribunal emitió pronunciamiento de fondo en un caso en el que se interpuso una demanda de *habeas corpus* a favor de los pacientes que se encontraban internados en la Sala de Hospitalización del Instituto de Salud Mental ‘Honorio Delgado-Noguchi’. En dicho caso, señaló lo siguiente:

“A diferencia de los procesos ordinarios y debido a la naturaleza especial del PHC, en este proceso no existe necesidad de establecer de manera individualizada quiénes son los beneficiarios, pues en muchos casos tal personalización podría suponer una demora ilógica en el inicio del trámite del proceso, generando de este modo la irreparabilidad del agravio, máxime si el juez debe realizar las acciones pertinentes sobre la base del principio de dirección e impulso del proceso y del principio *pro actione* [artículo 111 del Título Preliminar del CPCo]. En ese sentido, tal como ocurre en el presente caso, será suficiente que el juez constitucional cuente con los elementos mínimos que le permitan determinar con posterioridad la individualización de los beneficiarios del PHC. No es necesario que los favorecidos en una demanda de *habeas corpus* sean personas ‘determinadas’, sino que basta con que sean ‘determinables’.” (F.J. 20)

9. Asimismo, en un segundo momento, se emitió un pronunciamiento de una demanda en la que se alegaba la vulneración de la libertad de tránsito por parte del INEI por difundir una orden de inamovilidad

a los ciudadanos en el marco de la realización del Censo Nacional del año 2017 expediente N.º 04747-2017-PHC/TC. En dicho caso, el Tribunal emitió un pronunciamiento de fondo y declaró fundada la demanda en virtud del artículo 1 del entonces vigente Código Procesal Constitucional, con la finalidad que no se vuelva a incurrir en acciones u omisiones similares. Cabe destacar, que la medida que fue declarada inconstitucional amenazaba la libertad de tránsito de los ciudadanos del país.

10. En un tercer momento en un caso exactamente igual al presente, también en favor de migrantes venezolanos, planteado por uno de los demandantes, expediente 00892-2019-PHC/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional y aceptó la posibilidad de un hábeas corpus colectivo. Por tanto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible, en casos especiales y excepcionales, plantear una demanda de habeas corpus a favor de un colectivo de personas.
11. Un segundo punto sobre el que corresponde detenerse es el referido a la posibilidad de interponer una demanda de *hábeas corpus* colectivo a favor de personas que no se encuentren dentro del territorio nacional.
12. Al respecto, el artículo 31 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone, respecto a la legitimación en el proceso de *hábeas corpus*, que

Artículo 31. Legitimación

“La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o **por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación.** Tampoco requerirá firma del letrado ni otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo.”

13. Asimismo, debe tenerse presente que el Nuevo Código Procesal Constitucional señala, en sus artículos 40 y 41 respectivamente:

Artículo 40. Representación procesal

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante

el cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la apostilla de la firma del cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.(énfasis añadido)

Artículo 41. Procuración oficiosa

“Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.” (énfasis añadido)

14. Así las cosas, el artículo 40 regula el supuesto de interposición de una demanda a favor de una persona que se encuentra fuera del territorio nacional. Una lectura e interpretación conjunta de los artículos 31, 40 y 41, bajo el carácter informal del habeas corpus nos permiten que cualquier persona podría comparecer, a favor de alguien que incluso se encuentre fuera del país, aunque no tenga representación procesal, en ciertos supuestos excepcionales como el presente.
15. Considero que los supuestos señalados en los el artículo 40 y 41 citados son perfectamente aplicables al caso de los habeas corpus. Y es que, justamente, nos encontramos ante una situación en la que existe imposibilidad de interponer la demanda para los ciudadanos venezolanos que se puedan encontrar en la frontera buscando ingresar, justamente por no estar dentro del territorio nacional. Si a esta situación, le agregamos que se encuentran amenazados diversos derechos vinculados con su libertad individual; no cabe duda que estamos frente a un supuesto de procuración oficiosa.
16. Y, aunque es innegable que dichas disposiciones no fueron consideradas para el proceso de *habeas corpus*, tal omisión no puede significar un perjuicio para la finalidad que persiguen los procesos constitucionales. Aunque dichos artículos se encuentran en el apartado de las disposiciones aplicables al proceso de amparo, considero que, en virtud de los principios de informalismo y *pro actione* son aplicables de manera análoga al proceso de *habeas corpus* al tratarse también de un proceso de libertad. Más aún, considerando la excepcionalidad

del presente caso, por la especial situación de vulnerabilidad que atraviesan los migrantes venezolanos.

17. En este sentido, considero que este Tribunal es competente para emitir un pronunciamiento de fondo en el presente caso.
18. Coincido plenamente con lo reseñado en la ponencia en los demás fundamentos, y lo desarrollado respecto a que la exigencia del cumplimiento de la normatividad vigente relativa a los supuestos que habilitan el ingreso al territorio peruano son compatibles con la Constitución en tanto que, al conocer de las solicitudes individuales, se interprete la situación de vulnerabilidad de forma amplia, tal y como se establece en el Decreto Legislativo 1350 y en la Resolución Ministerial 0207-2021-RE; pues, no existe derecho alguno que permita que el ingreso al territorio nacional sea sin límites, reafirmando así la posibilidad de que se exijan requisitos.
19. Respecto al fondo del asunto, suscribo lo señalado en la ponencia, pues, aunque es evidente que ha operado la sustracción de la materia, en tanto la situación referida a la exigencia de visado por la que fue interpuesta la demanda ha sido modificada por normas posteriores que regulan el otorgamiento de la Calidad Migratoria Humanitaria (Resolución Ministerial 0207-2021-RE); considero que, resulta importante que, en virtud de lo previsto en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, se emita un pronunciamiento con la finalidad de evitar que las autoridades emplazadas vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda; al ser este un problema para los derechos de los migrantes.
20. Asimismo, me encuentro de acuerdo a la consideración referida a que los artículos 2.1 y 2.24 de la Constitución -sobre el derecho a la vida y a la libertad personal- deben ser complementados en su interpretación con lo dispuesto en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual supone que el Estado peruano tiene, como mínimo, los siguientes deberes:
 - i) Cuando se regule el ingreso de ciudadanos de otros países por razones humanitarias, mínimamente efectúe una especial consideración, al atender solicitudes, de todas aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, de Migraciones, pudiendo considerar, adicionalmente, otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad;

- ii) Abstenerse de impedir el ingreso o expulsar a aquella persona cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas;
 - iii) Diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso;
 - iv) No imponer requisitos o exigencias que hagan que, en la práctica, el acceso a la protección internacional se torne en ilusoria.
21. Comparto la preocupación sobre el establecimiento de barreras burocráticas, que puede traducirse como ausencia de protección de personas que se encuentren dentro de los estándares establecidos para el acceso a la condición de refugiado o asilado. Del mismo modo, también considero que el Estado peruano debe establecer canales de migración accesibles, regulares, seguros y asequibles que permitan el acceso a las categorías migratorias reconocidas en el derecho interno e internacional, asimismo, que se garantice alguna clase de protección especial para los migrantes en situación de vulnerabilidad o por concurrir alguna otra razón válida que justifique su ingreso al territorio nacional.

S.

MORALES SARAVIA

VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Emito el presente voto en fecha posterior expresando que coincido con la posición y los argumentos emitidos por el magistrado Morales Saravia. En ese sentido, si bien comparto la posición de la ponencia que declara **FUNDADA EN PARTE** la demanda, me aparto de las consideraciones señaladas en los fundamentos 4 a 53, por cuanto no son relevantes para la resolución del caso concreto.

S.

PACHECO ZERGA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emitimos el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. La demanda es dirigida contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio del Interior y la Superintendente Nacional de Migraciones, por supuestamente impedir el ingreso al territorio nacional de ciudadanos venezolanos que no cuentan con visa, lo que afecta su derecho a la libertad de tránsito, así como su derecho a solicitar refugio y el derecho a la igualdad y a no ser discriminado.
2. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus*.
3. El derogado Código Procesal Constitucional, vigente cuando se presentó la demanda de autos, establecía en su artículo 26, al regular la legitimación activa en el proceso de *habeas corpus* que:

La demanda puede ser interpuesta **por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor**, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo (**énfasis añadido**).

4. Por su parte el artículo 31 del Código Procesal Constitucional vigente refiere que:

La demanda puede ser interpuesta **por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor**, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado ni otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo (**énfasis añadido**).

5. Así, la demanda de *habeas corpus* debe identificar plenamente a la persona amenazada o afectada en el ejercicio de su derecho a la libertad personal o en el de los derechos conexos a aquella. No procede, pues, respecto de una persona incierta o desconocida.
6. En este caso, los demandantes no han identificado plenamente a la persona o personas que podrían ver amenazada o afectada su libertad personal, limitándose a señalar, genéricamente, que se trata de diversos ciudadanos venezolanos a los que se les impide ingresar al país.

Por estas razones, nuestro voto es que se declare **IMPROCEDENTE** la presente demanda de *habeas corpus*.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto al criterio por mis colegas magistrados, en el caso de autos emito el presente voto singular sustentando mi posición en los siguientes fundamentos:

1. En el presente caso, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, a través de su secretario ejecutivo; el director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela); y el secretario ejecutivo de la Comisión Episcopal de Acción Social (Ceas); presentan demanda de *habeas corpus* contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y la Superintendencia Nacional de Migraciones, solicitando que se **deje sin efecto el impedimento de ingreso al territorio nacional de migrantes venezolanos que no cuenten con visa**, por considerar que ello supone **la vulneración o amenaza a los derechos a la libertad de tránsito, a solicitar refugio y a la igualdad y no discriminación, así como los derechos de los niños, niñas y adolescentes**, reconocidos en los artículos 2 -incisos 2 y 11- y 3 y 4 de la Constitución Política del Perú de 1993.
2. La sentencia en mayoría, declara FUNDADA en parte la demanda, disponiendo que las autoridades emplazadas garanticen que:
 - a) Cuando regule el ingreso de ciudadanos de nacionalidad venezolana o de terceros países por razones humanitarias, mínimamente efectúe una especial consideración, al atender solicitudes, de todas aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, ley de Migraciones, pudiendo considerar, adicionalmente, otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.
 - b) Abstenerse de impedir el ingreso o expulsar a aquellas personas cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

- c) Diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso ante las autoridades competentes. Esto supone la prohibición de las expulsiones colectivas e indiscriminadas.
- d) No imponer requisitos o exigencias que hagan, en la práctica, el acceso a la protección que brindan las calidades migratorias se torne en ilusoria.

Igualmente, se declaro INFUNDADA la demanda en el extremo relativo al cuestionamiento general de la visa como exigencia para ingresar al territorio peruano para todos aquellos casos en los que no sea aplicable la figura de la Calidad Migratoria Humanitaria, el refugio o el asilo.

3. Al respecto, el presente voto singular abordará las siguientes líneas argumentativas:

- a) La procedencia del hábeas corpus colectivo en el caso de ciudadanos extranjeros que se encuentran fuera del territorio nacional, y la necesaria determinabilidad del grupo beneficiario y la consideración del derecho fundamental afectado como indispensables criterios de procedencia.
- b) El accionar del Estado peruano en el caso concreto y la pertinencia de una sentencia sin *decisum*.
- c) La asunción de políticas públicas de competencia del Poder Ejecutivo.

La procedencia del hábeas corpus colectivo en el caso de ciudadanos extranjeros que se encuentran fuera del territorio nacional: la necesaria exigencia de determinabilidad del grupo beneficiario, y la precisión del derecho fundamental afectado como presupuestos de admisibilidad y procedencia.

- 4. La demanda se interpone a favor de los migrantes venezolanos que desean ingresar al territorio nacional en busca de refugio de la crisis política, social y económica y que no cuenten con visa para hacerlo y que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.
- 5. Sobre el particular, debe recordarse que la posibilidad de interponer procesos de hábeas corpus *colectivos* ya ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la misma que ha pronunciado sobre ello en los siguientes casos:

- a) **Expediente N° 05842-2006-PHC/TC**, donde este Tribunal emitió pronunciamiento de fondo en un caso en el que se interpuso una demanda de *habeas corpus* a favor de los pacientes que se encontraban internados en la Sala de Hospitalización del Instituto de Salud Mental ‘Honorio Delgado- Noguchi’. En dicho caso, señaló lo siguiente:

“A diferencia de los procesos ordinarios y debido a la naturaleza especial del PHC, en este proceso no existe necesidad de establecer de manera individualizada quiénes son los beneficiarios, pues en muchos casos tal personalización podría suponer una demora ilógica en el inicio del trámite del proceso, generando de este modo la irreparabilidad del agravio, máxime si el juez debe realizar las acciones pertinentes sobre la base del principio de dirección e impulso del proceso y del principio pro actione [artículo 111 del Título Preliminar del CPCo]. En ese sentido, tal como ocurre en el presente caso, será suficiente que el juez constitucional cuente con los elementos mínimos que le permitan determinar con posterioridad la individualización de los beneficiarios del PHC. No es necesario que los favorecidos en una demanda de hábeas corpus sean personas ‘determinadas’, sino que basta con que sean ‘determinables’.” (F.J. 20).

(El resaltado es nuestro).

- b) **Expediente N° 04747-2017-PHC/TC**, se cuestionó la orden de inamovilidad dictada a nivel nacional del día domingo 22 de octubre de 2017 (de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.), para que el personal del INEI pueda realizar el Censo Nacional 2017; habiendo emitido este Alto Tribunal un pronunciamiento de fondo que declaró fundada la demanda en virtud del artículo 1 del entonces vigente Código Procesal Constitucional, con la finalidad que no se vuelva a incurrir en acciones u omisiones similares.
- c) **Expediente N° 00892-2019-PHC/TC**, caso exactamente igual al presente, también en favor de migrantes venezolanos, que fue planteado por uno de los demandantes y en donde el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, y aceptó la posibilidad de un hábeas corpus colectivo.
6. Si bien una primera lectura de la jurisprudencia aludida lleva a señalar, de manera general, que para el Tribunal Constitucional es posible, en

casos especiales y excepcionales, interponer una demanda de habeas corpus a favor de un colectivo de personas; consideramos que el caso materia de análisis presenta una situación fáctica particular que, en aras de cautelar debidamente otros bienes constitucionales consagrados y protegidos por nuestro Texto Fundamental (como el orden competencial asignado a los poderes del Estado en esta materia, la integridad del territorio, la soberanía estatal en la regulación de la migración, entre otros) exige abordar los supuestos de procedencia de este proceso constitucional de la libertad en favor de colectivos de personas.

7. Así las cosas, atendiendo a la finalidad, naturaleza y derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus, así como teniendo en cuenta la regulación internacional, constitucional e infraconstitucional de los derechos fundamentales; considero que resulta imperativo establecer como presupuestos de procedencia de los procesos de hábeas corpus colectivos los siguientes criterios:

7.1. El grado de determinabilidad del colectivo beneficiario.- teniendo en cuenta que, debido a la naturaleza especial del proceso de hábeas corpus, no existe necesidad de establecer de manera *individualizada* quiénes son los beneficiarios, en tanto ello podría suponer una demora ilógica en el inicio del trámite del proceso, generando así la irreparabilidad del agravio (personas “*determinadas*”); por lo que este criterio de procedencia será satisfecho cuando los favorecidos en una demanda de hábeas corpus sean personas “*determinables*”, lo cual supone asumir que el juez constitucional debe contar con los *elementos mínimos* que le permitan determinar con posterioridad la individualización de los beneficiarios, tal y como ha sido establecido en la STC N° 05842-2006-PHC/TC (fundamento 20).

7.2. El status jurídico-constitucional de los integrantes del colectivo beneficiario.- admitiendo como condición básica del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional que la *nacionalidad* supone el vínculo jurídico de una persona con el Estado, siendo pues el presupuesto necesario para el reconocimiento a su favor de derechos y el establecimiento de obligaciones; *es absolutamente claro y categórico que la condición de nacional o extranjero, tiene una directa incidencia tanto en el goce y ejercicio de algunos derechos fundamentales, como en el contenido constitucionalmente protegido de éstos*; tal y como ocurre -por mencionar solo unos ejemplos- con el goce y ejercicio, por

parte de ciudadanos extranjeros, de los derechos políticos (participación, y sufragios activo y pasivo), del derecho de acceso a la función pública (la imposibilidad de asumir determinados cargos y funciones públicas), del derecho de propiedad en zonas de frontera (la prohibición de titularidad dentro de las 50 kms. de frontera), y de libertad de tránsito y circulación (que no supone la facultad de ingresar libremente en territorio de otro Estado).

Sobre este criterio de procedencia, este Alto Tribunal se ha pronunciado en la STC N° 03482-2005-PHC/TC respecto del necesario reconocimiento del tratamiento diferenciado que, en materia de derechos fundamentales, admite nuestra Constitución Política respecto de ciudadanos nacionales y extranjeros; cuando -al explicar los límites o restricciones explícitas al derecho de locomoción- afirma que el derecho a la libertad de tránsito supone

“(...) reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida puede circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habia cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo y por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro el mismo, o simplemente salido o egreso del país” (fundamento 5).

“(...) el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que quien, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la Ley de Extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, puede hacer distinguos entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino

que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre, en el ámbito de los derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y la obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad” (fundamento 9).

(Los subrayados son nuestros).

En virtud de lo señalado, considero que no es posible afirmar que nuestra Constitución Política consagra un tratamiento jurídico igualitario entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales, a partir de una lectura sesgada e incompleta del postulado general del artículo 2 del Texto Fundamental, cuando prescribe: “*Toda persona tiene derecho a (...)*”. Una lectura simplista de este dispositivo constitucional, sin tener en cuenta lo señalado por este Alto Tribunal -que además es acorde con la dogmática iusfundamental-, implica el desconocimiento de las diferencias inherentes y derivadas del vínculo jurídico-político que tiene todo Estado con sus nacionales y que supone las bases del constitucionalismo moderno.

7.3. La ubicación física de los integrantes del colectivo beneficiario.- teniendo en cuenta que los vínculos de lealtad personal propios del poder medieval, fueron reemplazados por el *criterio de “territorialidad”* para definir los alcances y la aplicación del poder; a partir de la noción de “territorio” -como elemento físico del Estado moderno- se han de definir los límites espaciales para el ejercicio de la jurisdicción y de la soberanía estatales, por lo que resulta claro que la real y efectiva capacidad de los Estados para cumplir la función garantista de promoción y protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y de las personas que se encuentren en él (regulada a nivel interno por el Derecho Constitucional), depende -en buena medida- de que los potenciales beneficiarios de aquélla se encuentren dentro del *ámbito material del poder estatal*, el cual se perfila por la real y efectiva capacidad que tiene el Estado para ejercer su jurisdicción y soberanía en aras de salvaguardar y proteger de los derechos ciudadanos, sin perjuicio de los supuestos excepcionales de protección contemplados en el Derecho Internacional Público.

Conforme a este criterio, a nuestro modo de ver, la nacionalidad es el elemento primordial para la actuación del hábeas corpus, y cuando este presupuesto no se cumple, por tratarse de extranjeros, entonces es la ubicación física dentro del territorio nacional de un Estado el presupuesto para permitir el goce, real y efectivo, de los derechos fundamentales o, en su caso, para tener la posibilidad de demandar la supuesta vulneración de algún derecho fundamental; tal y como se evidencia en los votos singulares que conforman la resolución del aludido Expediente 00892-2019-PHC/TC, según el siguiente detalle:

- a) En su voto singular, la **Mag. Ledesma Narváez** señaló no es posible tutelar ningún derecho de ciudadanos que *“aún no han ingresado al territorio nacional”* (f. 2 y último extremo resolutivo).
 - b) En su voto singular, el **Mag. Miranda Canales** señaló expresamente: *“(…) respecto al extremo de la demanda que cuestiona la supuesta vulneración de derechos de los ciudadanos venezolanos que aún no han ingresado al territorio, este debe ser declarado improcedente”* (f. 17 y segundo punto resolutivo).
 - c) En su voto singular, el **Mag. Blume Fortini** señaló: *“En el presente caso, los supuestos afectados son ciudadanos venezolanos que aún no han ingresado al territorio nacional, razón por la cual, no podría alegarse la existencia de algún acto u omisión lesiva en contra de su derecho al libre tránsito, a la salud y/o al trabajo. Por lo tanto, la demanda resulta improcedente en este extremo (...)”* (f. 3 y último extremo resolutivo).
 - d) En su voto singular, el **Mag. Espinosa-Saldaña Barrera** afirma: *“(…) dentro de la demanda, se pretende tutelar el derecho de los ciudadanos venezolanos que todavía no han ingresado al territorio nacional. Al respecto, considero que en este punto la demanda debe ser declarada improcedente (...)”* (f. 11 y primer punto resolutivo).
8. Los tres criterios de procedencia desarrollados en los numerales 7.1, 7.2 y 7.3, se encuentran claramente presentes -aunque de forma implícita- en las dos primeras sentencias en las que este Alto Tribunal abordó la admisibilidad de procesos de hábeas corpus colectivos:

STC N° 05842-2006-PHC/TC y N° 04747-2017- PHC/TC. En ambos casos, se aprecia que nos encontramos ante **i.)** colectivos claramente *determinados* (primer caso) o *determinables* (segundo caso)⁽⁸⁰⁾, **ii.)** que se encuentra conformados por *ciudadanos nacionales*⁽⁸¹⁾, y que, además, **iii.)** *se encontraban, físicamente, dentro del territorio nacional*⁽⁸²⁾.

9. Situación distinta es la que se advierte en el presente caso, donde el proceso de hábeas corpus se interpone en beneficio de **i.)** un *colectivo de personas determinables*, **ii.)** integrado por *personas extranjeras*, que, adicionalmente, **iii.)** *no se encuentran en territorio peruano*, sino en su país natal: Venezuela.

Bajo la lógica de mis colegas, cualquier ciudadano de cualquier país podría demandar al estado al que pertenece para exigir el ingreso de un extranjero. Ello no solo contradice el sentido de los procesos de tutela de derechos sino además trastoca la política migratoria y la seguridad nacional.

10. Ahora bien, debemos señalar que el presente proceso de hábeas corpus -conforme se señala expresamente en el escrito de demanda- procura

80 En el caso de los pacientes que se encontraban internados en la Sala de Hospitalización del Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado-Noguchi' (STC N° 05842-2006-PHC/TC), este Alto Tribunal admitió y analizó la situación de ciudadanos nacionales que -encontrándose en el país- estaban bajo una situación de protección especial por parte del Estado, al encontrarse internados en un centro de salud mental de carácter público: la Sala de Hospitalización del Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado-Noguchi'; por lo que era un colectivo claramente determinado por su situación de especial protección (paciente de salud mental) y, además por encontrarse dentro de un centro de salud estatal específico (el Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado-Noguchi').

En el caso de la orden de inamovilidad dictada a nivel nacional del día domingo 22 de octubre de 2017 (de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.), para que el personal del INEI pueda realizar el Censo Nacional 2017 (STC N° 04747-2017-PHC/TC); el Tribunal Constitucional admitió y, en su momento, analizó y declaró inconstitucional, una medida de inamovilidad que amenazaba la libertad de tránsito de todos los ciudadanos -nacionales y extranjeros- que se encontraban en el país, y que podían perfectamente decidir ejercer su derecho al libre tránsito, siendo -pues- un colectivo determinable: los ciudadanos nacionales o extranjeros que, encontrándose en el país, decidieran ejercer su derecho al libre tránsito ese día y en el rango horario señalado.

81 Por ende, titulares de todos los derechos consagrados a nivel constitucional.

82 Es bueno advertir que, en ambos casos referidos, es posible que se encuentren ciudadanos extranjeros, pero que -por encontrarse dentro del territorio nacional y más allá de su nacionalidad- se convierten en beneficiarios potencialmente protegibles por el proceso constitucional de hábeas corpus.

proteger a la *población venezolana en su conjunto*, colectivo que no constituye un grupo humano *determinado* -por aludir genéricamente a la población total de un país extranjero⁽⁸³⁾, pero sí *determinable* atendiendo y en función al *tipo de proceso migratorio que les sea aplicable*.

11. Y es que, teniendo en cuenta que la regulación del ingreso y salida de extranjeros al territorio nacional se rige por la Constitución Política del Perú de 1993, los Acuerdos Bilaterales y Multilaterales con el Estado de origen de los extranjeros que deseen ingresar, y el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones (del 06.01.2017) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN (del 24.03.2017); son dos los tipos de procesos migratorios que se pueden presentar en nuestro país:

a) El *proceso migratorio regular*, que -como regla general- exige que toda persona extranjera debe ingresar y salir del país a través de los puestos de control migratorio y/o fronterizos habilitados, con su documento de viaje y visa correspondiente, salvo que existan convenios internacionales suscritos y vigentes que exoneran de la presentación de los referidos documentos⁽⁸⁴⁾. Teniendo en cuenta que no existe en la Constitución o en los tratados internacionales ningún derecho que permita que los ciudadanos extranjeros ingresen libremente y sin limitaciones al territorio de un país que no es el suyo, no siendo el Estado peruano una excepción; es claro que en este tipo de proceso migratorio la soberanía del Estado lo faculta para definir la política migratoria y, además, para realizar un control de ingreso y salida tanto de ciudadanos nacionales como extranjeros, pudiendo incluso, en el caso de los segundos, negarles el ingreso o expulsarlos, de

83 Salvo que el criterio de determinación sea asumido en un sentido por demás lato -cuando no “amplísimo”-, que permita comprender a la totalidad de la población de cualquier país del mundo.

84 En el caso de los migrantes venezolanos, éstos podían ingresar al Perú sin visa en mérito a su pertenencia a la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y al MERCOSUR, siendo el caso que la República Bolivariana de Venezuela renunció a la primera y fue suspendida del segundo, no siendo posible entender -como lo insinúan los demandantes- que existe una suerte de “derechos adquiridos” a nivel internacional en este tema, en virtud del cual -a pesar de la renuncia y suspensión aludidas-, los ciudadanos venezolanos deben de seguir gozando de dicha prerrogativa. Por el contrario, la exigencia de visa responde al estricto cumplimiento de la normatividad nacional que, en este caso, se enmarca en los convenios internacionales sobre la materia.

conformidad con **i.)** la política migratoria y la política exterior y las relaciones internacionales que defina el Presidente de la República -como parte de la política general del gobierno-, a lo que se suma su competencia para celebrar y ratificar tratados en dichas temáticas (Artículo 118 incisos 11 y 3 de la Constitución de 1993) ⁽⁸⁵⁾, y **ii.)** las disposiciones de la normatividad interna en materia migratoria que haya dictado el legislador (el Congreso o el Ejecutivo, vía delegación legislativa), actualmente contempladas en el Decreto Legislativo N° 1350 y su respectiva reglamentación (Decreto Supremo N° 007-2017- IN).

- b) El ***proceso migratorio humanitario***, que -en virtud del artículo 29 literal “k” del Decreto Legislativo N° 1350- ha sido soberanamente autorizado por el Gobierno Peruano a partir del 15 de junio de 2019, teniendo claro que este procedo excepcional es aplicable a las personas que se encuentren fuera del territorio nacional en situaciones excepcionales de crisis humanitaria reconocida internacionalmente, que soliciten venir al Perú y obtener protección.
12. De conformidad con lo señalado, a nuestro modo de ver las cosas, la condición de “determinable” de los integrantes del colectivo beneficiario en el presente proceso de hábeas corpus sólo puede presentarse en el caso del *proceso migratorio humanitario* ante claras situaciones de vulnerabilidad; descartándose su procedencia para el caso del proceso migratorio regular u ordinario, cuya regulación es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, quien la ejerce en base a la Constitución Política, los tratados internacionales y la normatividad interna aplicable ya referida⁽⁸⁶⁾.
13. Respecto del segundo criterio de procedencia, considero que resulta indispensable establecer con meridiana claridad cuáles son los

85 De conformidad con el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, el Poder Ejecutivo dica la Política Migratoria en los ámbitos interno y externo, la misma que forma parte de la Política del Estado (numeral 4.1). En el ámbito interno, ella se orienta a determinar la relación del Estado peruano para efectos del ingreso, permanencia, residencia y salida del territorio peruano, respecto de las personas nacionales y extranjeras, según corresponda; mientras que en el ámbito externo, incide en la protección y asistencia a los nacionales en el exterior, y con los nacinoales de otros Estados, en el marco de las relaciones internacionales (numeral 4.2).

86 Lo señalado, no supone desconocer que la justicia constitucional sea competente para corregir cualquier exceso por parte de las autoridades migratorias nacionales.

derechos fundamentales cuya protección se demanda a través del presente proceso constitucional, a efectos de determinar si aquellos son exigibles por ciudadanos extranjeros. Así, habiéndose indicado en la demanda la supuesta vulneración de los derechos **a la libertad de tránsito, a solicitar refugio, a la igualdad y no discriminación, y el derecho de los niños, niñas y adolescentes** reconocidos en el Artículos 2 incisos 2 y 11, 3 y 4 de la Constitución Política de 1993; es claro que el criterio de *status jurídico- constitucional de los integrantes del colectivo beneficiario* exige tener claro el contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos alegados para el caso que nos ocupa, según el siguiente detalle:

- a) En el caso del **derecho a la libertad de tránsito**, este Tribunal Constitucional tiene dicho en la jurisprudencia reseñada en los numerales precedentes, que éste derecho sólo puede ser asumido de manera plena (incluyendo la facultad de exigir el ingreso al territorio nacional y la libertad de circulación en él), para el caso de los *nacionales y los extranjeros con residencia establecida*, descartándose cualquier insinuación temeraria y peligrosa para la soberanía nacional que pretenda otorgarlo indiscriminadamente a cualquier ciudadano extranjero. Por ello, debe advertirse categóricamente que no existe el derecho “al libre ingreso” o “libre tránsito de extranjeros al Perú”, como parece interpretarlo la demandante, en tanto lo constitucionalmente establecido es que su ingreso se encuentre sujeto al cumplimiento de lo dispuesto en la normatividad de migraciones aplicable.
- b) En el caso del **derecho a la igualdad y no discriminación**, es necesario hacer una precisión a partir de lo señalado en la demanda, donde los demandantes sostienen que “*dichos requisitos sólo son requeridos a la población venezolana migrante, no requiriéndose tal requisito a otros ciudadanos/as de la región u otros continentes. Evidenciándose de esta manera, que hay un trato diferenciado contra la población venezolana respecto a los requisitos para su ingreso al territorio nacional (...)*”⁽⁸⁷⁾.

87 Esta afirmación de la parte demandante exige diferenciar dos escenarios respecto de la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación aquí alegada: **i.) aquella que podría exigirse si los ciudadanos venezolanos se encontrarían físicamente dentro del territorio nacional**, la misma que habrá de requerir -como parámetro de contrastación- establecer el *tertium comparationis* con el tratamiento interno brindado a otros ciudadanos

En tal sentido, resulta absolutamente razonable y proporcional que, atendiendo al exponencial incremento del flujo de migrantes venezolanos a nuestro país en el último lustro, el Estado peruano extreme las medidas de seguridad con el propósito de impedir el ingreso de venezolanos que constituyan un peligro para la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos peruanos, siendo la única forma de que ello se cumpla a través de la exigencia de la presentación de documentos que permitan realizar una identificación plena de las personas que pretendan ingresar a nuestro país.

- c) En el caso de los ***derechos de los niños, niñas y adolescentes***, los demandantes sostienen que esta población requiere una protección especial, en virtud del artículo 4 de la Constitución Política de 1993. Sin embargo, al igual que los otros derechos cuya vulneración se alega, considero que no es posible brindar dicha protección especial a los niños, niñas y adolescentes por parte de la comunidad y el Estado peruanos, en tanto dichos beneficiarios no se encuentran físicamente en el territorio peruano. En el mismo sentido, es importante advertir que en la Resolución de Superintendencia 0270-2018 (del 24.08.2018) se establecen expresamente excepciones a la exigencia de visa a menores -a

extranjeros asentados en el país (ej.: argentinos, chinos, uruguayos, chilenos, etcétera), supuesto éste que no es el caso que nos ocupa, ya que -como se ha señalado- la demanda que origina el presente proceso de hábeas corpus se ha interpuesto en favor de ciudadanos venezolanos que no se encuentran en el territorio peruano; y ***ii.) aquella supuesta discriminación que*** -como se señala en la demanda- ***implica un tratamiento diferente del Estado peruano respecto de las exigencias para el ingreso al territorio nacional, establecidas a los ciudadanos venezolanos en relación a las que se solicitan a migrantes de otros países***, caso en el que nos encontramos y que, en nuestra opinión, no puede analizarse en clave del derecho a la igualdad y no discriminación, sino como *parte de la facultad soberana del Estado peruano de definir los alcances de su política migratoria*, sobre todo teniendo en cuenta que el flujo migratorio venezolano se ha incrementado exponencialmente en los últimos años, a diferencia de lo que ocurre con la migración proveniente de otros países, cuyo flujo migratorio no ha variado en absoluto.

- P or ello, consideramos que los alcances de la política migratoria en relación a los ciudadanos venezolanos, lejos de constituir una vulneración de un supuesto derecho a la igualdad, se encuentra perfectamente acorde con lo señalado por este Alto Tribunal en la STC N° 02744-2015-PA/TC (fundamento 9), donde señala expresamente que los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y la dirección de sus políticas migratorias, debiendo respetar los derechos humanos de los migrantes, pero admitiendo como válidas las restricciones excepcionales, razonables y proporcionales que puedan implementarse, y que se encuentren destinadas a garantizar la seguridad nacional (artículo 44 de la Constitución), la salud pública (artículo 2.11 de la Constitución) y el orden interno (artículos 118.4 y 166 de la Constitución).

quienes se autoriza a ingresar al territorio nacional con cédula de identidad o acta de nacimiento (artículo 2)-; por lo que no es posible sostener que existe algún tipo de vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en este extremo.

14. A nuestro modo de ver las cosas, y atendiendo a los criterios de procedencia desarrollados, considero que el presente proceso de hábeas corpus colectivo a favor de los ciudadanos venezolanos solo puede ser admisible en tanto se encuentre referido al ***derecho a solicitar refugio***, derecho fundamental que constituye una institución de carácter humanitario que -en nuestro país- se encuentra regulada por la Ley N° 27891, Ley del Refugiado, dispositivo legal que recoge las obligaciones internacionales contraídas por el Perú en su condición de parte contratante de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
15. El derecho a solicitar refugio no supone su otorgamiento a sola solicitud, sino -por el contrario- significa el necesario cumplimiento de los requisitos y las condiciones establecidas por el Estado de acogida, tal y como lo ha señalado en forma expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señala “*que es obligación del Estado de acogida otorgar la protección internacional cuando la persona califique para ello*” (el subrayado es nuestro) ⁽⁸⁸⁾; de donde se coligue que lo señalado implica la realización de un necesario procedimiento de calificación de las solicitudes de la condición de refugiado, tal y como ha sido regulado en la legislación interna aplicable ⁽⁸⁹⁾.

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 0C-25/18 del 30 de mayo de 2018 (párr. 123).

89 De igual modo, la extensión del concepto de “***refugiado***” adoptada en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 ⁽¹⁶⁾, que considera como tales a las personas que “*han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*” (el subrayado es nuestro); no puede ser asumida en forma automática por los Estados partes, como parecen interpretarlo los demandantes, siendo el caso que -conforme lo señalado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el numeral 2.2.2 de su escrito de fecha 11.09.2019 (que corre de fojas 124 a 136)- el Estado peruano no considera que la situación en Venezuela *ha llegado a ese umbral de suponer una “violación masiva de derechos humanos” que lleve, por consiguiente, a que todo ciudadano venezolano deba ser reconocido como refugiado por el Perú.*

El accionar del Estado peruano en el caso concreto del derecho a solicitar refugio.

16. Los demandantes señalan, entre otras cosas, que el Perú ha implementado medidas que contravienen los derechos humanos de los migrantes venezolanos; como el anuncio del entonces Presidente de la República, que señaló que se requerirá de forma obligatoria, el pasaporte visado a los ciudadanos venezolanos que deseen ingresar al país.
17. De conformidad con el Decreto Legislativo de Migraciones y su Reglamento, el proceso migratorio regular u ordinario implica que toda persona extranjera debe ingresar y salir del país a través de los puestos de control migratorio y/o fronterizos habilitados, con su ***documento de viaje*** y ***visa*** correspondiente, salvo que existan Convenios Internacionales suscritos y vigentes que exoneren de la presentación de los referidos documentos.
18. Al respecto, según el artículo 14 del Decreto Legislativo de Migraciones, los *documentos de viaje* son aquellos expedidos por las autoridades competentes de un Estado u organismo internacional habilitado para ello por el Derecho Internacional, que contiene la información suficiente para determinar la identidad y nacionalidad de su titular y que lo habilitan para el ejercicio de la libertad de tránsito internacional. Por su parte, de conformidad con el artículo 27 del Decreto Legislativo de Migraciones, la *visa* es la autorización de una determinada calidad migratoria otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de las Oficinas Consulares del Perú en el extranjero; siendo claro que su propósito consiste en acreditar que el portador extranjero reúne los requisitos de admisión al territorio nacional, por un plazo determinado de permanencia y autorizando la realización de alguna actividad específica.
19. En el caso específico de la República Bolivariana de Venezuela, esta nación hermana se retiró de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) en el **año 2006** por decisión soberana y unilateral de su gobierno, siendo este el momento en el cual los ciudadanos venezolanos perdieron los derechos comunitarios establecidos en la Decisión N° 503 sobre “Reconocimiento de Documentos Nacionales de Identificación”.
20. Sin perjuicio de lo anterior, siendo por entonces Venezuela parte integrante del MERCOSUR, al cual se encuentra asociado el Perú, los nacionales venezolanos podían ingresar al Perú sin pasaporte y sin

visa de turista, portando únicamente su *cédula de identidad*, en virtud del “Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados” y el “Acuerdo Modificatorio del Anexo del Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Partes del Mercosur y Asociados (del 28.06.2011).

21. Ello ocurrió así hasta el **05 de agosto de 2017**, fecha en la cual -en aplicación del “Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR” (del 24.07.1998)- los Estados parte del MERCOSUR decidieron suspender a Venezuela en todos sus derechos y obligaciones, recomendando que las medidas que adopten los Estados afecten lo menos posible a los ciudadanos venezolanos.
22. Así las cosas, es claro que -por situaciones y hechos no imputables al Estado peruano- a partir del 05 de agosto de 2017 recobró aplicación, para los ciudadanos venezolanos, la normatividad migratoria peruana: el Decreto Legislativo N° 1350 (06.01.2017) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007- 2017-IN (24.03.2017).
23. Sin embargo, como una medida estatal acorde con la situación humanitaria de los ciudadanos venezolanos, desde el aludido 05 de agosto de 2017, el Perú permitió que los nacionales venezolanos ingresen al territorio nacional *sin pasaporte y sin visa de turista*, portando únicamente su *cédula de identidad*, disposición que estuvo vigente hasta el **25 de agosto de 2018**, cuando se les empezó a pedir su *pasaporte*, para finalmente -a partir del **15 de junio de 2019**- requerir la presentación de la *visa de turista*.
24. En forma paralela a ello, el mismo 15 de junio de 2019, el Perú decidió -en forma soberana- *activar la **calidad migratoria humanitaria***, en virtud del ya aludido artículo 29 literal “k” del Decreto Legislativo de Migraciones.
25. En el contexto aludido, es bueno señalar que la determinación de la condición de refugiado es potestad del Estado y recae, en primera instancia, en la Comisión Especial para Refugiados (artículo 7)⁽⁹⁰⁾, y, en segunda instancia, en la Comisión Revisora para Asuntos de

90 Esta Comisión Especial se encuentra integrada por el Director de Derechos Humanos (quien la preside) y por el Director de Asistencia al Nacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, así como por el Director de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú

Refugiados (artículo 8)⁽⁹¹⁾, pudiendo participar en ambas instancias un representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), pero sin derecho a voto.

26. Del mismo modo, y con relación a la necesaria protección inmediata del solicitante, el artículo 14 del Decreto Legislativo de Migraciones señala que mientras se encuentra en trámite la solicitud de refugio, la Comisión Especial expide al solicitante un documento que acredite que su caso se encuentra en proceso de determinación, lo cual faculta al solicitante a permanecer en el país mientras su solicitud se resuelve en forma definitiva, autorizándolo provisionalmente a trabajar.
27. Siendo éste el marco legal, no coincidimos con la posición de la parte demandante cuando señala que la condición de solicitante del refugio supone una situación de “inseguridad jurídica”, en la medida que el solicitante de refugio -por el solo hecho de pedirlo- goza de la protección del Estado peruano, concretizada en el *derecho de “no devolución”* y, además, en el *derecho de trabajar mientras dure la tramitación de su solicitud*.
28. En virtud del marco jurídico aplicable al caso submateria, y atendiendo a los acontecimientos jurídico-político que ha generado el desenvolvimiento de la República Bolivariana de Venezuela en la comunidad internacional; considero que el Estado peruano ha cumplido cabalmente con sus obligaciones internacionales en materia humanitaria, contemporizando ello con las responsabilidades internas establecidas en la Constitución Política de 1993, de proteger y garantizar la seguridad nacional (artículo 44), la salud pública (artículo 2.11) y el orden interno (artículos 118.4 y 166).
29. Así, dicho comportamiento institucional de las autoridades migratorias queda evidenciado con la expedición de la **Resolución Ministerial 0207-2021-RE** (del 16.06.2021) que aprobó los “*Lineamientos para el otorgamiento y prórroga de la Calidad Migratoria Humanitaria*”, para el caso de **i.) los solicitantes de refugio o asilo**, y **ii.) quienes no reúnen los requisitos para la protección de asilado o refugiado y se encuentren en una situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano o**

91 Esta Comisión Revisora está integrada por los Viceministros de Relaciones Exteriores (quien la preside), de Justicia y Derechos Humanos y del Interior.

quien requiere protección en atención a un agrave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales; con lo cual la exigencia de visado que motivara la interposición de la presente demanda ha sido superada.

30. De otro lado, la sentencia contiene un decisorio atípico irregular, en tanto declara INFUNDADA la pretensión de la eliminación de la visa, pero FUNDADA en la ejecución de un conjunto de exigencias de garantías que más parecen -en el correcto uso de la tipología de las sentencias constitucionales- EXHORTACIONES.
31. Tal cual, el decisorio es oscuro, coloquial, e intrascendente. Pero en lo que es más grave, mis colegas asumen fueros a cargo de otros órganos constitucionales como propios. Y es que, la política exterior es un asunto de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo conforme lo prescribe el Artículo 118 numeral 4 de la Constitución, por lo que emitir una sentencia bajo un supuesto mandato jurisdiccional es una injerencia que no podemos suscribir.

Consideraciones finales.

32. En virtud de lo señalado en líneas precedentes, considero que la demanda no debe ser declarada fundada en ningún extremo y, mucho menos, debe aplicarse el artículo 1 del nuevo Código Procesal Constitucional, en el sentido de que se emita un pronunciamiento con la finalidad de evitar que las autoridades emplazadas vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda. Ello por la simple y llana razón que, a mi modo de ver las cosas, las autoridades migratorias han actuado de conformidad con sus competencias, encontrándose en plena concordancia tanto con sus obligaciones internacionales en materia humanitaria como con las responsabilidades constitucionales asignadas. Pero además por cuanto se desnaturaliza el uso del hábeas corpus: no hay una amenaza a la libertad individual de un nacional ni tampoco de un extranjero dentro del país.
33. En todo caso, si bien se advierte que la regulación impugnada omitió considerar alguna población vulnerable que se encontraba contemplada en el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1350, de Migraciones; soy del parecer que ello debe ameritar una simple **EXHORTACIÓN** a las autoridades migratorias para que -en un futuro- cuando se regule el ingreso de ciudadanos de otros países por razones humanitarias, mínimamente se efectúe una especial consideración de todas

aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías de vulnerabilidad previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1350.

34. Dejando sentado esto, discrepo con los extremos señalados en el primer punto resolutivo de la sentencia en mayoría, cuando establece que las autoridades emplazadas tienen el deber de garantizar:
- a) Cuando regulen el ingreso de ciudadanos de nacionalidad venezolana o de terceros países por razones humanitarias, en el extremo que crea una suerte de “autorización” para que las autoridades emplazadas puedan considerar - en forma adicional- otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad (acápito “a” del primer punto resolutivo de la sentencia en mayoría): en la medida que ello supone una suerte de permisión de regulación administrativa que afecta el orden competencial establecido en la Constitución Política y la normatividad infraconstitucional que regula la política exterior y migratoria dirigida por el Poder Ejecutivo, así como la facultad de celebrar y ratificar tratados internacionales que tienen los Poderes Ejecutivo y Legislativo.
 - b) La obligación de abstenerse de impedir el ingreso a aquella persona cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (acápito “b” del primer punto resolutivo de la sentencia en mayoría): esto, porque la obligación establecida en el artículo 22 numeral 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo se refiere al derecho a “no ser expulsado o devuelto a otro país” donde su derecho a la vida o a la libertad personal se encuentre en riesgo por las causas ahí señaladas, aspecto que doctrinariamente se conoce como el ***principio de no devolución***, el mismo que es aplicable tanto a las figuras del asilo y del refugio. Por tal razón, considero bastante cuestionable que la sentencia en mayoría pretenda establecer, a nivel jurisdiccional, una obligación de abstención de impedimento de ingreso a las autoridades migratorias, obligándolas a aceptar el ingreso irrestricto e ilimitado de migrantes en los supuestos contemplados para la aplicación del aludido principio de no devolución, y que -en la práctica- está vaciando de contenido la facultad constitucional y soberana de evaluar las solicitudes de refugiados y asilados.

- c) La obligación de *diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso ante las autoridades competentes. Esto supone la prohibición de las expulsiones colectivas e indiscriminadas* (acápite “c” del primer punto resolutivo de la sentencia en mayoría): en este caso, es más evidente que, con respeto a la distribución de poderes y la política migratoria, el Tribunal Constitucional bien podía haber acordado una exhortación.
- d) La obligación de *no imponer requisitos o exigencias que hagan, en la práctica, el acceso a la protección que brindan las calidades migratorias se torne en ilusoria* (acápite “d” del primer punto resolutivo de la sentencia en mayoría): al igual que en el caso del acápite c), este extremo carece - además- de técnica ya que se utilizan adjetivos impropios para una sentencia estimatoria (“exigencias que hagan en la práctica”, “ilusoria”), por lo que también evidencian disposiciones propias de una exhortación.

Por estas razones, considero que debe declararse **INFUNDADA** la presente demanda de hábeas corpus.

S.

GUTIÉRREZ TICSE



Pleno. Sentencia 364/2022

Exp. 04044-2022-PHC/TC

LIMA

JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES, representado por EDUARDO REMI PACHAS PALACIOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de noviembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Ochoa Cardich que se agregan. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eduardo Remi Pachas Palacios, abogado de don José Pedro Castillo Terrones, contra la resolución que obra en el cuaderno del Tribunal, de fecha 3 de junio de 2022, expedida por la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de marzo de 2022, don Eduardo Remi Pachas Palacios interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don José Pedro Castillo Terrones (f. 1), contra los congresistas integrantes de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República. Denuncia la vulneración del principio de legalidad y de los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a no ser sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley, a la debida motivación en sede parlamentaria, a la presunción de inocencia, a la libertad de conciencia y a la libertad personal.

Solicita que se declare la nulidad del acuerdo de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú de fecha 28 de febrero de 2022, que admitió la Denuncia Constitucional 219/2021-2022 contra el favorecido por el delito de traición a la patria y por infracciones a la Constitución, materializado en el Acta de la séptima sesión ordinaria de fecha 11 de febrero de 2022 (f. 92); y, en consecuencia, se ordene su archivo definitivo.

Alega que los derechos invocados tienen conexidad con el derecho a la libertad personal, por cuanto al favorecido se le pretende imponer el delito de traición a la patria cuya pena es no menor de quince años de privación de la libertad hasta cadena perpetua. Afirmo que se pretende llevar a cabo una investigación penal y luego una acusación por un hecho que no es delito y que no tiene relación directa ni indirecta con el tipo penal de traición a la patria, tanto así que los medios de comunicación han señalado que es inminente la cárcel para el beneficiario y han mostrado su fotografía y al lado una leyenda de que se le impondrá una pena mínima de quince años por un hecho que no existió. Agrega que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales demandada pretende imponer dicho delito en forma de emboscada mediante el acta cuestionada y el Informe de Calificación Denuncia Constitucional 219, de fecha 28 de febrero de 2022 (f. 287), y la Corrección material del Informe de Calificación Denuncia Constitucional 219, de fecha 4 de marzo de 2022 (f. 284).

Refiere que en una entrevista con el periodista de la cadena CNN realizada el 25 de enero de 2022, el favorecido respondió una interrogante sobre una declaración que hizo en un evento realizado años atrás cuando ni siquiera pensaba en ser candidato presidencial, por lo que ante la pregunta del entrevistador de si en un evento político habría mencionado que se daría el acceso de Bolivia al mar por territorio peruano, el beneficiario fue enfático en responder que “no lo dij[o] en calidad de presidente del Perú”, que “es una idea”, que “no es[tá] diciendo que le v[a] a dar el mar para Bolivia” y que “no es [su] intensión” (sic).

Asevera que el informe de calificación de la denuncia constitucional vulnera la debida motivación en sede parlamentaria al adecuar el tipo penal en una conducta que nunca existió, efectúa una motivación aparente donde no existe ámbito de relación entre la conducta realizada por el autor y el tipo penal, no describe al sujeto activo, los elementos del tipo penal, al sujeto pasivo, la teoría de la imputación objetiva, la acción dolosa, la bibliografía, la ley penal vigente, la jurisprudencia nacional e internacional

sobre el caso de traición a la patria, ni mucho menos analiza los casos de los expresidentes Alberto Fujimori y Alan García, quienes con la aprobación del Congreso de la República cedieron soberanía marítima a Bolivia sin que fueran procesados por traición a la patria, por lo que resulta absolutamente atípico pretender aherrojar la libertad de pensamiento y de conciencia con acciones propias del delito de traición a la patria respecto de una declaración del beneficiario cuando no era presidente ni candidato, sino un ciudadano que tuvo una idea.

Asimismo, afirma que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales ha fundamentado la denuncia constitucional en una norma derogada, el artículo 78, numeral 27, del Decreto Ley 23214, Código de Justicia Militar de 1980; que no es militar ni de la Policía en actividad, por lo que no puede cometer el delito de traición a la patria bajo el Código de Justicia Militar; y que lo dicho por el beneficiario en la entrevista periodística no atenta contra el bien jurídico soberanía nacional, ya que no ha dado salida ni entregado soberanía del mar peruano.

También alega que la demandada ha desviado el procedimiento preestablecido para el personal militar y policial y ha extendido la interpretación de la ley y la Constitución para encuadrar la conducta de una persona civil; que con el agregado efectuado en la Corrección del Informe de Calificación de la Denuncia Constitucional 219 se deja en evidencia que se aplicó una ley penal derogada que no existía; que el hecho de que se haya aprobado el referido informe afecta la presunción de su inocencia y supone la nulidad del procedimiento, por cuanto no existe sentencia condenatoria firme en su contra ni investigación ante el Ministerio Público; y que se vulnera el derecho a la libertad de conciencia del favorecido al ser perseguido por sus ideas.

El Noveno Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, mediante la Resolución 1 (f. 54), de fecha 8 de marzo de 2022, admitió a trámite la demanda.

Realizada la investigación sumaria del *habeas corpus*, la presidenta de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, doña Rosio Torres Salinas, remitió la documentación relacionada con la Denuncia Constitucional 219 (f. 64).

A su turno, el procurador público encargado del Poder Legislativo solicita que la demanda sea desestimada (f. 455). Manifiesta que procedimiento cuestionado se encuentra en pleno desarrollo y a la fecha la

Comisión Permanente no ha debatido y mucho menos adoptado algún pronunciamiento o decisión. Indica que lo que cuestiona el accionante es un acuerdo y un informe de calificación realizados por un subgrupo que recién podrán tener un debate propio del órgano que se encargará de decidir si corresponde investigar, y recién a partir de ese momento se determinará el nivel de causa probable (referido a un símil del proceso jurisdiccional), situación a la que no se ha llegado. Acota que a ello se suma la probabilidad de que tampoco se supere dicha etapa y sea el propio Congreso, a través de su colegiado ordinario, el que remedie, corrija o elimine lo expuesto por el subgrupo, por lo que es evidente la improcedencia de las pretensiones planteadas en la demanda.

Afirma que de la demanda no se aprecia cuestionamiento alguno a los criterios utilizados o a los principios de un debido procedimiento parlamentario, y que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales ha determinado en el informe cuestionado que se cumplirían los requisitos de admisión o procedencia de la denuncia, informe que solo es una opinión de calificación y no una decisión o pronunciamiento formal o de fondo que se da en la etapa que corresponde a la Comisión Permanente, que puede rechazarlo o corregirlo. Por tanto, afirmar que la Comisión Permanente aprobaría a futuro dicho informe significaría aseverar que aquella no cumpliría con su labor fiscalizadora de control y de filtro a efectos de las evaluaciones, análisis y decisiones que toma a través de su pleno.

Manifiesta que en el caso se está ante un supuesto de hecho que podría o no producirse luego de un debate, votación y aprobación; pero sea de una u otra manera no incide o repercute directamente en el derecho invocado o los derechos conexos, por lo que es evidente que el petitorio de la demanda y su fundamentación fáctica no están referidos ni forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual o libertad personal. Anota que el procedimiento parlamentario del antejuicio político está compuesto por etapas y que a la fecha aún no ha sido materia de análisis, evaluación o votación el informe de calificación que se cuestiona, de modo que tampoco puede ser calificado como un acto lesivo o de amenaza cierta de agresión a los derechos invocados.

Precisa que el resultado del procedimiento de calificación inicial es postulatorio, ya que el control y la decisión corresponde a la Comisión Permanente, y en el caso de que resultase aprobado recién

correspondería proseguir con una investigación parlamentaria, donde el beneficiario podrá ejercer materialmente su derecho a la defensa, situación que no incumbe al presente caso. Agrega que el informe cuestionado no perjudica en nada la situación del favorecido, y que el cuestionamiento a la imputación tipificada bajo el Código de Justicia Militar es un error que fue corregido al momento de calificar el tipo penal, por no resultar aplicable.

A fojas 742 de autos obra el Acta de Audiencia de Informe Oral, realizada con fecha 25 de marzo de 2022.

El Noveno Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 8 de abril de 2022 (f. 758), declaró improcedente la demanda. Estima que los hechos y el petitorio de la demanda remiten a amenazas y perjuicios que no son reales al momento en el que se admite una denuncia de acusación constitucional, ni ponen en peligro la vigencia o el ejercicio de los derechos constitucionales invocados, por lo que corresponde aplicar a la demanda lo normado en el artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Aduce que la admisión a trámite de la denuncia constitucional en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República por traición a la patria se hizo en el marco de las funciones de control político establecidas en la Constitución Política del Estado para el Poder Legislativo y con respeto los parámetros que se adecuan al control político de los actos que importan al interés público. Afirma que sólo se ha dispuesto la admisión a trámite parlamentario la Denuncia 219/2021-2022 en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, la misma que deberá evaluarse por la Comisión Permanente del Congreso y, de aprobarse el informe, recién se continuará con su sustanciación, por lo que no existe amenaza cierta e inminente de infracción a los derechos invocados.

La Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 3 de junio de 2022, confirmó la resolución apelada. Considera que el órgano jurisdiccional no puede suplir el criterio aplicado por la parte demandada respecto de su pronunciamiento de dar trámite a la denuncia constitucional contra el beneficiario, pues, conforme al principio de corrección funcional, el juez constitucional al realizar su labor de interpretación no debe desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales.

Estima que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales estaría actuando en uso de sus atribuciones de control político prevista en el artículo 99 de la Constitución, concordante con el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República del Perú, por lo que la judicatura constitucional no puede injerir en el razonamiento aplicado debido a los límites de su propia función, máxime si el actor podrá defenderse oportunamente de la imputación si prosperase su trámite. Precisa que es la Comisión Permanente del Congreso la que debatirá el informe y votará con arreglo a ley; que los jueces no podrían inmiscuirse en la actuación temprana de la parte demandada a fin de corregir su interpretación o concepción; y que la demandada carece facultades de coerción similares a las de un juez penal, por lo que no se aprecia la conexión con el derecho a la libertad individual cuya transgresión o amenaza se denuncia.

FUNDAMENTOS

& Delimitación del petitorio

1. Del estudio de los hechos expuestos en la demanda, este Tribunal Constitucional aprecia que su objeto es que se declare la nulidad del Informe de calificación de la Denuncia Constitucional 219 de fecha 28 de febrero de 2022, mediante el cual la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú declara procedente la denuncia constitucional interpuesta contra el favorecido don José Pedro Castillo Terrones por el delito de traición a la patria y por infracciones a la Constitución, así como la nulidad de la corrección material de dicho informe, de fecha 4 de marzo de 2022.
2. Asimismo, es objeto de la demanda que se declare la nulidad del Acta de la Séptima sesión ordinaria del viernes 11 de febrero de 2022, en el extremo en el que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso aprueba por mayoría la Denuncia Constitucional 219 formulada contra don José Pedro Castillo Terrones por la probable comisión del delito de traición a la patria; y, consecuentemente, se ordene el archivo definitivo de dicho informe. Se denuncia la vulneración del principio de legalidad y de los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a no ser sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley, a la debida motivación en sede parlamentaria, a la presunción de inocencia, a la libertad de conciencia y a la libertad personal.

& Procedencia de la demanda

3. La Constitución establece expresamente en su artículo 200, inciso 1, que el *habeas corpus* procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o sus derechos constitucionales conexos. Ello implica que para que proceda el *habeas corpus* el hecho denunciado de inconstitucional necesariamente debe redundar en una afectación negativa, real, directa y concreta del derecho a la libertad personal o sus derechos constitucionales conexos; y es que, conforme a lo establecido por el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, la finalidad del presente proceso constitucional es reponer el derecho a la libertad personal del agraviado. Es por ello que el artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional establece 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.
4. De similar modo, se ha establecido que los procesos constitucionales de tutela -y, entre ellos, evidentemente, el de *habeas corpus*- también proceden frente a amenazas de vulneración de derechos fundamentales. Así, en el fundamento 8 de la sentencia emitida en el Expediente 00091-2004-PA/TC se ha precisado que, para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, la amenaza “debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo [...] los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan de una captación objetiva”. De este modo,

para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una vulneración concreta (Sentencia recaída en el Expediente 00340-2013-PA/TC, fundamento 2).
5. Resulta evidente que, en el presente caso, no se ha materializado propiamente alguna vulneración del derecho a la libertad individual

del favorecido. Es por ello que lo que corresponde a este Tribunal examinar es si las actuaciones desplegadas por la entidad emplazada suponen -o no- una amenaza al goce y ejercicio de los derechos fundamentales invocados en la demanda de *habeas corpus*. Para realizar dicha labor, es importante recordar que incluso las actuaciones del Congreso de la República en ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye pueden ser sometidas a control constitucional cuando, a través de su uso, se produzcan lesiones o amenazas de derechos fundamentales. Como ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiriéndose a la posibilidad de examinar casos en los que se cuestione el uso de la figura del juicio político,

[d]e conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Magistrados del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 71).

6. Este supremo intérprete de la Norma Fundamental también recuerda que, aunque ciertamente el órgano legislativo goza de un importante margen de maniobra para identificar, de forma inicial, la probable comisión de un hecho delictivo o de una infracción constitucional -y, con ello, promover una acusación constitucional-, ello desde ningún punto de vista puede conducir a afirmar que todas sus decisiones se encuentran exentas de control; más aún cuando de ellas se pueda desprender la adopción de alguna medida que repercuta en la esfera jurídica subjetiva de un funcionario. Como ha anotado Valentín Paniagua, los actos del Congreso de la República en los que

ejerce una suerte de potestad disciplinaria y que, por ello, culminan en la destitución de autoridades, son, en principio, de carácter justiciable⁹².

7. Del mismo modo, este Tribunal nota que la procedencia del *habeas corpus* en el presente caso se encuentra justificada, toda vez que, de prosperar la acusación constitucional en contra del favorecido, existe la posibilidad que, en el marco de un proceso penal, se adopte alguna decisión que incida en la libertad personal. Ahora bien, cuestión distinta es discernir si es que este proceso constitucional se ha iniciado de forma prematura. Por ello, en el siguiente apartado se desarrollarán las razones que justifican un pronunciamiento de fondo por parte del intérprete final de la Norma Fundamental.

& Necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo

8. Las instancias precedentes han declarado la improcedencia de la demanda debido a que esta se habría presentado en una etapa prematura. Así, según la primera instancia, sólo se ha dispuesto la admisión a trámite parlamentario de la Denuncia 219/2021-2022 en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, la misma que deberá aun evaluarse por la Comisión Permanente del Congreso y, de aprobarse el informe, recién se continuará con su sustanciación, por lo que no existe amenaza cierta e inminente de infracción a los derechos invocados.
9. De similar modo, la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 3 de junio de 2022, confirmó la resolución apelada, y consideró que las autoridades jurisdiccionales no pueden suplir el criterio aplicado por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales respecto de su pronunciamiento de dar trámite a la denuncia constitucional contra el beneficiario, pues, conforme al principio de corrección funcional, el juez constitucional, al realizar su labor de interpretación, no debe desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales.
10. Se desprenden, de lo expuesto, dos razones por las que el Poder Judicial declaró la improcedencia de la demanda: i) actuación prematura

92 Paniagua, Valentín (1999). “La justiciabilidad de los actos políticos-jurisdiccionales del Congreso”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, p. 199 y 200.

- de la justicia constitucional; y ii) la justicia constitucional no puede desvirtuar las funciones y competencias del Congreso de la República.
11. En relación con el primer punto, ciertamente la justicia constitucional suele activarse cuando se han agotado todos los procesos y/o trámites pendientes ante una entidad que cuente con competencia de revertir una potencial vulneración de derechos fundamentales. En ese sentido, el artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional exige que la demanda de amparo en contra de una resolución judicial se presente cuando esta haya adquirido firmeza; y el artículo 43 dispone que el amparo solo procede cuando se han agotado las vías previas. Esto supone que la justicia constitucional, en principio, suele emplearse cuando se hayan agotado, en las vías pertinentes, todos los recursos pertinentes para la reversión de un pronunciamiento que afecte los derechos fundamentales. Ahora bien, esto no supone que, en todos los casos, se deba esperar la materialización de alguna vulneración para que se permita la intervención de la justicia constitucional. En ese sentido, el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional prevé que los procesos de tutela pueden ser iniciados respecto de amenazas, y, en este mismo sentido, el artículo 43 establece que existen excepciones al agotamiento de las vías previas; como ocurre en el caso de irreparabilidad, cuando la vía previa no se encuentra debidamente regulada o ha sido iniciada de forma innecesaria; cuando no se resuelve la vía previa en los plazos establecidos; o en el escenario en que una resolución es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida.
 12. De este modo, no comparte este Tribunal el argumento relativo a que el solo hecho de que el trámite de la denuncia constitucional siga pendiente de una decisión definitiva por parte del Congreso de la República ya excluya la posibilidad de acudir a la justicia constitucional. Ciertamente, el nivel de escrutinio que se exija a la entidad emplazada dependerá del estado en que se encuentre el procedimiento respectivo, pero ello no puede suponer la simple renuncia a cualquier clase de control, más aún cuando el procedimiento parlamentario puede generar la imposición de alguna medida que ostente naturaleza sancionatoria, como ocurre en el caso de la inhabilitación o la suspensión en el ejercicio de las funciones de un funcionario público.
 13. Del mismo modo, debe considerarse que se trata de una acusación constitucional respecto del Presidente de la República, el cual, en

nuestro régimen político, le asisten determinadas prerrogativas e inmunidades precisamente porque se trata del jefe de Estado. En ese sentido, mientras la potencial decisión del Congreso de la República pueda tener un mayor impacto en el esquema de división y equilibrio de poderes -y, por ello mismo, en nuestro régimen político-, mayor será la necesidad de la intervención de la justicia constitucional.

14. También es pertinente recordar que la tramitación de un procedimiento parlamentario -como ocurre en el caso de las acusaciones constitucionales- no suele guiarse por la rigidez de un proceso de naturaleza judicial, ya que la propia dinámica de la política puede generar que ciertos casos se prioricen y se resuelvan de forma célere.
15. De hecho, este supremo intérprete de la Norma Fundamental nota que, con fecha 11 de noviembre de 2022, la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales ha aprobado la denuncia constitucional por traición a la patria y por infracciones a la Constitución que fue interpuesta en contra del favorecido. Al respecto, es importante destacar que las etapas pendientes de la referida acusación (esto es, ante la Comisión Permanente y, con posterioridad, la votación por el Pleno del Congreso) no cuentan con plazos procesales fijos, por lo que la resolución de una causa puede ser inmediata. Así, actuaciones tales como la notificación al denunciado de la fecha de la sesión de la Comisión Permanente en la que ejercerá su derecho a la defensa, la convocatoria al Consejo Directivo para fijar fecha y hora para el debate sobre la acusación constitucional a nivel del Pleno del Congreso de la República, la convocatoria a Pleno para debatir la acusación o la eventual comunicación posterior al fiscal de la Nación, no cuentan con un plazo definido en el Reglamento del Congreso, por lo que su programación depende, en esencia, de la agenda política, la cual suele ser fluctuante y, por ello mismo, puede un caso ser resuelto de forma inmediata si es que se le otorga prioridad en su tramitación. De ahí que el pronunciamiento de este Tribunal sea necesario para evitar, de ser el caso, un escenario de irreparabilidad.
16. En este mismo sentido, resulta indispensable considerar que, en el presente caso, han existido actuaciones posteriores de la entidad emplazada que fundamentan la urgencia de un pronunciamiento por parte de este Tribunal. Como se ha señalado, la presente demanda de *habeas corpus* pretende cuestionar el Informe de Calificación de la Denuncia Constitucional 219. Sin embargo, en el desarrollo de la

audiencia pública las partes procesales se han referido, además, al Informe Final aprobado por la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales con fecha 11 de noviembre de 2022, en el que se ha concluido que procede acusar, tanto por juicio político como por antejuicio, al beneficiario, por las declaraciones brindadas en la cadena internacional CNN.

17. De este modo, el análisis que se efectuará en este caso no solo tomará en cuenta lo dispuesto en el Informe de Calificación, sino también el contenido del Informe Final aprobado por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales. Al respecto, es importante anotar que ello no supondrá vulnerar el derecho de defensa de ambas partes procesales, ya que el contenido del referido informe es de acceso público, al encontrarse disponible en el portal web del Congreso de la República. Por otro lado, ambas partes procesales se refirieron a su contenido en el desarrollo de sus alegatos en la audiencia pública, lo cual demuestra que consideran que su valoración resulta indispensable para evaluar, en su verdadera magnitud, el accionar de la entidad emplazada.
18. Del mismo modo, la decisión que pueda emitir este supremo intérprete de la Constitución resulta pertinente porque, por un lado, de confirmarse la validez del trámite parlamentario iniciado a propósito de la denuncia constitucional cuestionada en este proceso, puede terminar de legitimar y fortalecer el accionar de la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, materializado en el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219; y, en el caso de que se detecten vulneraciones de los derechos fundamentales del favorecido, puede contribuir a un futuro diseño de un procedimiento parlamentario que, dentro de los estándares que le son naturales, pueda cumplir con las finalidades encomendadas por la Constitución con plena observancia de los principios, bienes y valores que ella promueve.
19. Ahora bien, la demanda también fue declarada como improcedente debido que, a consideración de la Sala Superior que conoció el presente caso, la justicia constitucional no puede desvirtuar las funciones y competencias del Congreso de la República.
20. Ciertamente, este Tribunal aprecia que, en el ejercicio de las atribuciones y competencias que la Constitución le asigna, el Congreso de la República cuenta con un importante margen de actuación y

decisión. Sin embargo, en el esquema de las modernas democracias constitucionales ello no puede suponer una abdicación total del control que, en el marco de procesos de tutela de derechos, se pueda efectuar si es que se advirtiera que alguna conducta parlamentaria ocasiona la vulneración de algún derecho fundamental.

21. De este modo, es importante recordar que los estándares probatorios no son necesariamente los mismos en un procedimiento de índole parlamentario que los que pueden exigirse en un proceso judicial de índole penal. Se ha sostenido, al respecto, que “[n]o existe un único estándar probatorio por la simple razón de que existen diferentes tipos de procesos con diferentes bienes en juego”⁹³. Evidentemente, mientras mayor sea la necesidad de preservar ciertos valores, derechos o principios constitucionales, se establecerán mayores exigencias de motivación. El caso de las acusaciones constitucionales contra altos funcionarios reviste, por ello, una condición particular, ya que, mientras que por un lado pretende garantizar que solo aquellas personas aptas sean las que ocupen los principales cargos de la organización estatal, por el otro también puede aplicar medidas que incidan en sus derechos políticos, por lo que resulta pertinente exigir cierto deber mínimo de motivación.
22. En efecto, a diferencia de lo que suele ocurrir en ciertos procesos judiciales ordinarios, una acusación constitucional en contra del jefe de Estado reviste de un particular interés público, por lo que el deber de brindar a la sociedad una justificación pormenorizada de las infracciones o delitos que se le atribuyen se incrementa. En efecto, la justicia constitucional no puede reemplazar el criterio o la oportunidad de las decisiones que, en el dinamismo de la política, efectúan los poderes públicos. Sin embargo, sí es competente para examinar si es que su proceder ha producido la vulneración de derechos fundamentales, ya que, de lo contrario, se estarían avalando conductas que pueden afectar la continuidad institucional o democrática en momentos de crisis. Se ha dicho al respecto que el restablecimiento del Estado constitucional “produciría el efecto de contribuir a sanear, dignificar y legitimar la política democrática, que no puede ser ajena a la idea

93 Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Lima: Palestra Editores, p. 70.

de límite, y límite desde el derecho, como dimensión efectivamente presente en todas las prácticas del poder”⁹⁴.

23. Ahora bien, esto no avala una permanente y constante injerencia de la justicia constitucional en el flujo de la política. Son conocidos, también, los peligros que una descontrolada “judicialización de la política” puede generar. En todo caso, es importante que no se renuncie, de forma completa, a cualquier mecanismo de control, más aún cuando una potencial decisión puede, potencialmente, afectar los cimientos estructurales de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo y, con ello, la configuración de nuestra forma de gobierno. Se trata, por ello, de un deber de la justicia constitucional de examinar, con extrema cautela, esta clase de casos, sin que ello suponga una abdicación de sus poderes de revisión.
24. Por lo expuesto, este Tribunal es competente para examinar el fondo de la controversia.

& Análisis del caso

25. Efectuadas las precisiones mencionadas en los apartados precedentes, se analizará si los hechos expuestos en la demanda han vulnerado los derechos fundamentales invocados.

a) Derecho a la debida motivación en sede parlamentaria

26. La parte recurrente cuestiona que el Informe de calificación de la Denuncia Constitucional 219, la Corrección material del Informe de Calificación Denuncia Constitucional 219, y el extremo del Acta de la Séptima sesión ordinaria del viernes 11 de febrero de 2022, mediante los cuales la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales aprobó por mayoría la Denuncia Constitucional 219 formulada contra don José Pedro Castillo Terrones por la probable comisión del delito de traición a la patria y por infracciones a la Constitución, vulneran el derecho a la debida motivación de las decisiones parlamentarias.
27. En su jurisprudencia, el Tribunal ha dejado sentado que
[...] las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa

94 Pace, Alessandro e Ibáñez, Perfecto Andrés (2011). *Inmunidad del poder en Italia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 127.

sancionatoria, corporativa y parlamentaria. Así lo estableció la Corte Interamericana en la sentencia recaída en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, de fecha 31 de enero de 2001, cuando enfatizó que “[s]i bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” precisando que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”. (Sentencia recaída en el Expediente 00156-2012-HC/TC, fundamento 2).

28. Se desprende, de lo expuesto, que el derecho al debido proceso, tal y como se encuentra reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución, no solo se aplica para aquellos casos tramitados ante los órganos jurisdiccionales, sino que, atendiendo a la magnitud de las sanciones o consecuencias que puedan desprenderse de un eventual pronunciamiento, se puede extender a los procedimientos en sede administrativo sancionadora o incluso a la parlamentaria. Lógicamente, las garantías propias del debido proceso en sede parlamentaria no deben entenderse necesariamente en los mismos términos que lo que suele exigirse en el ámbito de un proceso penal. Al respecto, se ha indicado que “es conveniente tener presente que, si bien las garantías judiciales son aplicables a todos los órganos del Estado que ejerzan materialmente funciones jurisdiccionales, también es cierto que tales garantías se aplican con las adaptaciones necesarias según el tipo de órganos estatales y procedimientos de que se traten, obviamente sin desnaturalizar la garantía” (sentencia recaída en el Expediente 03593-2006-AA/TC, fundamento 14).
29. Este Tribunal recuerda que los Estados constitucionales contemporáneos se caracterizan por pretender reducir los espacios de todas aquellas zonas exoneradas de alguna clase de control jurisdiccional, ya que la limitación del poder ha sido precisamente una de las conquistas que, desde la Revolución Francesa, han caracterizado el derecho actual. Es por ello que, aunque el Congreso de la República goce

de un importante nivel de autonomía para decidir cómo interpretar los preceptos constitucionales o de qué forma decide sancionar a un alto funcionario, esto no se puede traducir en la imposibilidad de la persona afectada de acudir a los tribunales de justicia para controvertir una decisión que, según pueda considerar, vulnera sus derechos fundamentales.

30. El deber de motivar en sede parlamentaria obedece a que incluso aquellos actos que se realicen en función de las competencias y atribuciones que se le asignan al Congreso de la República tienen que cumplir ciertas finalidades asignadas por la Constitución, y que se asocian con la preservación y resguardo de la institucionalidad del sistema democrático. En efecto, incluso el ejercicio de facultades discrecionales se contiene en la medida en que, en algunos aspectos, se involucran con elementos reglados, por lo que no debería existir alguna abdicación total del control que puedan efectuar los tribunales de justicia⁹⁵. A ello es importante añadir que este importante nivel de discrecionalidad no es tampoco ilimitado, ya que debe estar orientado a la satisfacción de los bienes y principios constitucionales para los que fueron diseñados los mecanismos de control en sede política. Como ha destacado este Tribunal,

si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de

95 Cfr. García de Enterría, Eduardo (2016). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Navarra: Cuaderno Civitas, p. 25.

dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional (sentencia recaída en el Expediente 00340-1998-AA/TC, fundamento 11).

31. Se desprende, de lo expuesto, que resulta necesario que, tanto en el antejuicio como en el juicio político, exista la posibilidad de efectuar un control posterior de las actuaciones parlamentarias, y ello en la medida en que el desarrollo de estos procedimientos puede conducir a la imposición de sanciones para determinadas autoridades políticas. En todo caso, es importante que, al analizar esta clase de casos, la justicia constitucional muestre un importante nivel de deferencia -que no es similar a la completa abdicación- en relación con las actuaciones del Congreso de la República. En efecto, las actuaciones de componente “político” se encuentran, en principio, excluidas del control judicial, si ellas se asocian con valoraciones de ese mismo carácter, y que suelen medirse en términos de conveniencia o de oportunidad. Sin embargo, cuando ellas impactan directamente en el desarrollo del proceso político, deben merecer la completa atención de la justicia constitucional. La realización de este control, lejos de asumirse como una interferencia en el principio de separación de poderes, debe ser entendida como un complemento que permita la optimización y legitimidad de los procedimientos parlamentarios, al conseguir que estos se efectúen dentro del marco de principios y valores que consagra nuestra Ley Fundamental.
32. En ese sentido, se analizará si es que el informe de calificación, así como las actuaciones posteriores de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso, han vulnerado el derecho a la debida motivación, o no.

b) Informe de Calificación de la Denuncia Constitucional 219

33. Al respecto, en el Informe de Calificación de la Denuncia Constitucional 219, que se pronuncia respecto del caso del beneficiario, se hace mención a aspectos como la legitimidad para obrar, a si a la persona denunciada le corresponde o no la prerrogativa del antejuicio, a si los delitos atribuidos han prescrito, a los agravios producidos a los denunciantes y a que los hechos constituyan infracción a la Constitución y/o delito de función. Para determinar si es que en este informe se ha cumplido o no con el deber de motivar, se hará referencia a este

último punto, ya que es el que expresamente ha sido controvertido por la parte recurrente.

34. Así, en el apartado 3.3.1.2, que se refiere al requisito de procedencia referido a hechos que constituyan infracción a la Constitución y/o delitos de función, se señala que

La infracción constitucional que se denuncia, se refiere a la presunta lesión de los artículos 32, 54, 110 y 118 (incisos 1, 2 y 11) de la Constitución Política del Perú. El delito denunciado, previsto en el artículo 325 del Código Penal, se refiere al de “atentado contra la integridad nacional”, presuntamente cometido en el ejercicio de su función por el denunciado José Pedro Castillo Terrones, como Presidente de la República: delito que se encuentra enmarcado dentro del Capítulo I: “Atentados contra la Seguridad Nacional y Traición a la Patria”, correspondiente al Título XV: “Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional”, del Código Sustantivo en mención. Y en el artículo 78, numeral 27, del TÍTULO PRIMERO: “De la Traición a la Patria”, de la Sección III: “De los Delitos: Delitos contra la Seguridad y el Honor de la Nación”, del Código de Justicia Militar, Decreto Ley 23214.

35. Al respecto, el Tribunal nota que, más allá de la descripción de la normatividad aplicable, el Informe de Calificación no hace referencia a los hechos específicos que, a consideración de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, sustentan la atribución de las infracciones constitucionales y el delito de traición a la patria al beneficiario del presente *habeas corpus*. Ahora bien, se podría alegar que, en la medida en que se trata de una de las etapas iniciales del procedimiento parlamentario, la exigencia de motivación no debería ser tan estricta como en el caso de la imposición de alguna sanción.
36. Sin embargo, este Tribunal considera que, incluso en esta etapa del procedimiento de acusación constitucional, resulta indispensable que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales precise de manera prolija cuáles hechos sustentan la procedencia de la denuncia, ya que ello permitirá a los funcionarios denunciados ejercer de forma adecuada su derecho a la defensa y entender el marco fáctico sobre el cual gira la denuncia respectiva. Al respecto, debe destacarse que el Informe de Calificación, en la medida en que declara la procedencia de las acusaciones constitucionales, debe delimitar de manera

adecuada las razones que conducen a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales a calificar las conductas cuestionadas como pasibles de ser sometidas a un antejuicio o juicio político.

37. En efecto, el referido informe cumple la función de establecer el marco fáctico y jurídico sobre el cual se decidirá la controversia. Es, por ello, indispensable que la autoridad sometida a un procedimiento parlamentario cuente, desde esta etapa, con los elementos suficientes que le puedan permitir trazar su estrategia de defensa. Así, una exigencia mínima consiste en que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales deba subsumir las conductas cuestionadas dentro del tipo penal respectivo (en el caso del antejuicio) o de la cláusula constitucional infringida (en el caso de las infracciones a la Constitución). En este último caso, al no existir aun en nuestro modelo un cuerpo normativo que precise cuáles son las infracciones constitucionales y sus posibles sanciones, dicha motivación deberá ser prolija, para evitar un estado de indefensión.
38. En todo caso, como se ha indicado *supra*, existen actuaciones posteriores del órgano emplazado que es imprescindible examinar para la resolución de esta causa. Así, en el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219, el cual fue votado en la sesión del 11 de noviembre de 2022, se resolvió acusar por juicio político a don José Pedro Castillo Terrones, con una propuesta de inhabilitación de cinco años; y por antejuicio político, en su condición de Presidente de la República, como presunto autor del delito de traición a la patria, el cual se encuentra previsto y sancionado por el artículo 325 del Código Penal; en calidad de autor y en grado de tentativa en agravio del Estado Peruano.
- c) **Informe Final de la Denuncia Constitucional 219: el juicio político en contra de don José Pedro Castillo Terrones por presuntas infracciones de los artículos 32, 54, 110 y 118 de la Constitución.**
39. El Informe Final de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de República, recaído sobre la Denuncia Constitucional 219, como quedó dicho, recomienda a la Comisión Permanente acusar al Presidente de la República, Pedro Castillo, en el marco de un juicio político, por supuestamente haber incurrido en la infracción de los artículos 32, 54, 110, 118, incisos 1, 2 y 11, de la Constitución Política del Perú, y propone que se le imponga una sanción de inhabilitación de 5 años (cfr. Informe Final, p. 87).

40. A la luz del contenido del informe, deriva con claridad que, a criterio de la referida subcomisión, el hecho concreto que constituiría la infracción de los referidos preceptos constitucionales es que en la entrevista concedida a un medio de comunicación internacional transmitida los días 24 y 25 de enero de 2022, el Presidente de la República se refirió a la posibilidad de consultar al pueblo peruano sobre otorgar una salida al mar al Estado de Bolivia.

41. Los ámbitos prescriptivos infraccionados por tal hecho, a juicio de la subcomisión, son los siguientes:

Artículo 32: “No puede (...) someterse a referéndum (...) los tratados internacionales en vigor”.

Artículo 54: “El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. (...)”.

Artículo 110: “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” (...).”.

Artículo 118: “Corresponde al Presidente de la República:

Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

Representar al Estado, dentro y fuera de la República.

(...)

Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales (...).”.

42. El Tribunal Constitucional ya ha establecido las diferencias que existen entre el antejuicio político y el juicio político, así como la relación que existe entre el primero y la acusación constitucional por la comisión de delitos cometidos en el ejercicio de la función, y la relación que existe entre el juicio político y la acusación constitucional por infracción de la Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00006-2003-PI/TC, fundamento 3 y ss.).

43. Asimismo, este Colegiado ha descrito a las infracciones constitucionales como “todas aquellas violaciones a los bienes jurídicos-constitucionales establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción –en caso de su incumplimiento– por norma legal alguna. Con esto, se busca proteger la Constitución evitando la

impunidad de quienes la violen por medios no previstos ni sancionados en la ley. Ello es así en la medida que el carácter normativo de la Constitución determina que las infracciones a su texto sean proscritas en todos los ámbitos, y en especial en el público. Para ello, la propia Constitución ha diseñado un mecanismo de sanción política para los más altos funcionarios de la República por infracción de la Constitución”. (Sentencia recaída en el Expediente 03593-2006-PA/TC, fundamento 8).

44. En esa línea, se ha sostenido que “el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, órgano político por excelencia, muchas veces, se fundamenta en razones de oportunidad política; pero es cierto también que ello es limitado por la exigencia constitucional de determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los hechos que configuran la infracción constitucional, la calificación de la infracción y la sanción a imponer, lo cual debe estar debidamente fundamentado y motivado. Asimismo, con relación a la sanción a imponer esta deberá estar sujeta a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De no proceder como se ha señalado corresponderá el control jurisdiccional sobre tales actos (Expediente 03760-2004-AI/TC, fundamentos 23 a 25)”. (cfr. Sentencia emitida en el Expediente 03593-2006-PA/TC, fundamento 20).
45. Y se ha precisado, además, que en el juicio político “la propia Constitución es el parámetro normativo para evaluar si alguno de los altos funcionarios, a que se refiere el artículo 99.º de la Constitución, ha cometido o no una infracción contra ella. En efecto, la tarea del Congreso de la República consiste en determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si los hechos denunciados en un juicio político constituyen o no una infracción de la Constitución. Tal atribución no solo le ha sido conferida al Congreso de la República, por los artículos 99.º y 100.º de la Constitución, sino también por el artículo 102.º inciso 2.º de la misma norma suprema que le impone el deber de velar por el respeto de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Para el caso particular del juicio político tal responsabilidad no es otra que la política. Por tanto, así como en el caso de un delito el juez penal debe hacer una tarea de subsunción de los hechos en el tipo penal establecido en la ley, en el caso del juicio político el Congreso de la República tiene la tarea de encuadrar los hechos y establecer su

relación directa con la norma constitucional pertinente, a fin de configurar la infracción constitucional, según el caso”. (Sentencia emitida en el Expediente 03593-2006-PA/TC, fundamento 9).

46. De lo expuesto se desprende que incluso el accionar parlamentario en el seno de una acusación constitucional por juicio político debe encontrarse debidamente motivado, y más aún cuando, en el modelo constitucional peruano, no existe propiamente un catálogo o cuerpo normativo que regule cuáles son las infracciones a la Constitución y qué clase de sanciones ameritaría su comisión. Este solo hecho genera que el deber de motivar una sanción en el marco de un juicio político tenga que ser ejercido de forma especialmente prolija, ya que de ello se pueden desprender medidas que inciden en los derechos políticos de las autoridades.
47. Así las cosas, si bien la determinación de la comisión de una infracción constitucional es un asunto en el que bien pueden ingresar consideraciones de orden axiológico -máxime si se tiene en cuenta que la responsabilidad que se juzga es de carácter político y que las disposiciones constitucionales pueden ostentar un grado de indeterminación semántica importante-, un ejercicio de racional tipicidad, a saber, de racional encuadre del hecho juzgado en el contenido semánticamente descrito por la norma constitucional supuestamente infraccionada es imprescindible, para considerar válida tal determinación.
48. Y a ello se suma, por supuesto, tal como ha sido anotado, que concluir que se haya cometido una infracción constitucional, por más política que sea la naturaleza del órgano que tenga la competencia para arribar a tal conclusión, es una actividad que no puede estar reñida con elementales criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
49. Racional tipicidad normativa, razonabilidad y proporcionalidad son, pues, criterios que, como mínimo, bajo una prudente mirada presidida también por el principio de corrección funcional, deben ser tenidos en consideración al momento de controlar los actos parlamentarios en el marco de los juicios políticos por infracción de la Constitución.
50. Pues bien, tal como se mencionó *supra*, la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales ha considerado que el hecho de que el Presidente de la República se haya referido a la posibilidad de consultar

al pueblo peruano otorgar una salida al mar al Estado de Bolivia, viola, entre otras disposiciones constitucionales, aquellas, que establecen que “[e]l presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” (artículo 110 de la Constitución), y que le corresponde “[r]epresentar al Estado dentro y fuera del territorio” (artículo 118, inciso 2, de la Constitución) y “dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados (artículo 118, inciso 11, de la Constitución).

51. Sobre el particular, al exigirse una racional tipicidad para establecer una infracción de la Constitución, es preciso tener presente que, desde un punto de vista semántico, no cabe confundir “violar una norma de competencia o atributiva” con “violar una norma en ejercicio de una competencia o atribución”, pues son cuestiones conceptual y lógicamente distintas. Una norma de competencia o atributiva es violada, por ejemplo, si el órgano titular de la competencia o atribución abdica de ella, pero no si, ejerciéndola, viola otra norma del sistema jurídico.
52. Así, por ejemplo, si bien el artículo 93 de la Constitución establece que “[l]os congresistas representan a la Nación”, y el artículo 102 establece que es atribución del Congreso de la República “[d]ar leyes”, sería carente de toda racionalidad sostener que porque en ejercicio de su competencia de dictar leyes el Congreso de la República ha dictado una ley contraria al derecho a la igualdad, entonces, ha violado los artículos 93 y 102 de la Constitución, abdicando de su condición de representante de la Nación o de su atribución de dictar leyes, cuando, por evidentes razones de carácter típico, semántico y lógico, lo correcto sería sostener que la norma constitucional violada ha sido el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, que es el que reconoce el mencionado derecho.
53. *Mutatis mutandis*, sostener que el hecho de que el Presidente de la República se haya referido a la posibilidad de consultar al pueblo peruano otorgar una salida al mar al Estado de Bolivia, infracciona la norma que establece es el jefe del Estado y personifica a la Nación o las que establecen que le corresponde representar al Estado dentro y fuera del territorio, y dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, colisiona con un elemental sentido de tipicidad, pues no hay nada en el Informe Final que permita determinar que el Presidente de la República ha quebrantado la obligación de ejercer estas

competencias y atribuciones. Por estos motivos, los fundamentos orientados a sustentar las supuestas infracciones constitucionales a los artículos 110 y 118, incisos 2 y 11, de la Constitución, planteadas en el Informe Final, carecen de una debida motivación y, por ende, resultan inconstitucionales.

54. Ahora bien, como quedó dicho, en el Informe Final también se sostiene que las declaraciones del Presidente de la República vulneraron el artículo 32 de la Constitución, que establece que no puede someterse a referéndum los tratados internacionales; el artículo 54, que establece que el territorio del Estado es inalienable e inviolable; y el artículo 118, inciso 1, que dispone que corresponde al Presidente de la República cumplir la Constitución y los tratados.
55. En relación con la presunta infracción del artículo 32 de la Constitución, en el Informe Final se afirma que

[d]e las declaraciones del Presidente de la República, se desprende que tiene la intención y voluntad de preguntar a los peruanos sobre la salida al mar de Bolivia, y con ello desvincularse y no acatar lo establecido en la Constitución Política.

(...)

Por ello, consideramos que lo manifestado por el investigado en la referida entrevista, infringe el artículo 32 de la Constitución Política, y (...) su intención de transgredir intencionalmente dicho dispositivo, es reprochable, más si quien lo manifiesta es el máximo representante de la Nación, el mismo que se encuentra obligado a cumplir y hacer cumplir la Constitución, no pudiendo retrotraerse a una situación anterior a lo manifestado, irremediablemente un acto ya ejecutado.

56. De otro lado, respecto de la supuesta infracción del artículo 54 de la Constitución, se indica lo siguiente:

La intención de consultar a la población sobre la posibilidad de disponer del territorio nacional, pone en riesgo un bien jurídico trascendental que merece especial protección y resguardo por todos y especialmente por los representantes de la Nación.

57. Así, se advierte que la supuesta responsabilidad por la infracción de los artículos 32 y 54 de la Constitución se sustenta en la supuesta “intención” de transgredir las referidas disposiciones.

58. En el propio Informe Final se ha señalado, con acierto, que “[l]a Constitución Política establece una protección jurídica y política especial a la figura del Presidente de la República, con la finalidad de evitar que la máxima autoridad nacional sea vulnerable y sometida ante los otros poderes del Estado, por cualquier motivo, lo que generaría una permanente inestabilidad, acarreando un desgobierno” (pág. 54 del informe). En el caso particular del jefe de Estado, el esquema constitucional peruano ha establecido una forma de gobierno en la que se le otorga una especial protección atendiendo a su investidura; de ahí que las razones por las que se decide someterlo a una acusación constitucional deben ser particularmente graves y objetivas.
59. En ese sentido, en el ámbito del diseño y estructuración de la premisa fáctica en esta clase de casos, una exigencia mínima es que las razones que ha identificado el órgano legislativo sean actos específicos de ejecución y no llanas (y supuestas) intenciones. En efecto, una decisión del calibre de aplicar alguna sanción en contra del jefe de Estado, en nuestro régimen constitucional, debe superar la simple especulación atribuible al discurso, dado el impacto que ella puede generar en la dinámica de los poderes públicos.
60. En el Informe Final no se hace referencia a algún elemento objetivo que permita concluir que se ha dado inicio a la ejecución de alguna conducta, siquiera en estado preparatorio, que materialice alguna clase de entrega o cesión del territorio nacional. El informe alude a una “intención” del Presidente de la República, la cual no se ha acreditado con otros elementos de juicio. Y, de hecho, se obvian otras expresiones en el desarrollo de la entrevista en las que el jefe de Estado niega alguna potencial cesión de territorio nacional.
61. En ningún caso, la manifestación de aceptar la posibilidad de acudir a una consulta popular, incluso si ella es constitucionalmente inviable, puede ser interpretada como una infracción constitucional. Para arribar a tal conclusión se requeriría de actos específicos que concreticen el quebrantamiento de la Norma Fundamental. En efecto, calificar la intención en sí como constitutiva de una infracción constitucional es un criterio carente de toda base objetiva y razonable, así como manifiestamente desproporcionado, sobre todo si se pretende utilizar como argumento para despojar del cargo y sancionar a quien ostenta la más alta jerarquía al servicio de la Nación (artículo 39 de la Constitución).

62. En esa medida, este Tribunal estima que, tanto el Informe de Calificación como el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219, han incumplido con el deber de motivar con mínima suficiencia, la supuesta infracción de los artículos 32 y 54 de la Constitución.
63. Descartada la violación de estos preceptos, por lógica derivación, tampoco se advierte la violación del artículo 118, inciso 1, de la Constitución, que establece que corresponde al Presidente de la República cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico, en general.
- d) Informe Final de la Denuncia Constitucional 219: el antejuicio político por traición a la patria en contra de don José Pedro Castillo Terrones**
64. Como se ha expuesto *supra*, el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219 también ha concluido que procede acusación constitucional por antejuicio político por la presunta comisión del delito de traición a la patria. En efecto, en el referido documento, se precisa, en relación con este extremo, que

La denuncia sostiene que el Presidente de la República habría cometido el delito tipificado en el artículo 325° del Código Penal, por presuntamente atentar contra el Estado y la Integridad Nacional a través de la declaración periodística ante una cadena internacional al señalar que consultaría a la población la posibilidad de mar para Bolivia, lo que pondría en grave riesgo la soberanía del país.

De los medios probatorios aportados y actuados en audiencia, se tiene que el Presidente de la República, incluso antes de ser elegido presidente habría estado sosteniendo que Bolivia tenía derecho al mar, y ya elegido Presidente, en la entrevista propalada por el medio de comunicación internacional CNN en español, señaló que consultaría a la población peruana sobre la salida al mar de Bolivia, de donde se desprende que efectivamente la intención del Presidente era convocar a una consulta popular para ceder parte de nuestro territorio nacional.

Que el territorio nacional es conformante de uno de los elementos más importantes del Estado; y por tanto, un bien jurídico trascendental que debe ser protegido por todos los peruanos y especialmente por el Presidente de la República, y cualquier acto que lo

ponga en riesgo debe ser investigado y juzgado con la finalidad de resguardar celosamente la integridad y soberanía nacional.

65. En su jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que “el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo” (sentencia recaída en el Expediente 00006-2003-AI/TC, fundamento 3). Del mismo modo, se precisa que el Congreso de la República no puede iniciar un procedimiento de acusación constitucional por conductas que previamente no se encuentren tipificadas en la ley penal [cfr. sentencia recaída en el Expediente 00156-2012-HC/TC, fundamento 12].
66. Es posible advertir que, en el antejuicio, existe una naturaleza política y jurídica. El carácter político de este procedimiento obedece a que es iniciado por el Congreso de la República, por lo que su sustanciación no suele ser necesariamente la misma que una acusación en el ámbito penal. Sin embargo, también ostenta una dimensión jurídica, en la medida en que se pretende que la judicatura ordinaria dilucide la responsabilidad penal de altos funcionarios del Estado. Es por ello que, a diferencia de lo que ocurre en el juicio político, la acusación constitucional requiere de un mayor perfil técnico, ya que lo que se va a dilucidar finalmente en sede judicial es un comportamiento que, a juicio del Congreso, se subsume en un tipo penal.
67. Del mismo modo, y debido a que el informe que, eventualmente, pueda aprobar el Pleno del Congreso de la República será considerado por el fiscal de la Nación para la formulación de la acusación respectiva, resulta importante que su contenido observe estándares mínimos de motivación y las exigencias que se desprenden del principio de legalidad y tipicidad. En efecto, en esta clase de procedimiento parlamentario el nivel de discrecionalidad del órgano legislativo se reduce, debido a que lo que se efectúa es una calificación de naturaleza jurídica.
68. Ahora bien, este Tribunal considera que, aunque propiamente en el antejuicio político no sea el Congreso de la República el órgano que se pronuncie de forma definitiva sobre la responsabilidad penal, lo cierto es que su decisión puede revestir una amenaza al derecho a

la libertad individual de manera conexas con el derecho a la debida motivación. En todo caso, y como se ha precisado en esta sentencia, la necesidad de actuación del Tribunal Constitucional adquiere una especial relevancia en esta controversia, en la medida en que esta disputa también engloba la dinámica existente entre el Legislativo y el Ejecutivo, la cual debe efectuarse respetando el principio de equilibrio y división de los poderes, valor que forma parte de la identidad de la norma fundamental.

69. Del mismo modo, el Tribunal considera que resulta importante que, en la tramitación de esta clase de procedimientos parlamentarios, se respeten las exigencias que se desprenden del principio de legalidad. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha establecido que, como tal, “el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*)” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00012-2006-AI/TC, fundamento 22). De forma específica, se ha precisado que la exigencia de “*lex certa*”

no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (sentencia recaída en el Expediente 00010-2002-AI/TC, fundamento 45 y siguientes).

70. Se desprende, por ello, que la determinación del tipo penal resulta relevante para la adecuada subsunción de la conducta imputada en el supuesto de hecho. Al respecto, en el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219, se concluye que existen indicios de la supuesta comisión del delito de traición a la patria, el cual se encuentra previsto en el artículo 325 del Código Penal. Según esta disposición,

Artículo 325.- El que practica un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer

independiente una parte de la misma, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

71. Para justificar la aplicación de este tipo penal, se menciona que el Presidente de la República, incluso antes de ser elegido presidente habría estado sosteniendo que Bolivia tenía derecho al mar, y ya elegido Presidente, en la entrevista propalada por el medio de comunicación internacional CNN en español, señaló que consultaría a la población peruana sobre la salida al mar de Bolivia, de donde se desprende que efectivamente la intención del Presidente era convocar a una consulta popular para ceder parte de nuestro territorio nacional.
72. El Tribunal nota que el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219 sustentó la comisión del delito de traición a la patria en el hecho de que el presidente “habría estado sosteniendo que Bolivia tenía derecho al mar”.
73. En el desarrollo de los fundamentos, no se efectúa ninguna precisión sobre en qué medida las declaraciones del Presidente de la República puedan ser subsumidas en el delito de traición a la patria. De hecho, la indeterminación de dicho tipo penal requiere que el juzgador -o quien haga sus veces- precise con meridiana prolijidad la conducta que estaría vedada, de conformidad con el referido precepto penal. De este modo, no se especifica en qué medida el desarrollo de una entrevista, en la que el favorecido expresa opiniones oscilantes sobre la materia, puede constituir “un acto dirigido a someter a la República [...] a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma”; más aún cuando ella no fue complementada con actos posteriores de ejecución.
74. En efecto, el referido informe no indica en que consistiría, en este caso, el acto dirigido al sometimiento de la República, o a hacer independiente una parte de la misma. Evidentemente, la formulación de este tipo penal requiere que el órgano decisor precise de qué forma la conducta del sujeto activo puede concluir en un episodio de sumisión. Esto implica que la fundamentación de una acusación por el delito de traición a la patria exija que, como mínimo, se detalle de qué forma las conductas cuestionadas pueden terminar por someter al Estado peruano.

75. Por otro lado, es llamativo que, en las conclusiones del informe, se afirme que el beneficiario “en su condición de Presidente de la República, [es considerado] como presunto autor del delito de Traición a la Patria previsto y sancionado por el artículo 325° del Código Penal; en calidad de Autor y en grado de tentativa en agravio del Estado Peruano”.
76. Al respecto, el Informe Final, pese a concluir que el beneficiario habría cometido, como presunto autor y en grado de tentativa, el delito de traición a la patria, no ha precisado en los fundamentos la razón por la que, en este caso, se consideraría que existe un nivel de ejecución solo a nivel de tentativa. De la revisión del documento se aprecia que, en su desarrollo, se justifica la aplicación del tipo penal en que el beneficiario “tendría la intención” de ceder salida al mar a Bolivia. De este modo, no se cumple con justificar en qué medida un eventual propósito o pensamiento personal, de ser ese el caso, puede suponer el inicio de la ejecución del delito de traición a la patria, sin que existan actos posteriores de materialización del hecho delictivo.
77. Por lo expuesto, este Tribunal considera que, al no motivarse adecuadamente la procedencia de la acusación en este extremo, ello genera una amenaza de vulneración del derecho al debido proceso, en el escenario en el que se apruebe una eventual derivación de los actuados al Poder Judicial; y ello debido a que el documento que se emplearía como base para la acusación fiscal no habría cumplido con expresar las razones mínimas que vincularían al beneficiario con el delito, ni la forma en que este se habría desarrollado.
78. Finalmente, este Tribunal entiende que la investidura del Presidente de la República, tal y como ha sido configurada y plasmada en nuestro modelo constitucional, genera que solo asuntos de especial consideración y relevancia puedan generar la activación de un antejuicio político en los términos previstos en el artículo 117 de la Constitución. Lo contrario supondría exponer recurrentemente al jefe de Estado a escenarios de inestabilidad y desgobierno, los cuales no solo perjudican el régimen de gobierno previsto en la Constitución de 1993, sino que alteran la institucionalidad democrática y la legitimidad de los poderes públicos.
79. Por las consideraciones expuestas, también se ha vulnerado el derecho a la debida motivación parlamentaria en este punto.

e) Consideraciones sobre los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad de conciencia

80. En la demanda, se ha indicado que la actuación de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales ha vulnerado los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad de conciencia.
81. Al respecto, este Tribunal considera que la atribución de responsabilidad en los informes cuestionados no ha generado alguna especial incidencia en el derecho a la presunción de inocencia, ya que se trata del natural desarrollo de la labor parlamentaria. En todo caso, la activación del procedimiento de antejuicio no ocasiona, *per se*, alguna vulneración de este derecho, ya que la calificación definitiva de las conductas imputadas depende, finalmente, de lo que decida la autoridad jurisdiccional competente. En el caso del juicio político, se ha cuestionado que la conducta del beneficiario vulnera distintos preceptos constitucionales. Ahora bien, independientemente de que se haya identificado que tanto el Informe de Calificación como el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219 no han cumplido con el deber de motivación parlamentaria, ello no conduce a que, de manera automática, se pueda identificar alguna vulneración de la presunción de inocencia.
82. Tampoco se destaca de las actuaciones parlamentarias alguna violación del derecho a la libertad de conciencia. En todo caso, las razones relacionadas con el nivel de ejecución del delito de traición a la patria ya fueron analizadas a propósito de las consideraciones desarrolladas por este Tribunal en el apartado relativo a la debida motivación en sede parlamentaria.

& Efectos de la presente sentencia

83. Se ha precisado, en el presente pronunciamiento, que los actos parlamentarios que desemboquen en acusaciones constitucionales resultan justiciables. Esto obedece a que, con ocasión de su desarrollo, el Congreso de la República puede adoptar medidas de carácter sancionador que generen una especial incidencia en el ámbito de los derechos fundamentales, así como un considerable impacto en el desarrollo de las relaciones entre los poderes públicos. Mientras que, en el caso del antejuicio, ello supone que desde el Informe de Calificación se deba expresar en qué medida la conducta enjuiciada se subsume en el tipo penal respectivo; en el ámbito del juicio político genera el deber de expresar las razones por las cuales se considera

que se han infringido preceptos constitucionales. En este último caso, la obligación de motivar debe ser particularmente prolija, lo cual obedece a la inexistencia, en nuestro modelo, de un cuerpo normativo que regule, de manera precisa, cuáles son las infracciones constitucionales y las sanciones que acarrearían. Evidentemente, mientras más avanzado se encuentre el procedimiento parlamentario, el deber de motivar adecuadamente la imposición de estas sanciones será más apremiante.

84. Desde luego, esto no supone que la justicia constitucional deba efectuar un escrutinio estricto y constante de las actuaciones parlamentarias. Antes bien, debe garantizar un amplio margen de deferencia al fluir natural de la política. Sin embargo, esto no puede conducir a que, en el marco de un Estado constitucional, se abdique del deber de controlar todos aquellos actos que incidan en los derechos fundamentales de toda persona y que, eventualmente, también generen repercusiones en las relaciones entre los poderes del Estado, cuestión que puede afectar nuestra institucionalidad democrática.
85. Del mismo modo, la resolución de la presente controversia -pese a que las acusaciones constitucionales, al momento de expedirse la presente sentencia, siguen en trámite- ha obedecido a la necesidad de evitar la consumación no solo de la vulneración de los derechos fundamentales del favorecido, sino también a que el uso irregular de los mecanismos de control político puede, a su vez, alterar la dinámica existente entre los poderes del Estado en el esquema de nuestro régimen de gobierno, y afectar, de esta manera, la dinámica entre el Ejecutivo y el Legislativo. En similar sentido, la inexistencia de plazos procesales en la realización de diversos trámites tanto en la Comisión Permanente como en el Pleno del Congreso, por la propia dinámica de la política, genera que exista la posibilidad de un inminente pronunciamiento definitivo, lo que justifica el control efectuado por este Tribunal.
86. En este caso, se ha concluido, con motivo de las dos acusaciones constitucionales vinculadas con los mismos hechos atribuidos al Presidente de la República, que tanto el Informe de Calificación como el Informe Final de la Denuncia Constitucional 219, han incumplido el deber de motivación en sede parlamentaria, por lo que corresponde declarar su nulidad.

87. Sin perjuicio de ello, y atendiendo al principio de corrección funcional, este Tribunal considera que el Congreso de la República mantiene incólume su rol fiscalizador de la actividad del Poder Ejecutivo.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus*.
2. Declarar la **NULIDAD** del acuerdo de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República de fecha 28 de febrero de 2022, en lo referido a la admisión de la denuncia en contra del favorecido, así como del Informe Final de la Denuncia Constitucional 219, por vulnerar el derecho a la debida motivación en sede parlamentaria.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA

PACHECO ZERGA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE MONTEAGUDO VALDEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Coincido con la ponencia en que la pretensión invocada sea declarada fundada. Sin embargo, considero que resulta indispensable realizar algunas precisiones, que expresé en el debate oral de la sentencia, a fin de no desnaturalizar el proceso de *habeas corpus*.

Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare: a) la nulidad del Informe de calificación de la Denuncia Constitucional 219 de fecha 28 de febrero de 2022, mediante el cual la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú declara procedente la denuncia constitucional interpuesta contra el favorecido José Pedro Castillo Terrones por el delito de traición a la patria y por infracciones a la Constitución, así como la nulidad de la corrección material de dicho informe de fecha 4 de marzo de 2022; b) la nulidad del Acta de la Séptima sesión ordinaria del viernes 11 de noviembre de 2022, en el extremo que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso aprueba por mayoría la Denuncia Constitucional 219 formulada contra don José Pedro Castillo Terrones por la probable comisión del delito de traición a la patria; y, consecuentemente, se ordene el archivo definitivo de dicho informe.
2. Se invoca el principio de legalidad y los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a no ser sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley, a la debida motivación en sede parlamentaria, a la presunción de inocencia, a la libertad de conciencia y a la libertad personal.

Procedencia de la demanda

3. La Constitución establece expresamente en su artículo 200, inciso 1, que el *habeas corpus* procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o sus derechos constitucionales conexos. Ello implica que para que proceda el *habeas corpus* el hecho denunciado de inconstitucional necesariamente debe redundar en una afectación negativa, real, directa y concreta del derecho a la libertad personal o

sus derechos constitucionales conexos; y es que, conforme a lo establecido por el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, la finalidad del presente proceso constitucional es reponer el derecho a la libertad personal del agraviado. Es por ello que el artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional establece 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.

4. En el presente caso, me aparto de lo resuelto en la ponencia en lo referido a la procedencia de la demanda. Y es que, en el presente caso, tanto de lo expuesto en la demanda, como de lo informado en la audiencia pública que ha tenido el presente caso, a mi entender no se ha logrado acreditar que exista una vulneración del derecho a la libertad personal o, al menos, una amenaza de vulneración de este, lo que constituye un requisito indispensable para la procedencia del *habeas corpus*.
5. El Tribunal Constitucional, en reiterada línea jurisprudencial (cf. STC N.º 2593-2003-AA/TC, 3125-2004-AA/TC y 05259-2008-AA/TC), ha señalado que para que pueda tutelarse a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo aquellos perjuicios que escapen a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real (es decir, que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados); tangible (que se perciba de manera precisa), e ineludible (que implique irremediablemente una violación concreta).
6. En concreto, se cuestionan informes emitidos en el marco de un antejuicio político seguido contra el Presidente de la República, al que se le imputa la infracción de diversos artículos de la Constitución, así como la configuración del delito de traición a la patria. En ese sentido, nada de lo descrito implica una afectación latente o futura de la libertad personal. A lo sumo, la procedencia del informe cuestionado en autos puede dar a lugar al inicio de una investigación en sede penal, con la participación del Ministerio Público. La restricción del

derecho a la libertad personal solo se producirá en caso de que el Ministerio Público, en el marco del futuro proceso penal que se aperture, proponga una medida cautelar de carácter personal al órgano jurisdiccional y este acceda a la misma; o, con la imposición de una sentencia condenatoria. En ambos casos, la incidencia de la libertad personal está sujeta a un ámbito de discrecionalidad tal que no es posible afirmar a ciencia cierta que se está configurando una amenaza “efectiva” e “inminente”.

7. Lo expuesto no implica en modo alguno que este Tribunal Constitucional abdique de su mandato de controlar la vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico, puesto que no existe zona exenta de control constitucional. Por el contrario, considero que es posible que este Tribunal Constitucional se pronuncie por el fondo en el presente caso, a través de la figura de la reconversión de procesos constitucionales.

Reconversión de un proceso de *habeas corpus* a un proceso de amparo

8. Así, resulta pertinente recordar que ante situaciones en las que se advierta la falta de conexidad con la libertad, cabe declarar la improcedencia de la demanda o su anulación, para que sea tramitada desde un principio, como proceso de amparo. Sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia* es posible que el Tribunal Constitucional reconvierta el proceso de hábeas corpus en uno de amparo, en atención a la urgencia de la tutela, a fin de resolver el conflicto constitucional. Al respecto, el Tribunal, en uso de su autonomía procesal, ha previsto reglas para la reconversión de procesos de hábeas corpus a procesos de amparo [STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 27]. En tal sentencia se determinan los principios y límites para la conversión de los procesos constitucionales, que a saber son:
 - a) La conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, más sí para los de segunda y última instancia.
 - b) La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.
 - c) La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.

- d) La conversión en ningún caso podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.
 - e) Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho.
 - f) La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado.
9. En el presente caso se advierte lo siguiente: a) la conversión se realiza en sede del Tribunal Constitucional, como última instancia en el presente proceso constitucional; b) la demanda ha sido interpuesta con fecha 8 de marzo de 2022, mientras que el acto lesivo (referido al acuerdo de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú que admitió la Denuncia Constitucional 219/2021-2022 contra el favorecido por delito de traición a la patria y por infracciones a la Constitución) es de fecha 28 de febrero de 2022, por lo que se encuentra dentro del plazo de 60 días hábiles que establece el artículo 45 del Nuevo Código Procesal Constitucional; c) mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2022 (que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), el abogado del favorecido presenta la firma de este último, garantizando su legitimidad para la interposición de la demanda; d) no se ha variado ni la pretensión ni los hechos narrados en la demanda; e) existe el riesgo de irreparabilidad, en tanto ya se emitió el informe final de la denuncia constitucional 219 con fecha 11 de noviembre de 2022, que determina que el favorecido ha cometido infracciones a la Constitución y la comisión del delito de traición a la patria, prosiguiendo el trámite del antejuicio político iniciado; y f) durante el presente proceso se ha garantizado el derecho de defensa de la parte demandada, quien ha participado tanto en la audiencia del caso y ha presentado además con fecha 16 de noviembre alegatos adicionales que refuerzan su posición.
10. En esa medida, considero que el presente caso debe ser entendido como un proceso de amparo.

S.

PACHECO ZERGA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS GUTIÉRREZ TICSE Y DOMÍNGUEZ HARO

Sin perjuicio de suscribir la ponencia, no compartimos los fundamentos expuestos por nuestros colegas, de quienes respetuosamente discrepamos por las siguientes razones que pasaremos a detallar:

Sobre la necesidad de mantener el proceso de hábeas corpus

1. Nuestros colegas consideran que el presente caso debe ser resuelto por afectación a la debida motivación de resoluciones.
2. Sin embargo, en el presente caso hay afectación a los trámites parlamentarios, los cuales resultan tutelables por este proceso, de conformidad con el artículo 33 inciso 17 del nuevo Código Procesal Constitucional.

El histórico presidencialismo peruano

3. Desde los inicios de la República, el sistema de gobierno peruano se ha cimentado sobre las bases del modelo presidencialista ⁽⁹⁶⁾, siendo una constante desde la Constitución inicial de 1823, la afirmación de un gobernante con poderes supremos.
4. No obstante, y en forma paralela reiterados intentos de controlar el poder presidencial con la incorporación de algunas instituciones del sistema parlamentarista, se han venido sucediendo también desde el mismo momento fundacional. Por ejemplo, “(l)a Constitución de 1823 contempló la exigencia del refrendo ministerial para la validez de los actos del Presidente de la República; la Carta de 1856 creó el Consejo de Ministros como organismo deliberante, y la Ley de Ministros de aquel año incorporó el Presidente del Consejo de Ministros y la moción de censura, instituciones que más adelante adquirirán nivel constitucional; la Constitución de 1860 trajo la

96 Los originales sistemas presidenciales de América Latina se inspiraron claramente en el de Estados Unidos de América; algunos estructuraron un presidente muy fuerte o fuerte a secas, pero controlado por el congreso; otros fortalecieron al Poder Legislativo, aunque posteriormente la primera corriente haya prevalecido. Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, México, 2007, p. 51.

interpelación ministerial; y la Carta de 1933 introdujo la cuestión de confianza”⁽⁹⁷⁾.

5. Se puede observar de lo expuesto, la permanente tensión entre la figura del presidente y el parlamento. Así, la figura presidencial es una figura internalizada en el pueblo, y el parlamento es una institución en crisis desde inicios del siglo XX. En esta dinámica, el presidente puede ser popular, pero el parlamento es, en cambio, imprescindible para toda democracia.
6. Razones, por tanto, para limitar el poder presidencial se han expuesto desde diferentes perspectivas. Sin embargo, es recién con la Carta Política de 1979, y la sistematización de estos medios de control a partir de la cual podemos hablar de un presidencialismo equilibrado, al que importantes autores -como Domingo García Belaunde⁽⁹⁸⁾, por ejemplo- aluden con distinto término: “presidencialismo atenuado”.
7. Aun con ello, el sistema de gobierno encarnado en un modelo presidencialista se ha seguido manteniendo. Como escribe Hakanson⁽⁹⁹⁾, nuestro sistema de gobierno de atenuado en realidad tiene poco, en razón que el Presidente de la República cuenta entre sus prerrogativas con una serie de atribuciones que, de plano, lo ponen por encima de los demás poderes: tiene iniciativa legislativa (que no cuenta el presidente en los Estados Unidos) y derecho de veto de las leyes, puede legislar por decretos legislativos y decretos de urgencia, interpone demandas de inconstitucionalidad, y tiene -además- legitimidad para proponer la reforma de la Constitución.
8. Como si lo recientemente reseñado no tuviese de por sí suficiente entidad, Espinosa-Saldaña asevera que tan o más importante que lo constitucionalmente establecido son los poderes que llamaremos “*metaconstitucionales*” del presidente Latinoamericano, aquellos formalmente no consignados, “pero que en la práctica resultan tan o más significativos que los otros. (...) Si a todo lo expuesto le sumamos la falta de responsabilidad política del presidente de la

97 Díaz Muñoz, Oscar, *La moción de censura en el Perú*, Ara Editores, Lima, 1997, p. 33.

98 El presidencialismo atenuado y su funcionamiento (con referencia al sistema constitucional peruano. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2748/9.pdf>

99 Hakanson, Carlos, *La constitucionalidad del presidencialismo peruano*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XXII, Chile, 2001, p. 103 y ss.

República en América Latina, la misma que es asumida directamente por los ministros frente a los congresos; fácilmente pueden explicarse los alcances de algunas denominaciones utilizadas para calificar a los presidentes latinoamericanos, (...)”⁽¹⁰⁰⁾.

9. En consecuencia, pese a los intentos por frenar los poderes del presidente, hemos afirmado un sistema de gobierno de indudable tinte presidencialista, fruto incuestionable de nuestra tradición constitucional desde los inicios de la República; y -si bien hacen faltan reformas al modelo de gobierno- ello es tarea del órgano encargado de la reforma de la Constitución, no del órgano encargado de su interpretación.

El régimen de inmunidades del presidente de la República

10. De acuerdo con el modelo constitucional, el presidente es irresponsable durante su gobierno, tal como lo preceptúa el artículo 128 de la Constitución cuando señala:

“Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

11. De manera palmaria se establece las únicas causales de la pérdida del cargo. Por un lado, la fórmula ético-política (vacancia por incapacidad moral), y por otro, la fórmula jurídica (acusación constitucional por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución).
12. En ese sentido, debemos señalar que, en la presente causa, no se ha configurado un acto típico que encaje en el tipo delictivo invocado (traición a la patria), advirtiéndose que el presidente de la República

100 Espinosa-Saldaña, Eloy, *Presidencialismo Latinoamericano: Sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del Estado de Derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto*, en AAVV: Relaciones entre gobierno y Congreso, (Cecilia Motta-Donatto, coord.), Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 190.

en ejercicio ha emitido una opinión y, es un criterio claro en el Derecho, que la opinión no constituye delito. De igual modo, asignarle a dicha figura un comportamiento político sujeto a juicio por infracción a la Constitución no es compatible con el régimen presidencial de inmunidades.

13. No queda duda de que el presidente de la República puede ser sujeto a responsabilidad durante el desempeño del cargo, y luego de finalizado su mandato. Sin embargo, debe advertirse que el diseño habilita dos vías. La primera de responsabilidad inmediata, y la segunda de responsabilidad difusa, la que se activa a la conclusión del cargo.
14. Como informa Chirinos Soto (¹⁰¹), los delitos consignados en la cláusula constitucional “configura las únicas excepciones a la regla general, que es la irresponsabilidad jurídica del Presidente”. Por los demás actos -prosigue el constitucionalista -responden, política, civil y criminalmente los Ministros”.
15. Lo señalado, de ninguna manera quiere decir que el presidente no responda por los cuestionamientos penales y políticos que pudiera acumular. Lo hará concluido su mandato, por lo cual debe quedar claro que el diseño institucional-normativo de nuestra Constitución procura proteger a la institución presidencial -la cual debe estar fuera de cualquier situación que altere el régimen político- y no tanto a la persona que, circunstancialmente, detenta dicho poder.

No es una afectación a los derechos, es una lesión a la institución presidencial

16. El accionante considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales. Nuestros colegas también lo creen así. Sin embargo, dissentimos de dicha posición. Es admisible una afectación indirecta a los derechos, pero lo que se pone en cuestión de manera sustantiva en el presente caso, es la institución creada por la Constitución y que personifica a la nación: la **Presidencia de la República**.

101 Chirinos Soto, Enrique. La Constitución al alcance de todos, Afa editores, Lima, 1986, p. 223

17. Comportamientos como el que motiva esta demanda constitucional, relativizan el régimen de inmunidades presidencial por vía de la interpretación de la Constitución, colocando en riesgo el modelo constitucional de la propia institución presidencial y el régimen de inmunidades que la protege, aspectos éstos que inciden de manera directa en el propio diseño de nuestro modelo de gobierno.
18. Así las cosas, es claro que el presidente debe responder por todos los hechos que se le imputen, pero el espacio temporal no es el actual. En tal sentido, el antecedente del juicio de residencia que se practicaba sobre el Virrey una vez concluido su mandato y que lo obligaba a permanecer en el país por dos años, es una línea del diseño constitucional y como se activan los controles *inter* poderes.
19. En suma, la activación del juicio y antejuicio político sobre una supuesta traición a la patria es inadmisibile. Son mecanismos que se articulan por cuerda separada y tienen en el caso del presidente de la República un ámbito material y temporal que, en el presente caso, no corresponden.

La opinión no es un delito

20. En el presente caso, si de por medio hay alguna afectación de derechos, sin duda es al derecho a la opinión del presidente de la República consagrado en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución; quien ha emitido una apreciación política desde su convicción.
21. En ese orden de ideas, imputar un delito podría concebirse en la medida que el tipo específico así lo señale, como es el caso, por ejemplo, de la apología al delito o a la subversión. Al tener tipos específicos se entiende que son las únicas excepciones a la regla: todos podemos formular nuestras opiniones.
22. La opinión es propia del pensamiento humano. La democracia guarda coherencia en ella. Si la censuramos, el riesgo es para la democracia.
23. ¿No es acaso admisible que en la siguiente campaña electoral alguien proponga impulsar un modelo federal, o proponer una confederación entre países sudamericanos? En este contexto hipotético, el hecho de opinar no es un acto preparatorio capaz de concretizarse como tentativa, es -por el contrario- una simple expresión del procesamiento de ideas en el pensamiento del ser humano. Por ello, se podrá disentir

de la opinión, o -incluso- censurarla moralmente, pero para que se exponga como hecho delictivo más que pensar se debe actuar. La acción típica de cualquier delito así lo demanda.

24. Como lo ha señalado este Tribunal Constitucional, la sanción penal, por estar orientada a evitar la comisión de delitos, opera como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general (STC 00017-2011-PI, fundamento 6). Como tal, ello no implica únicamente un mandato al legislador, sino también racionaliza el uso del poder punitivo en todas sus manifestaciones: tanto en lo relativo a la persecución del delito en sede judicial, o casos como el de autos, en que el Parlamento tiene la potestad, a través del antejuicio, a dar pase a su procesamiento en sede de la del Corte Suprema.
25. Al respecto, uno de los límites de la potestad punitiva es el principio de lesividad, según el cual, es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que van a ser objeto de persecución penal. Asimismo, es preciso que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad” (STC 00012-2006-AI/TC, fundamento jurídico 29 y 30).
26. De lo expresado, queda claro que la expresión de opiniones no tiene la entidad suficiente para tener relevancia penal, salvo, claro está, casos de apología al delito o a la subversión, en que la propia jurisprudencia constitucional ha identificado una dañosidad social relativa estas conductas y no se sanciona la sola emisión de opiniones, sino cuando estas expresiones constituyen una exaltación a la violencia, además, se ha previsto que dicha exaltación para ser penalmente relevante debe afectar las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso, entre otros requisitos (STC 00010-2022-PI, fundamento 88).
27. Todo ello ha sido reconocido expresamente en la Constitución cuando establece que “no hay delito de opinión” (artículo 2,3), estableciendo también el legislador penal, que no se configura la responsabilidad penal en caso de ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.8 del Código Penal).
28. En consecuencia, el contenido material de la acusación carece de validez ya que no hay delito consumado ni iniciado en grado de tentativa.

La sustanciación a través del juicio y antejuicio político, por tanto, no solo contrasta con el diseño político de las inmunidades, sino además incide de manera dañosa en el “derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución”.

29. Por todo lo señalado, el presente RAC justifica el presente pronunciamiento.

SS.

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Si bien coincido con la mayor parte de la fundamentación contenida en la sentencia y con las conclusiones a las que se arriba, considero pertinente efectuar algunas consideraciones adicionales que, a mi juicio, debieron tenerse en cuenta al momento de resolver la presente causa.

Cuestión previa

La necesidad de reiterar que en el Estado Constitucional no existen zonas exentas de control y el debido proceso en sede parlamentaria

- 1). Aunque los fundamentos 5 y 6 de la sentencia han dejado en claro que es perfectamente legítimo el control de las decisiones asumidas por los órganos constitucionales cuando estas vulneran derechos fundamentales, considero indispensable siguiendo el hilo conductor de lo establecido por nuestra jurisprudencia, ratificar con el mayor de los énfasis que un Estado Constitucional de Derecho no puede asumir como razonables posturas tendientes a considerar la existencia de ámbitos exentos de control donde el discurso constitucional no existe ni los valores y derechos fundamentales se respetan.
- 2). En efecto, puede decirse que a través de todos los plenos que lo han integrado, nuestro Colegiado ha sido siempre constante en señalar que la Constitución no sólo es norma jurídica fundamental sino que sus contenidos – todos sin excepción- vinculan a los poderes públicos al igual que a los ciudadanos general. Y tal mensaje no se traduce en una formal o indicativa proclama de observancia sino en la indispensable necesidad de verificar a cada momento la compatibilidad de toda conducta con su mensaje normativo.
- 3). Si se aceptara como doctrina que por reconocerse autonomías funcionales o fueros especiales sobre determinados ámbitos institucionales estos pudiesen construir su propia y particular lectura de lo dispuesto en cada contenido de la Constitución, ello implicaría que el Estado Constitucional tendría tantos significados como mensajes dependiendo de la perspectiva o libérrima discrecionalidad. Y si a ello se sumara la idea de que la autonomía es incapacidad de control, la Constitución no solo cedería respecto de su carácter supremo, sino

que renunciaría a su propósito de generar un auténtico como indispensable sentimiento constitucional.

- 4). En nuestro diseño constitucional no existen pues ámbitos institucionales en los que el control constitucional no pueda manifestarse. Y ni siquiera cabe afirmar ello respecto de un órgano como el Congreso de la República, pues aun aceptando que este último goce de un espacio generosamente abierto en su actuación dada su naturaleza eminentemente política y deliberativa y dadas las evidentes facultades con las que cuenta por expresa habilitación constitucional, ello no invalida la observancia a elementales principios y reglas que la Constitución impone para toda autoridad, funcionario o persona, ni mucho menos restringe o incapacita las responsabilidades de fiscalización y control jurisdiccional que como necesarias garantías se establecen en resguardo de la Constitución.
- 5). Como lo ha dicho nuestro Colegiado en más de una oportunidad “(...) toda actuación de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, debe respetar el derecho al debido proceso. Así como no existen islas exentas al control constitucional, tampoco es posible sostener que existan escenarios en los que se puedan desconocer, sin mayor justificación, las garantías mínimas del debido proceso, en tanto ello supone aseverar, con el mismo énfasis, que la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al Congreso de la República, al privilegiarse la majestad de los poderes públicos frente a los derechos fundamentales de la persona” lo que obviamente “se encuentra reñido con la lógica del actual Estado Constitucional y, obviamente, no es compartido por este Tribunal Constitucional” (Fundamento 8, STC N° 0358-2013-PA/TC. Caso: Elsa Celia Anicama Ñáñez).
- 6). Nuestro Colegiado, por lo demás, ha admitido el control constitucional de diferentes decisiones del Congreso de la República, no solo en el marco de juicios y antejuicios políticos (por ejemplo, STC N° 00006-2003-AI/TC, STC N° 03760-2004-AA/TC y STC N° 02364-2008-HC/TC) sino en relación al funcionamiento de las comisiones investigadoras (STC 00156-2012-HC/TC y STC N° 04968-2014-PHC/TC); también ha analizado la constitucionalidad de resoluciones legislativas y, más específicamente, de modificaciones al propio Reglamento del Congreso (STC N° 00006-2018-AI/TC, caso cuestión de confianza

y crisis total del gabinete), incluso se ha pronunciado respecto de la conformidad constitucional de asuntos tales como la regulación de los grupos parlamentarios (STC N° 00006-2017-AI/TC, caso transfuguismo y grupos parlamentarios) y de cómo operan las legislaturas (STC N° 00019-2021-PI/TC, STC N° 00021-2021-PI/TC y STC N° 00022-2021-PI/TC (acumulados), caso del desdoblamiento de las legislaturas ordinarias). Asimismo ha controlado la constitucionalidad de las reformas constitucionales (STC N° 0008-2018-PI/TC, caso Ley de Reforma Constitucional sobre la no Reelección de alcaldes, STC N° 00050-2004-AI/TC, N° 00051-2004-AI/TC, N° 00004-2005-AI/TC, N° 00007-2005-AI/TC, N° 00009-2005-AI/TC [acumulados], caso reforma constitucional del régimen pensionario). Todo lo cual no hace sino ratificar una línea constante que no puede ni debe ser ignorada.

- 7) Asimismo, se destaca en la jurisprudencia nacional el *Caso Alan García vs. Congreso*, la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 7 de enero de 2014, (Exp. 14923-2013-0-1801-JR-CI-05), que afirmó la aplicación del debido proceso en sede parlamentaria.
- 8) En suma, a fin de evitar que la Constitución represente un valor u otro totalmente distinto, según los ámbitos de actuación de los que se encuentre revestido cada poder público, los procedimientos que se emprendan o los estados de ánimo de quienes los integran o representan, el control constitucional constituye una herramienta esencial a la que no puede renunciarse. Y hace bien nuestro Colegiado en ejercerlo y por supuesto ratificarlo.

Sobre la pertinencia de una reconversión procesal

- 9) Aunque me encuentro persuadido de la importancia de analizar la controversia en el contexto de los hechos que han sido materia de reclamo y de aquellos otros que a posteriori se han ido produciendo, estimo que la misma debió ser resuelta, previa reconversión, por la vía del proceso constitucional de amparo y no por la del habeas corpus como finalmente se ha entendido.
- 10) Esta afirmación, naturalmente, no significa que juzgue como incorrecta la argumentación que específicamente y sobre el tema fondo utiliza la sentencia, sin embargo estoy convencido que las justificaciones que se ofrecen desde el escenario estrictamente procesal no resultan suficientes para sustentar que la respuesta dispensada lo sea desde la perspectiva ofrecida por el proceso de habeas corpus.

- 11) Son innumerables a la vez que constantes las ocasiones en que nuestro Colegiado, al igual que anteriores composiciones del mismo, han sostenido que para que un proceso de habeas corpus resulte la vía procesal adecuada, necesariamente debe encontrarse sustentado en la existencia de una vulneración o amenaza de vulneración a la libertad individual pues ello se condice con la naturaleza y el ámbito de protección que tiene encomendado dicho proceso. En este contexto, observo que no es ese el tema central o por lo menos inmediato que se ha planteado con la demanda interpuesta sino una serie de consideraciones que aunque son totalmente legítimas, se encuentran relacionadas con otros derechos fundamentales cuya tutela si bien es pertinente, lo sería en cambio por la vía del amparo constitucional.
- 12) Desde luego y aunque no descarto que puedan existir supuestos en los que determinadas transgresiones a derechos fundamentales puedan resultar directamente incidentes sobre la libertad individual y en tal sentido puedan dar lugar a un proceso de habeas corpus, considero que el presente no es precisamente el caso. En cualquier circunstancia, lo afirmado escuetamente en los fundamentos 7 y 68 de la sentencia, me resulta –reitero- no muy convincente y en cierta forma especulativo, por lo que en observancia y respeto a la propia jurisprudencia establecida por nuestro Colegiado, debo dejarlo así establecido.
- 13) Por lo demás el hecho de considerar que la vía procesal que debió utilizarse haya tenido que ser la del amparo no significa tampoco que el Tribunal Constitucional no haya podido pronunciarse de inmediato o que haya tenido que anularse los actuados y recomponerse el proceso desde su fase inicial. En la medida que la competencia de los jueces que han conocido de la presente demanda no se vería alterada, atendiendo a que el trámite dispensado se ha realizado ante un juez y una Sala de Derecho Constitucional, a que la conducta por la que se reclama se ha visto acrecentada durante el desarrollo del proceso, a que existen suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento con carácter definitivo y a que tampoco sería de aplicación lo dispuesto en la Ley 31583 en relación al artículo 42 del Nuevo Código Procesal Constitucional en atención a la fecha en la que se interpuso el proceso y la observancia irrestricta del procedimiento preestablecido por la ley, no existe razón alguna para que la evaluación de los hechos a la luz de los atributos por los que principalmente se ha reclamado (principio de legalidad, derechos al debido

proceso, a la tutela procesal efectiva, a no ser sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley, a la debida motivación en sede parlamentaria, a la presunción de inocencia, a la libertad de conciencia, entre otros) no pueda ser verificada ante la sede de nuestro Colegiado.

- 14) En suma, estimo que aunque son legítimas las conclusiones a las que se ha llegado, ha debido procederse a una reconversión con la finalidad de analizar dentro de un escenario procesal mucho más compatible con su naturaleza, lo que ha sido materia de controversia. Ello por lo demás, permitiría transparentar el proceder de nuestro Colegiado sin dar lugar a discusiones innecesarias respecto de la observancia de nuestra propia jurisprudencia.

La evolución de la conducta objeto de reclamo

- 15) Si bien suscribo lo señalado en los fundamentos 15, 16 y 17 de la sentencia en el sentido de analizar no solo las conductas originalmente cuestionadas en el petitorio de la demanda, sino aquellas otras que hayan podido sobrevenir a lo largo de trámite parlamentario, considero indispensable enfatizar que dicho razonamiento no se basa en una toma de posición que de alguna forma distorsione el principio de congruencia procesal, sino que responde a la naturaleza propia de los procesos de tutela de derechos.
- 16) Efectivamente, en todo proceso constitucional de tutela, lo que es materia de juzgamiento es siempre la conducta lesiva de los derechos fundamentales. Y esta última no siempre suele ser estática o inamovible pues muchas veces -y el presente caso así lo refleja- suele ser cambiante. En algunas ocasiones decrece sin desaparecer del todo, en otras oportunidades se extiende o radicaliza severamente y en otros contextos incluso, pasa a ser sustituida por nuevas conductas sucedáneas de la originalmente cuestionada.
- 17). En este contexto, si el proceso constitucional se basara en un análisis rigurosamente formal o esquemático, propio de los procesos ordinarios, la respuesta no siempre sería la esperada ni por supuesto la mas razonable. De allí que sea indispensable, fortaleciendo una visión típicamente innovadora, que se analice la conducta violatoria en toda su evolución y que el pronunciamiento a emitirse abarque el análisis de los diversos momentos en los que la misma se haya podido configurar.

- 18) En el presente caso y aunque la demanda interpuesta tenía por objeto inicial cuestionar el Informe de Calificación de la Denuncia Constitucional 219 de fecha 28 de febrero de 2022, mediante el cual la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú declara procedente la denuncia constitucional interpuesta contra el favorecido José Pedro Castillo Terrones por el delito de traición a la patria, así como la corrección material del mismo informe de fecha 4 de marzo de 2022, en otras palabras, la fase preliminar o de admisión del trámite de la citada denuncia, no puede pasar por desapercibido que durante el transcurso del proceso y encontrándose éste último en giro ante el Tribunal Constitucional, ha culminado la primera etapa del respectivo trámite Congresal con la emisión del Informe Final de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de fecha 08 de agosto del 2022, el que habiéndose aprobado por mayoría con fecha 11 de noviembre del 2022, concluye en que se debe acusar al favorecido tanto por infracción a los artículos 32, 54, 110 y 118, incisos 1, 2 y 11 de la Constitución Política del Perú (juicio político) como por el delito de traición a la patria sancionado en el artículo 325 del Código Penal (antejuicio político).
- 19) En tales circunstancias no solo es correcto sino indispensable que la sentencia haya optado por un análisis integral como el realizado y que este último, independientemente de lo explícitamente demandado, haya tomado en cuenta los diversos momentos en los que la conducta lesiva haya podido configurarse. En todo caso y si bien dicho proceder es el correcto, hubiese sido importante justificar tales premisas de actuación. A falta de ello, este fundamento de voto apunta en tal dirección.
- 20) Sin perjuicio de ello, considero que el control constitucional debe corresponder al denominado control flexible (esto es, ex post del Informe Final de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales). A mi juicio, recién en esta etapa del procedimiento parlamentario la revisión judicial debe ser rigurosa para determinar si se vulneró o no el derecho al debido proceso en sede parlamentaria.

Naturaleza del antejuicio y del juicio político

- 21) Este Supremo Tribunal en la STC Exp. 0006-2003-AI/TC, *Caso 65 congresistas de la República* precisó que el antejuicio “debe versar sobre materias estrictamente jurídicas”, y que en consecuencia “el Congreso sólo puede acusar y levantar la prerrogativa funcional del

funcionario, pero en ningún caso sancionar”. Con la precitada sentencia este Supremo Tribunal ha previsto que la acusación constitucional contempla dos figuras jurídicamente diferentes: (i) el juicio político para las infracciones a la Constitución; (ii) el antejuicio para delitos cometidos en el ejercicio de las funciones.

- 22) La naturaleza del antejuicio obliga a determinar la existencia de un delito, en este caso de traición a la patria. En esa dirección, en la doctrina nacional García Chavarri señala la relevancia penal de las conductas que son materia de antejuicio:

A diferencia del “impeachment”, no son materia de antejuicio las conductas moralmente reprobables o contrarias a la dignidad del cargo, sino aquellas que importen una responsabilidad de tipo penal. En el antejuicio se examinan si existen indicios razonables de la comisión de delitos comunes en el ejercicio del cargo por parte de los altos funcionarios. De encontrarse estos elementos, y verificarse la ausencia de una exclusiva motivación de carácter política, el Congreso o Parlamento decide permitir el procesamiento penal del sujeto involucrado, para que sean los tribunales ordinarios los que determinen su culpabilidad o no.

- 23) En esa dirección, no es viable jurídicamente asumir lo sostenido en el informe jurídico del ex Oficial Mayor del Congreso de la República, César Delgado Guembes, acompañado por el Procurador del Congreso, que sostiene que “exámenes como la concreción de actos conforme a un tipo delictivo debe esperarse en sede parlamentaria con menor rigor y exigencia que el que sólo depende de órganos sustancial y primariamente jurisdiccionales”, por cuanto sería abrir las puertas a la arbitrariedad.
- 24) Por lo expuesto, coincidimos con la sentencia en su análisis del Informe Final de la Denuncia Constitucional N° 219: el Antejuicio político por traición a la patria en contra de José Pedro Castillo Terrones.
- 25) De otro lado, considero que no es jurídicamente viable la aplicación simultánea por los mismos hechos del juicio político contra el señor José Pedro Castillo Terrones, imputándole presuntas infracciones de los artículos 32, 54, 110 y 118 de la Constitución, por cuanto el artículo 117 de la Constitución habilita a acusar al Presidente de la República, durante su periodo, por: (i) por traición a la patria; (ii) por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales,

municipales; (iii) por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución; y (iv) por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral, no estando previsto el supuesto de acusación constitucional al Presidente de la República por infracción a la Constitución durante su mandato.

- 26) En el supuesto negado que fuese viable la acusación constitucional contra el Presidente de la República, durante su periodo, por infracción a la Constitución, el Informe Final de la Denuncia Constitucional N° 219: el Juicio Político en contra de José Pedro Castillo Terrones por presuntas infracciones de los artículos 32, 54, 110 y 118 de la Constitución, no ha sustentado la existencia de un elemento subjetivo de *dolo inconstitucional* en la conducta del señor José Pedro Castillo Terrones.

La libertad de opinión y su trascendencia constitucional

- 27). No siempre que se plantea una demanda constitucional, suelen invocarse los derechos que realmente son los afectados. A veces la argumentación resalta un excesivo repertorio de derechos cuya hipotética vulneración no queda del todo acreditada. En otras ocasiones se omite considerar atributos o libertades que realmente y de lo que aparece de los hechos descritos en la demanda si se verían comprometidos. El Tribunal Constitucional sin embargo tiene la obligación de puntualizar en todas aquellas agresiones que puedan verosímelmente deducirse.
- 28). En el caso concreto y aunque entre los derechos que han sido mencionados por el demandante se encuentra la libertad de conciencia, no parece que sea dicho atributo uno directamente comprometido como lo ha enfatizado la sentencia en su fundamento 82. En efecto, el citado atributo que en puridad significa libertad para orientar el pensamiento según los propios juicios de valor que ostenta cada persona, no es precisamente lo que pareciera en el caso de autos encontrarse en discusión, sino más bien la libertad de opinión en su dimensión objetiva (artículo 2, inciso 4 de la Constitución), esto es, como facultad para exteriorizar el pensamiento o la conciencia de manera libre e irrestricta.
- 29). En este contexto, la libertad de opinión la tiene cualquier ciudadano no solo cuando actúa como tal sino incluso cuando ejerce algún cargo público. Y si bien es cierto que no se trata de un derecho absoluto

y que incluso puede relativizarse de manera mucho más acentuada cuando se trata de autoridades o funcionarios, tampoco supone ello la presencia de límites que puedan incidir sobre dicha libertad de manera irrazonable o manifiestamente desproporcionada. No en vano la propia Constitución establece expresamente la no existencia de delito de opinión (artículo 2 inciso 4).

- 30). En el caso de autos las actuaciones congresales cuestionadas han colocado sobre la discusión la posibilidad de considerar un delito la opinión emitida por el favorecido tanto en un contexto en el que no era Jefe de Estado, como en aquel otro en el que ya ostentaba dicho cargo. Y aunque es cierto que ambos escenarios no son exactamente iguales, ni lo que se dijo en cada caso tampoco, ello no significa que el favorecido pueda ser acusado de la comisión de un delito por el solo hecho de emitir una opinión, tanto más cuando esta última no ha redundado en actos concretos que puedan asumirse como evidente transgresión de bienes tutelados por el orden constitucional.
- 31). La situación es tanto más significativa si se contrasta el contenido de las opiniones proferidas por el favorecido con el contenido de opiniones similares realizadas por otros ex mandatarios sin que en tales circunstancias haya existido siquiera en perspectiva la voluntad acusatoria que actualmente y en el caso analizado se aprecia.
- 32). Desde nuestro punto de vista hubiese sido pertinente que la sentencia analice este aspecto pues la opinión no es un atributo decorativo sino uno de los derechos fundamentales dentro de la fisonomía por la que apuesta nuestro Estado Constitucional. Y necesario es decirlo, es un derecho que no se mide en clave de simpatías o antipatías, coincidencias o discrepancias o entusiasmos y repulsas, sino en el contexto de lo que su valor intrínseco por sí mismo representa. De no ser así, el pensamiento sería único y la disidencia una simple proclama, lo que sería toda una paradoja cuando precisamente y desde la esencia parlamentaria se representa a todo un pueblo con la pluralidad de sentimientos e ideologías que se supone este tiene.
- 33). Naturalmente cuando se es autoridad y en particular se representa a la Nación, existe la obligación de someterse al ordenamiento jurídico y obrar con sujeción a los valores constitucionales, pero mientras lo que pueda significar una corriente de pensamiento distinta, no se materialice en actos concretos y objetivos no puede considerarse la opinión una traición al discurso constitucional ni mucho menos un

delito. En eso se distingue un Estado democrático de uno de estilo abiertamente autocrático.

Conclusiones: vulneración al debido proceso parlamentario

34) Sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia. Así, entre otras, destaca la STC 00090-2004-AA/TC, fundamento 12:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno de toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será de todo aquello carente de vínculo natural con la realidad (subrayado agregado).

35) Por lo expuesto líneas arriba, la actuación de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales no es acorde con parámetros de razonabilidad, vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad, incumple con la debida motivación y, en consecuencia, transgrede manifiestamente el debido proceso en sede parlamentaria.

S.

OCHOA CARDICH



Pleno. Sentencia 31/2022

EXP. N.º 01509-2021-PHC/TC

PIURA

NINEL ROMERO BARTUSIAK

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de febrero de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULO** el auto de 11 de enero de 2021, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, debiendo dicha instancia renovar dicho acto procesal, por las razones precedentemente expuestas.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, en lo demás que contiene.

Por su parte, la magistrada Ledesma Narváez formuló un voto singular en el que declara 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.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de febrero de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Aníbal Quiroga León, abogado de doña Ninel Romero Bartusiak, contra la resolución de fojas 973, de 22 de abril de 2021, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Don Percy Raphael García Caveró interpone demanda de *habeas corpus* a favor de doña Ninel Romero Bartusiak (f. 1). Solicita que se declare la nulidad de los siguientes pronunciamientos judiciales:

- i) Resolución 7, de 10 de diciembre de 2020 (f. 170), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra la favorecida por el plazo de nueve meses, en el marco del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada (Expediente 869-2020-10-0201-JR-PE-01).
- ii) Resolución 15, de 11 de enero de 2021 (f. 251), que confirmó el pronunciamiento emitido en primera instancia (Expediente 00869-2020-10-0201-JR-PE-01).
- iii) Resolución 1, de 28 de noviembre de 2020 (f. 133), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento fiscal de detención preliminar formulado contra la beneficiaria.
- iv) Resolución que confirmó la detención preliminar impuesta en primera instancia (f. 151).

Al respecto, el recurrente alega la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Refiere que los jueces demandados actuaron de manera arbitraria al resolver el requerimiento de prisión preventiva contra la favorecida. En esa línea, manifiesta que los pronunciamientos judiciales cuya nulidad solicita no expresan razones suficientes que acrediten la concurrencia de los presupuestos materiales exigidos para la validez de dichas medidas de coerción personal.

La demanda fue admitida a trámite mediante Resolución 1 (si fecha), a f. 709.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, absuelve la demanda y solicita que la misma sea declarada improcedente (f. 721). Refiere que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente motivadas.

El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Piura, mediante resolución de 30 de marzo de 2021 (f. 804), declaró infundada la demanda, por considerar que la alegada vulneración del derecho invocado carece de sustento, toda vez que las resoluciones judiciales en cuestión se encuentran debidamente motivadas, en razón de que expresan las razones que sustentan la decisión que contienen.

A su turno, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, mediante resolución de fojas 973, de 22 de abril de 2021, confirmó la apelada, en líneas generales, por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

1. La demanda pretende la nulidad de las siguientes resoluciones, emitidas durante el trámite del proceso penal seguido contra la favorecida, por la presunta comisión del delito de colusión agravada: (i) Resolución 7, de 10 de diciembre de 2020 (f. 170), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra la favorecida por el plazo de nueve meses, en el marco del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada; (ii) Resolución 15, de 11 de enero de 2021 (f. 251), que confirmó el pronunciamiento emitido en primera instancia (Expediente 00869-2020-10-0201- JR-PE-01); (iii) Resolución 1, de 28 de noviembre de 2020 (f. 133), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento fiscal de detención preliminar formulado contra

la beneficiaria; y (iv) Resolución que confirmó la detención preliminar impuesta en primera instancia (f. 151).

Consideraciones generales

2. En este caso en concreto, se ha consultado el portal web Consulta de expedientes judiciales de la Corte Suprema. Con el nombre de la favorecida aparecen dos registros, referentes a los recursos de casación presentados por dos coprocesados de aquella (Casación 793-2021, de Juan Carlos Morillo Ulloa, y Casación 954- 2021, de William Percy Rojas Moreau); sin embargo, las resoluciones supremas no hacen referencia alguna a la favorecida, por lo que no es posible considerar que en este caso, la demanda haya sido presentada prematuramente, o que las decisiones cuestionadas carezcan del requisito de firmeza contenido en el artículo 9 del nuevo Código Procesal Constitucional -antes, en el artículo 4 del derogado Código Procesal Constitucional-.

Análisis del caso

3. El derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto. El artículo 2, inciso 24, literales a) y b), de la Constitución Política del Perú establece que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado; y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado.
4. El Tribunal Constitucional, respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, (Sentencia 00728-2008-PHC/TC), ha enfatizado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, 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.

5. Asimismo, este Tribunal ha dejado establecido, a través de su jurisprudencia (Sentencia 01480-2006-PA/TC), que:

(...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

6. En tal sentido, este Tribunal ha hecho especial hincapié en el mismo proceso en que:

(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo, donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.

7. Tratándose de las resoluciones que tienen especial incidencia sobre la libertad personal (prisión preventiva, cesación de la prisión o sentencia condenatoria), la labor del Tribunal Constitucional consiste en evaluar si las mismas tienen suficiente sustento para que la afectación ordenada se considere constitucional y, por lo tanto, subsista.
8. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente 1091-2002-HC/TC, caso *Vicente Ignacio Silva Checa*, que la justicia constitucional no es la competente para

determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva, lo cual es tarea que le compete a la justicia penal ordinaria; sin embargo, sí es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición sea acorde a los fines y el carácter subsidiario y proporcional de dicha institución, lo que debe estar motivado en la resolución judicial que lo decreta.

9. El artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal establece que para el dictado de la medida de prisión preventiva es necesaria la concurrencia simultánea de tres presupuestos: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).
10. Así, la prisión preventiva no constituye una pena anticipada, por lo que su dictado debe responder a la necesidad de asegurar la sujeción del recurrente al proceso y/o a evitar que pueda perjudicar el desarrollo del proceso. Por ello, para su dictado, es necesario que se considere lo expuesto en los artículos 269 y 270 del Código Procesal Penal, en relación con el peligro de fuga y/o al de obstaculización.
11. Al respecto, el auto de vista emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, el 11 de enero de 2021 (f. 251), refiere en relación con el peligro de fuga, que
 - a) En los allanamientos efectuados a la vivienda de la favorecida, no se le encontró *lo que hace prever que tendría otros lugares de residencia (sic)*, lo que desvanece su arraigo domiciliario.
 - b) Tiene orden de captura por la investigación que se le sigue, por lo que considerando su comportamiento y su condición de no habida es evidente que pretenda evadir la acción de la justicia, lo que evidencia el ánimo de protegerse en un manto de impunidad.
12. Se advierte que la decisión de segunda instancia, se sustenta en una presunción, no demostrada en dicha resolución (sobre que la favorecida tendría otros lugares de residencia); así como en su

comportamiento posterior al mandato de prisión preventiva, cuando corresponde que con ocasión de dicha solicitud o de la revisión de la misma, se determine si antes de disponer aquella, existe el citado peligro de fuga.

13. En consecuencia, dicha resolución no contiene una motivación suficiente que justifique la confirmación del mandato de prisión preventiva ordenado en primera instancia, por lo que al declararse fundada la demanda, corresponde reponer el trámite del proceso penal –en lo que corresponde a la medida cautelar–, a la etapa en la que se debe emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.
14. Por ello, al declararse fundado este extremo de la demanda y disponer que se emita nuevo pronunciamiento al respecto, carece de objeto emitir pronunciamiento alguno respecto del auto que en primera instancia declaró fundado el pedido de prisión preventiva, emitido por el Quinto Juzgado Especializado de Investigación Preparatoria – Juzgado de Investigación Preparatoria Supranacional en delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Ancash. En consecuencia, dicho extremo debe ser declarado improcedente.

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, **NULO** el auto de 11 de enero de 2021, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, debiendo dicha instancia renovar dicho acto procesal, por las razones precedentemente expuestas.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE 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 33 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso considero que la demanda debe ser declarada **infundada**. Mis fundamentos son los siguientes:

I. Consideraciones previas

1. Teniendo en cuenta que en el presente caso se aplica el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021, es mi deber de jueza constitucional dejar constancia de que dicha ley es manifiestamente contraria a la Constitución y que cuando ha sido sometida a control del Tribunal Constitucional mediante un proceso de inconstitucionalidad [Expedientes 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC], tres magistrados, en una motivación sin ningún sustento y tan sólo de tres párrafos, han hecho posible que dicha ley, pese a su inconstitucionalidad, se aplique sin ningún cuestionamiento.
2. En otras palabras, ***el poder de los votos y no el de las razones jurídicas*** ha caracterizado la historia de esta ley: el Poder Legislativo tenía los votos, así es que sin mayor deliberación e incumpliendo su propio reglamento, aprobó la ley.
3. Luego, el Tribunal Constitucional, con tres votos que no tenían mayor justificación y alegando un argumento sin fundamento, convalidó dicho accionar del Poder Legislativo.
4. Serán la ciudadanía, la opinión pública o la academia, entre otros, los que emitirán su punto de vista crítico para que estas situaciones no se repitan.
5. Un Código Procesal Constitucional, que se debería constituir en una de las leyes más importantes del ordenamiento jurídico peruano, dado que regula los procesos de defensa de los derechos fundamentales y el control del poder, **tiene hoy una versión que está vigente por el poder de los votos y no de las razones jurídicas**. Es claro

que ello deslegitima el Estado de Derecho y en especial la justicia constitucional.

6. Este nuevo código es inconstitucional, irrefutablemente, por vicios formales (más allá de los vicios materiales). Lo voy a exponer de modo breve: La Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, por ser una **Ley Orgánica** (artículo 200 de la Constitución), no de debió ser exonerada del dictamen de comisión.
7. El artículo 73 del Reglamento del Congreso regula las etapas del procedimiento legislativo así como la excepción para que la Junta de Portavoces pueda exonerar a algunas etapas de tal procedimiento, pero además, y esto es lo más relevante, establece de modo expreso que **“Esta excepción no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas sobre materia tributaria o presupuestal”**.
8. Asimismo, concordante con el artículo antes citado, el artículo 31-A, inciso 2, del Reglamento del Congreso de la República, regula, entre otras competencias de la Junta de Portavoces, “La exoneración, previa presentación de escrito sustentado del Grupo Parlamentario solicitante y con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación”, y luego, expresamente, establece que **“Esta regla no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas que propongan normas sobre materia tributaria o presupuestal, de conformidad con lo que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso”**.
9. Como se aprecia, el Reglamento del Congreso, en tanto norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, dispone que en los casos de leyes orgánicas, **la Junta de Portavoces no puede exonerar del envío a comisiones en ningún supuesto**.
10. En el caso de las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa de una proposición aprobada, éstas **“se tramitan como cualquier proposición” [de ley]** (artículo 79 del Reglamento del Congreso).
11. Por tanto, ante las observaciones del Presidente de la República a una proposición de ley correspondía tramitarla como cualquier proposición de ley y, como parte de dicho trámite, enviarla a la respectiva

comisión, resultando prohibido que la Junta de Portavoces exonere del trámite de envío a comisión cuando se trata de leyes orgánicas.

12. En el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, mediante sesión virtual de la Junta de Portavoces celebrada el 12 de julio de 2021 se acordó exonerar del dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley, pese a que se trataba de una ley orgánica.
13. Esta exoneración resultaba claramente contraria al propio Reglamento del Congreso y con ello al respectivo bloque de constitucionalidad, por lo que correspondía declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional por haber incurrido en vicios formales. El Congreso de la República no respetó el procedimiento de formación de la ley que el mismo fijó.
14. Carece de fundamento el argumento de los tres magistrados que salvaron esta ley. Ellos sostienen que conforme al último párrafo del artículo 79 del Reglamento del Congreso, el trámite de una autógrafa de ley observada por el Presidente de la República debe pasar a comisión sólo si fue exonerada inicialmente de dicho trámite, de modo que en el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, al haber pasado ya por una comisión dictaminadora [antes de su primera votación], podía exonerarse a la autógrafa observada de dicho código.
15. Este argumento de los tres magistrados es incorrecto pues dicho párrafo es aplicable sólo cuando se trata de leyes distintas a las leyes orgánicas o de reforma constitucional, entre otras.
16. Lo digo una vez más. En el caso de las leyes orgánicas la Junta de Portavoces del Congreso de la República está prohibida de exonerar el envío a comisiones. Las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa del Nuevo Código Procesal Constitucional debieron recibir un dictamen de la comisión respectiva y, por tratarse de una ley orgánica, no podían ser objeto de ninguna exoneración sobre el trámite a comisión.
17. Pese a la manifiesta inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional y atendiendo a que, formalmente, una sentencia del Tribunal Constitucional, con el voto de tres magistrados, ha convalidado, **en abstracto y por razones de forma**, dicho código, debo

proceder a aplicarlo en el caso de autos, reservándome el pronunciamiento en los casos que por razones de fondo se pueda realizar el respectivo control de constitucionalidad.

II. Análisis del caso concreto

18. La demanda de autos pretende la nulidad de las siguientes resoluciones, emitidas durante el trámite del proceso penal seguido contra la favorecida, por la presunta comisión del delito de colusión agravada: (i) Resolución 7, de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra la favorecida por el plazo de nueve meses, en el marco del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada; (ii) Resolución 15, de 11 de enero de 2021, que confirmó el pronunciamiento emitido en primera instancia (Expediente 00869-2020-10- 0201-JR-PE-01); (iii) Resolución 1, de 28 de noviembre de 2020, mediante la cual se declaró fundado el requerimiento fiscal de detención preliminar formulado contra la beneficiaria; y, iv) Resolución que confirmó la detención preliminar impuesta en primera instancia.
19. El derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto. El artículo 2, inciso 24, literales a) y b), de la Constitución Política del Perú establece que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado; y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado.
20. El Tribunal Constitucional, respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, (Sentencia 00728-2008-PHC/TC), ha enfatizado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, 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.

21. Asimismo, este Tribunal ha dejado establecido, a través de su jurisprudencia (Sentencia 01480-2006-PA/TC), que:

(...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

22. En tal sentido, este Tribunal ha hecho especial hincapié en el mismo proceso en que:

(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo, donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.

23. Además, el artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal establece que para el dictado de la medida de prisión preventiva es necesaria la concurrencia simultánea de tres presupuestos: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor

o participe del mismo; b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

24. En el presente caso, de la lectura de la resolución que declara fundado el pedido de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra la beneficiada (fs. 187), se aprecia que el juez de la causa señaló con precisión los hechos que, a su consideración, la vinculan con el delito por el que se le viene procesando. Así mismo, indicó que existía peligro procesal, entre otras razones, porque no se acreditó su arraigo domiciliario pues no fue hallada ni en su domicilio real señalado al prestar su declaración ante el fiscal (en la ciudad de Lima), ni en la dirección que señaló ante Sunat como su domicilio fiscal en Chimbote, encontrándose como no habida hasta la fecha de emisión de dicha resolución. del mismo modo, tampoco acreditó su arraigo familiar, aunque sí su arraigo laboral por ser la representante de la empresa vinculada a los hechos delictivos por los que se le investigaba.
25. Apelada la decisión, el órgano revisor en la Resolución 15, de 11 de enero de 2021, materia de cuestionamiento, señaló que :

77. Con este agravio la defensa postula que no puede determinar un incremento injustificado en los precios del componente I-infraestructura, “solo por la ausencia de cotizaciones”, alega que dichas cotizaciones en estado de emergencia sanitaria no son exigibles. No obstante esta sala considera que, a la luz de los hechos, donde primigeniamente el valor de la IOARR “Remodelación de Ambiente Complementario, Adquisición de Monitor de Funciones Vitales, Ventilador Mecánico y Equipo Ecógrafo [...], fue registrado en el Sistema Invierte Perú con el Formato N° 07-D [...] en un monto total ascendente a 7.8000.746.00, que comprendía componentes I y II, es decir, hasta ese momento la entidad tenía un monto establecido para la ejecución de la obra.

78. Luego se crea el expediente sobre la misma obra, pero ahora en la total de S/. 10.061.072.61, por lo que es evidente que habría existido un incremento en el costo, el mismo que tendría sustento la elevación del precio de la mano de obra y/o materiales, en

cuyo caso resultaría necesario las cotizaciones realizadas para sustentar dicho incremento, en una simple comparación, empero conforme lo determina la pericia civil, dicho sustento, no se encontraría justificado, por lo que, no es el caso, determinar si la norma exigía o no la elaboración de cotizaciones, sino que se evidencia que no existe justificación del incremento por medio de los documentos idóneos que serían las cotizaciones realizadas, por lo que este agravio no es de recibo.

79. Por otro lado, alega que se ha tenido en cuenta como elemento de convicción que la empresa Quimera, no tenía experiencia en infraestructura hospitalaria, lo que es falso porque se cuenta con experiencia acreditada [...]

Sobre este punto se precisa que este agravio no es de recibo y no se emitirá pronunciamiento, en atención a que el a quo no ha valorado como elemento de convicción para la expedición de la prisión preventiva la supuesta falta de experiencia en infraestructura hospitalaria de la empresa que representa su patrocinada [...].

80. Otro cuestionamiento postulado versa sobre la fecha de la propuesta económica presentada por la empresa Quimera S.A.C., según la tesis fiscal se habría entregado el 03 de abril, cuando la propuesta se pidió recién el 07 de abril, que la carta bien pudo haber señalado fecha anterior, pero rige la fecha de presentación.

81. Con relación a este agravio, se verifica que, al subgerencia de abastecimiento del GRA, por medio del correo electrónico del 07 de abril de 2020, solicitó cotización a la empresa constructora Quimera SAC, la misma que respondió por correo de la misma fecha, no obstante adjuntó a dicho correo [...] documento que tenía como encabezado fecha 03 de abril de 2020.

Fecha anterior a la solicitud de propuesta de parte de la entidad, lo que válidamente nos lleva a preguntar, como es posible que la empresa contratista elabore su cotización sobre una obra de la que se supone ni siquiera tenía conocimiento, no existe una justificación lógica para ello, tampoco lo ha ofrecido la defensa, solo pretende que se pase desapercibido tan importante detalle, alegando que se debe tomar en cuenta la fecha del correo y no la fecha que contiene el documento de la cotización, lo cual no es

de recibo, en tanto dicha circunstancia evidencia con alto grado de probabilidad una concertación indebida entre la tercera y los funcionarios públicos.

82. Continuado, cuestiona el presupuesto del peligro procesal en el extremo del peligro de fuga, alega que se tiene las propias actas de constatación y allanamiento del lugar del domicilio que acreditarían su arraigo domiciliario, y en cuanto al arraigo familiar postula la acreditación de que cuenta con una menor hija de 15 años que depende únicamente de ella, por lo que se invoca el interés superior del niño; y, por último, respecto a que se encuentra no habida, se ha presentado una constancia que acredita que su patrocinada ha dado positivo para Covid-19 y que esa es la razón por la que no se ha apersonado o puesto a derecho.

Sobre el particular, se precisa que además de lo determinado por el *a quo* en los considerandos 127 y 128 de la recurrida, que refieren básicamente que, de las constataciones fiscales y el allanamiento de la vivienda de la imputada, no se ha encontrado razón de la misma, lo que hace prever que tendría otros lugares de residencia y desvanece su arraigo domiciliario. Debe tenerse presente como dato objetivo de la alta probabilidad de la sustracción de la justicia por parte de la investigada, pues la posición actual de la quien se encuentra con órdenes de captura como consecuencia de la investigación que se le sigue. En efecto, esta sala superior considera que el comportamiento que ha desplegado la imputada, al tener la condición de no habido, hace patentes sus ánimos de evadir la acción de la justicia. En ese sentido, denota, por un lado, una afrenta decidida contra el sistema de administración de justicia mismo, que deja traslucir el ánimo de querer protegerse en un manto de impunidad; y, por otro lado, impide al órgano jurisdiccional hacer una prognosis favorable de la conducta futura, pues su condición de no habido revela su intención de sustraerse a la acción de la justicia. Y respecto a lo alegado por defensa, cuando refiere que no se ha puesto a derecho, en razón de que ha dado positivo para el COVID-19, revisando los elementos de convicción, no se hay ofrecido ningún documento que acredite esta supuesta condición médica, convirtiéndose dicha alegación en un simple argumento de defensa que no es de recibo.

83. Ahora, respecto a la invocación del interés superior del niño, se precisa que, si bien es un criterio a tener en cuenta para la

imposición de esta medida restrictiva, la misma tendrá relevancia de acuerdo al caso concreto y a los elementos de convicción destinados a acreditar que a investigada es el único soporte, económica, emocional y psicológico de la menor, quien también por sus características quedaría en total abandono si se llegara a concretizar el internamiento en un penal. En el caso de autos, la hija de la investigada Romero Bartusiak cuenta con 15 años de edad, lo que evidencia que por su edad la dependencia con su madre no es absoluta, asimismo no se corrobora ningún elemento de convicción que determine el grado de vulneración de la menor, si bien se alega que la investigada es madre soltera, ello de ningún modo anula la presencia paterna de la menor, por tanto, al no existir datos válidos sobre el tema, no es posible, en un juicio de ponderación, lo solicitado por la defensa.

26. Así pues, de los fundamentos precedentes se aprecia claramente que tanto la resolución de primera instancia como la de segunda instancia del proceso subyacente, que dispusieron el mandato de prisión preventiva de la beneficiada, justificaron fáctica y jurídicamente, y con base en los medios probatorios con que contaban en ese momento, porqué consideraron que existía elementos suficientes que los llevaron a generar convicción sobre la participación de la actora en los hechos delictivos por los que se le investiga, y, además, porqué consideraron que concurría el peligro de obstaculización procesal, absolviendo incluso los argumentos que respaldaron el recurso de apelación formulada contra la resolución de primera instancia. Por ello, a mi consideración, las resoluciones que ordenaron la prisión preventiva de la actora, que son las que tendrían incidencia directa sobre su derecho a la libertad, se encuentran debidamente motivadas, por lo que debe desestimarse la demanda.

Por estos fundamentos mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



Pleno. Sentencia 78/2022

EXP. N.º 02010-2020-PHC/TC

ICA

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI,

representado por GREGORIO FERNANDO
PARCO ALARCÓN-Abogado

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 17 de marzo de 2022, se reunieron los magistrados a efectos de pronunciarse sobre la demanda interpuesta en el Expediente 02010-2020-PHC/TC.

Los magistrados Ferrero Costa (con fundamento de voto), Sardón de Taboada (con fundamento de voto) y Blume Fortini (ponente) votaron, coincidiendo, por: 1) Declarar **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus*; 2) Declarar **NULAS** la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018; la Resolución 46, de fecha 13 de febrero de 2019 y la Resolución 48, de fecha 13 de febrero de 2018, por encontrarse viciadas de incompetencia y vulnerar la debida motivación; 3) Restituir los efectos de la Resolución Suprema 281-2017-JUS, del 24 de diciembre de 2017 y 4) Disponer la libertad inmediata del favorecido, Alberto Fujimori Fujimori.

Por su parte, los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera votaron por: Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

Estando a la votación descrita, en aplicación el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece el voto decisorio del presidente del Tribunal Constitucional en las causas en que se produzca empate en la votación, se conformó la sentencia mediante los votos de los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini en los términos siguientes:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus*.
2. Declarar **NULAS** la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018; la Resolución 46, de fecha 13 de febrero de 2019 y la Resolución 48,

de fecha 13 de febrero de 2018, por encontrarse viciadas de incompetencia y vulnerar la debida motivación.

3. Restituir los efectos de la Resolución Suprema 281-2017-JUS, del 24 de diciembre de 2017.
4. Disponer la libertad inmediata del favorecido, Alberto Fujimori Fujimori.

S.

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de marzo de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gregorio Fernando Parco Alarcón, abogado de don Alberto Fujimori Fujimori, contra la resolución de fojas 38, de fecha 22 de mayo de 2020, expedida por la Sala Mixta de Emergencia de Ica de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de abril de 2020, don Gregorio Fernando Parco Alarcón interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Alberto Fujimori Fujimori (f. 16) contra don José Luis Lecaros Cornejo, presidente del Poder Judicial; don Carlos Morán Soto, ministro del Interior; don Fernando Castañeda Portocarrero, ministro de Justicia y Derechos Humanos; don César Cárdenas Lizarbe, presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), y contra don Hugo Núñez Julca, juez supremo de investigación preparatoria.

El recurrente cuestiona la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018 expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (Control de Convencionalidad) (f. 3), mediante la cual se declaró que carece de efectos jurídicos, para la ejecución de la sentencia firme dictada contra don Alberto Fujimori Fujimori por los delitos de homicidio calificado-asesinato, lesiones graves y secuestro agravado, y por los cuales se le impuso veinticinco años de pena privativa de la libertad, la Resolución Suprema 281-2017-JUS, de fecha 24 de diciembre de 2017 (f. 1), que le concedió, entre otros, indulto por razones humanitarias al favorecido antes mencionado (Expediente 00006-2001-4-5001-SU-PE-01). Se alega

la vulneración de los derechos a la libertad personal, a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes.

Manifiesta que el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018, declaró que carecía de efectos jurídicos la Resolución Suprema 281-2017-JUS, de fecha 24 de diciembre de 2017, que había concedido al favorecido el indulto humanitario; por lo que ordenó su búsqueda y captura para que reingrese a prisión; y que el favorecido al momento en que fue indultado tenía ochenta años de edad y había cumplido alrededor de la mitad de su condena de veinticinco años de pena privativa de la libertad.

Agrega que en la actualidad el favorecido corre peligro de muerte en el establecimiento penitenciario debido a que por su avanzada edad y las enfermedades que padece es más vulnerable a la COVID-19; además, al contar ochenta y dos años de edad en la actualidad, se encuentra próximo a morir, por lo cual no es peligroso para nadie. Aduce que los políticos lo tienen recluido como «un trofeo» (sic); sin embargo, otras personas siguen libres como los expresidentes de la república, por lo que es procedente su inmediata libertad para que sea recluido en su domicilio y espere la muerte los últimos días de vida que le quedan.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria y Supraprovincial de Ica, con fecha 21 de abril de 2020 (f. 24), declaró improcedente la demanda al considerar que se pretende la revisión de la resolución expedida dentro del trámite regular de un proceso, lo cual está reservado a la judicatura ordinaria y no a la judicatura constitucional, por lo que el favorecido debe hacer valer sus derechos accionando los medios que faculta la vía ordinaria y por ante los órganos jurisdiccionales respectivos.

A su turno, la Sala Mixta de Emergencia de Ica de la Corte Superior de Justicia de Ica confirmó la apelada por similares consideraciones.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018, expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (Control de Convencionalidad) (f. 3), mediante la cual se declaró que carece de efectos jurídicos, el indulto por razones humanitarias otorgado a Alberto Fujimori Fujimori

(Expediente 00006-2001-4-5001-SU-PE-01), y como consecuencia de ello, se disponga su inmediata libertad. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad personal y a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes.

Procedencia de la demanda

2. Al respecto, se ha podido comprobar que mediante Resolución 46, de fecha 13 de febrero de 2019, la Sala Penal Especial de Corte Suprema de Justicia de la República confirmarla Resolución 10 y que mediante Resolución 48, de fecha 13 de febrero de 2018, se aclaró dicha resolución, corrigiendo errores materiales, por lo que se cumple con el requisito de firmeza establecido en el artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
3. Si bien en el presente caso la demanda ha sido promovida por un tercero en beneficio del favorecido, ello se ha efectuado en atención a lo dispuesto por el artículo 41 del Nuevo Código Procesal Constitucional, anteriormente regulado por el mismo artículo del Código Procesal Constitucional derogado. Sin embargo, conforme se aprecia del escrito de fecha 28 de diciembre de 2021, obrante en el cuaderno del Tribunal Constitucional, el favorecido se ha apersonado al proceso, convalidándose así la presentación de la demanda a su favor.

Análisis del caso concreto

4. La resolución materia de cuestionamiento y su confirmatoria sostienen que el indulto humanitario del que ha sido objeto Alberto Fujimori Fujimori carece de motivación y se habría producido dentro de un procedimiento con irregularidades.
5. Al respecto, es importante recordar que el juez penal debe resguardar el debido proceso a través del cumplimiento prolijo y respetuoso de todos y cada uno de los derechos fundamentales de los imputados, con la finalidad de resolver conforme a los hechos y las pruebas actuadas en el proceso, para llegar a la correcta determinación de la responsabilidad penal.
6. Así, uno de los pilares fundamentales del debido proceso en el ámbito penal es el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por ley. Siguiendo el criterio adoptado por este Tribunal en anterior jurisprudencia, este derecho comporta dos exigencias. En primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por

un juez excepcional, o por una comisión especial creada *ex profeso* para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica. La competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica, lo cual implica: a) el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Asimismo, que dicha predeterminación no impida el establecimiento de subespecializaciones al interior de las especializaciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime si el artículo 82.28 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza la creación y supresión de “Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia”. (Cfr. sentencias emitidas en los expedientes 01937-2006-HC/TC, 0290-2002-HC/TC, 1013-2002-HC/TC 1076-2003- HC/TC, entre otras).

7. En tal sentido, es claro que las competencias del juez penal deben ser asignadas en estricta observación del principio de reserva de ley y, además, estas competencias deben encontrarse asignadas previamente al juzgamiento.
8. En el presente caso, la resolución materia de cuestionamiento, así como su confirmatoria, han sido emitidas en el expediente penal 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, en un denominado trámite de control de convencionalidad, solicitado por la parte civil, mediante el cual, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República han resuelto declarar que la Resolución Suprema 281-2017-JUS, del 24 de diciembre de 2017, carece de efectos jurídicos.
9. En la fundamentación de las resoluciones judiciales materia de evaluación se sostiene que el control de convencionalidad se efectúa en virtud de la competencia que le atribuyen al órgano jurisdiccional,

entre otros, los siguientes artículos: artículo 99 de la Constitución, artículo 17 del Código de Procedimientos Penales de 1940 –bajo el cual se procesó al favorecido–, artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Resolución Administrativa 205-2018-CE-PJ, del 17 de julio de 2018, que creó, con carácter de exclusividad y por el plazo de 3 meses, un Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria y una Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, destinada a tramitar el juzgamiento de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución.

10. Sin embargo, la normatividad jurídica a la que hacen referencia acredita la competencia penal para el juzgamiento de causas (entendidas como procesos por iniciarse o en curso) y no para revisar cómo se viene ejecutando o cumpliendo las condenas ya impuestas en procesos penales ya fenecidos por haber concluido con la determinación de la responsabilidad penal del imputado, como es el caso del favorecido Alberto Fujimori.
11. A ello corresponde recalcar que, en materia penal, observar la competencia predeterminada por ley implica resguardar el debido proceso con la finalidad de evitar su quiebre y dilaciones posteriores por lesiones a los derechos fundamentales de los procesados. Por ello, no resulta acorde con la Constitución (artículo 139.3) que la asignación de competencias en procesos penales se atribuya vía jurisprudencial.
12. Teniendo en cuenta lo anterior, se aprecia que la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018, así como la Resolución 46, de fecha 13 de febrero de 2019 y la Resolución 48, de fecha 13 de febrero de 2019, se encuentran viciadas de incompetencia, pues las normas sobre las que se ha justificado el control de convencionalidad efectuado sobre la Resolución Suprema 281-2017-JUS, del 24 de diciembre de 2017, solo otorgan competencias de juzgamiento y no sobre la ejecución de la condena.
13. Cabe precisar que, en el presente caso, aun cuando la parte civil es la que ha solicitado, vía un incidente, el control de convencionalidad del indulto humanitario de Alberto Fujimori, tal petición, por el estado de los procesos por los que este viene cumpliendo carcelería, no puede ser admitida por el juez penal, dado que los aspectos por los que la parte civil puede intervenir en el proceso penal (determinación de la responsabilidad penal del imputado para evitar la impunidad,

determinación del daño ocasionado y determinación de la reparación civil) han fenecido al haberse dictado condena penal contra el favorecido, habiéndose incluso determinado los montos de las reparaciones civiles correspondientes mediante sentencia penal. Por ello, tanto el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República como la Sala Penal Especial de Corte Suprema de Justicia de la República no estaban habilitados para emitir pronunciamiento sobre la petición de la parte civil.

14. Por otro lado, con relación al indulto humanitario que fuera dejado sin efecto por la resolución cuestionada y su confirmatoria, cabe señalar que el artículo 118, numeral 21 de la Constitución, confiere expresamente al Presidente de la República, entre otras, la prerrogativa de “Conceder indultos”.
15. Tal prerrogativa, que consiste en la facultad de suprimir la pena imputada a un condenado, es otorgada por el acotado numeral constitucional sin establecer condicionamiento constitucional para su ejercicio, lo cual impide someterla a regulaciones infraconstitucionales, que la constriñan, limiten o restrinjan. Sin embargo, y como lo tiene dicho el Tribunal Constitucional, no obstante, a que está revestida del máximo grado de discrecionalidad, esta atribución no está exenta de control jurisdiccional y debe ser ejercida sin infringir el principio de interdicción de arbitrariedad (*Cfr.* fundamento 3 de la Sentencia 03660-2010-PHC/TC).
16. Al respecto, el artículo 4.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la posibilidad del indulto para las personas condenadas a pena de muerte. De tal postulado convencional se desprenden dos premisas: 1) la voluntad de la Convención y de los Estados parte de que los condenados no fallezcan en prisión, y; 2) Tal acápito de la Convención no implica una restricción para los Estados parte para regular la figura del indulto en otros supuestos, siendo importante precisar que el Perú, al suscribir la Convención, no hizo reserva alguna con relación a la regulación de dicha figura para su derecho interno.
17. En su oportunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se pronunció de manera favorable al otorgamiento de indultos en casos de condenados por delitos graves, en su Informe de 1981 sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua, recomendando lo siguiente:

4. Con respecto a los mutilados, inválidos, gravemente enfermos y ancianos, cualquiera que sea la pena a que hayan sido condenados, considerar igualmente la posibilidad de concederles un indulto o, de no ser posible, conmutar la pena por la de arresto domiciliario.
18. No puede perderse de vista que nuestro ordenamiento jurídico regula la figura del indulto desde la Constitución, por lo que sus alcances para un eventual control, deben desprenderse de ella o de una norma de rango legal que desarrolle sus características, sin que implique una reducción inconstitucional de sus alcances. En tal sentido, una norma de rango infralegal no puede ser utilizada como marco de referencia para efectuar un eventual control de su constitucionalidad, dado que ello contravendría el bloque de constitucionalidad al que se debe remitir todo juez para efectuar una evaluación de tal grado.
19. En el presente caso, el indulto a favor del beneficiario del *habeas corpus* es uno de naturaleza humanitaria, otorgado por el presidente de la República mediante la Resolución Suprema 281-2017-JUS, de fecha 24 de diciembre de 2017, la misma que cuenta con el refrendo ministerial exigido por el artículo 120 de la Constitución. Siendo ello así, se aprecia que el ejercicio de tal prerrogativa ha cumplido los requisitos formales que establece la Constitución.
20. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad no cuenta con una norma de rango legal que permita identificar un bloque de constitucionalidad para un eventual control constitucionalidad.
21. Según la practica interna, este tipo de indultos se otorga a aquellos reclusos que cuentan con una condena penal definitiva y que demuestran que su salud se encuentra en grave riesgo, sea por padecer de enfermedades terminales, que se vean agravadas por las condiciones carcelarias o por padecer de trastornos mentales. Estas condiciones presentan similitudes con las recomendaciones que hiciera la Comisión Interamericana en su informe de 1981 antes citado.
22. En el caso del favorecido, la resolución cuestionada y su confirmatoria han sustentado su decisión de dejar sin efecto el indulto presidencial básicamente por las siguientes razones:
- Falta de objetividad de la junta médica que evaluó al favorecido por participar de ella el médico Juan Postigo Díaz, galeno que lo había atendido con anterioridad en el Instituto Nacional de

Enfermedades Neoplásicas. Se señala que, por esta misma razón, la comisión de indultos en el 2013, rechazó la participación de dicho médico.

- Diferencias entre el acta de junta médica penitenciaria de 17 de diciembre de 2017 y el acta ampliatoria de 19 de diciembre de 2017, dado que el primero señalaba como pronóstico reservado, y el segundo, dos días después, indicaba que su cuadro médico se había agravado.
 - Ni la resolución del indulto ni sus actas médicas detallan cuáles son las enfermedades no terminales graves por las que se otorgó el indulto. Tampoco motiva acerca de las condiciones carcelarias que colocarían en grave riesgo la vida y la salud del favorecido; y ha omitido citar los hechos por los que fue condenado.
 - La resolución suprema 281-2017-JUS se dio en medio de una crisis política, sobre el pedido de vacancia del entonces presidente Pedro Pablo Kuczynski.
 - Una sorpresiva rapidez en la resolución del pedido de indulto.
 - Falta de motivación del indulto del favorecido porque, al haber sido condenado por delitos de lesa humanidad, se requiere una mayor carga argumentativa.
23. Este Tribunal Constitucional, más allá del vicio de incompetencia material de que padecen ambas resoluciones judiciales, advierte que sus argumentos se sustentan en presunciones subjetivas sobre irregularidades que no resultan tales, si nos encontramos frente a un indulto humanitario de un adulto mayor de 79 años (edad del favorecido al momento del otorgamiento del indulto), ello porque esta específica figura de extinción de la pena tiene por objetivo final evitar la muerte en prisión del reo que viene cumpliendo condena definitiva, producto de las condiciones de salud que lo aquejan. En sí mismo, este tipo de indulto tiene un grado de discrecionalidad elevado, pues depende exclusivamente del presidente de la República otorgarla a la luz de los elementos puestos a su consideración por la comisión de gracias presidenciales y, de ser el caso, del propio reo; lo cual implica que carece de restricciones para su adopción, más allá de los parámetros que la Constitución le impone con relación al respeto que merecen los derechos fundamentales, los principios y los valores constitucionales.

24. En tal sentido, reclamar como irregular la participación de un médico que con anterioridad le dio tratamiento al favorecido, o que un acta ampliatoria respecto del acta médica primigenia contenga diagnósticos de enfermedades adicionales al primero, o que para el caso particular de Fujimori se requiera una mayor carga argumentativa, no pueden identificarse como condiciones constitucionales inobservadas para anular un indulto humanitario o para cuestionar el ejercicio de la prerrogativa presidencial de otorgar tal indulto, dado que, en términos razonables, la decisión del ex presidente Pedro Pablo Kuczynski contó con los elementos necesarios para adoptar tal decisión, pues la Comisión de Gracias Presidenciales, en fecha 23 de diciembre de 2017, concluyó que el favorecido cumplía con las condiciones necesarias para ameritar el indulto humanitario requerido. A mayor abundamiento, es oportuno señalar que, conforme fue de público conocimiento a través de las declaraciones ofrecidas por el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, el 9 de febrero de 2018, el ex presidente Kuczynski para el 2 de noviembre de 2017, ya tenía la iniciativa de otorgar el indulto al favorecido, mucho antes de que existiera cualquier pedido de vacancia¹⁰².
25. Cabe agregar que el hecho de que el trámite se haya realizado de manera rápida es parte de las características que debe observar el Estado, a través de su entidad competente, para evitar el fallecimiento del beneficiario antes de obtener respuesta a su solicitud.
26. En tal sentido, la resolución cuestionada y su confirmatoria cuentan con una motivación aparente, pues además de encontrarse viciadas de incompetencia, también lesionan el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al contener una motivación subjetiva, basada en irregularidades y presunciones no probadas, alejándose su argumentación de los parámetros constitucionales y convencionales pertinentes.
27. En consecuencia, corresponde estimar la demanda y disponer la nulidad de la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018; la Resolución 46, de fecha 13 de febrero de 2019; y, la Resolución 48, de fecha 13 de febrero de 2019; y, retrotrayendo las cosas al estado anterior, corresponde disponer la libertad inmediata del favorecido, restituyendo

102 Diario Gestión de fecha 9 de febrero de 2018.

todos los efectos de la Resolución Suprema 281-2017-JUS, del 24 de diciembre de 2017.

28. Finalmente resulta importante señalar que es el Estado peruano a través de sus entidades a cargo de la reclusión de los condenados (Instituto Nacional Penitenciario), el responsable de atender oportunamente los pedidos de indulto humanitario que hacen los reclusos, con la finalidad de evitar su fallecimiento en prisión, dado que la demora en su atención, además de generar consecuencias irreparables, también genera responsabilidades en los funcionarios competentes del trámite de dichos pedidos.

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 *habeas corpus*.
2. Declarar **NULAS** la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018; la Resolución 46, de fecha 13 de febrero de 2019 y la Resolución 48, de fecha 13 de febrero de 2018, por encontrarse viciadas de incompetencia y vulnerar la debida motivación.
3. Restituir los efectos de la Resolución Suprema 281-2017-JUS, del 24 de diciembre de 2017.
4. Disponer la libertad inmediata del favorecido, Alberto Fujimori Fujimori.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

BLUME FORTINI

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestro colega magistrado ponente, emitimos el presente fundamento de voto, pues, si bien concordamos con la ponencia, debemos precisar lo siguiente:

En el caso de autos, la resolución cuestionada y su confirmatoria, que son de público conocimiento en el portal web del Poder Judicial¹⁰³, son nulas porque se encuentran viciadas de incompetencia. La normatividad con la que las emplazadas fundamentan el control de convencionalidad que realizan, está referida al juzgamiento de causas, entendido como procesos en trámite; no para la revisión de procesos ya concluidos como es el del presente caso. Las competencias del juez penal deben ser asignadas previamente al juzgamiento de alguna persona en estricta observancia del derecho al juez predeterminado por la ley, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.

Consideramos que una adecuada protección del mencionado derecho trasciende, necesariamente, el respeto formal de su contenido; pues tan importante como que la potestad jurisdiccional y la competencia sean asignadas con antelación, es que dicha asignación sea respetada escrupulosamente por los órganos jurisdiccionales en los asuntos que son sometidos a su conocimiento. En efecto, de nada serviría que las leyes de la materia otorguen potestad jurisdiccional a los órganos correspondientes y definan su competencia antes del inicio de los procesos si es que, finalmente, estas atribuciones serán desconocidas al momento de ejercerse en el caso concreto (cfr. Sentencia del Pleno 734/2020, fundamento 7; Sentencia del Pleno 382/2021, fundamento 8).

103 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4e0364804737a0f2b496ff5d3cd1c288/CS-JSIP-CONTRO-CONVENCIONALIDAD-6-2001.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4e0364804737a0f2b496ff5d3cd1c288>, y <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2a269e00491712be9666d60375cdf40c/31.+Exp.+N.%C2%B0+06-2001-4+%2813-02-2019%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2a269e00491712be9666d60375cdf40c>

En tal sentido, estimamos que la violación o inobservancia de las reglas de competencia previamente establecidas en la ley, en el contexto de un determinado proceso judicial, constituye un asunto de innegable relevancia constitucional que merece ser tutelado, por tratarse de afectaciones manifiestas del derecho constitucional al juez predeterminado por la ley e incidir en la esfera de la libertad del favorecido Alberto Fujimori Fujimori.

Ahora bien, en relación a los indultos, la experiencia comparada es ejemplificadora.

En Italia, luego del secuestro y asesinato de Aldo Moro -quien fue Primer Ministro en dos oportunidades y también ministro de Asuntos Exteriores- a manos de las Brigadas Rojas en 1978, prosiguió la celebración de cinco juicios en contra los implicados.

Un grupo de ellos fue condenado a cadena perpetua. Sin embargo, luego esta pena fue condonada en mérito a una ley aprobada en 1982. De esta manera, se demuestra que existe una amplia discrecionalidad del Estado en regular el otorgamiento de este tipo de excepciones, las cuales se encuentran ajustadas al inciso 21 del artículo 118 de la Constitución, como en el caso del favorecido.

S.

FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Aunque concuerdo plenamente con la sentencia, considero necesario señalar también lo siguiente:

El 2011, al resolver el Caso Crousillat (Expediente 03660-2010-PHC/TC), este Tribunal Constitucional dijo que el Presidente de la República no puede dejar sin efecto un indulto que él otorgó: ello solo puede hacerlo el propio Tribunal Constitucional. Hoy decimos que un juez ordinario de ejecución penal menos puede aún dejar sin efecto el indulto otorgado por el Presidente de la República. Y repetimos: ello solo puede hacerlo el Tribunal Constitucional. Tolerar que jueces ordinarios se arroguen la facultad de evaluar si un indulto ha sido debidamente otorgado por el Presidente de la República implica soslayar las atribuciones y competencias que la Constitución asigna, y destruir la estructura del Estado que ella consagra.

De manera escueta y contundente, la primera oración del inciso 21 del artículo 118 de la Constitución señala que es atribución del Presidente de la República:

Conceder indultos y conmutar penas.

Puede pensarse, por tanto, que esta atribución no está sujeta a ninguna condición ni limitación, y puede ser ejercida discrecionalmente por el Presidente de la República. De hecho, la práctica corrobora que así se la ha entendido regularmente. Según cifras oficiales¹⁰⁴, entre enero de 2000 y junio de 2018, las gracias presidenciales –que comprenden los indultos, las conmutaciones de penas y otros derechos de gracias presidenciales– han sumado 9243. De estas, 1854 fueron otorgadas por Alberto Fujimori; 740, por Valentín Paniagua; 865, por Alejandro Toledo; 5501, por Alan García; 155, por Ollanta Humala; 96, por Pedro Pablo Kuczynski; y, 32, por Martín Vizcarra. Ciertamente, los indultos incluyeron a sentenciados por terrorismo, narcotráfico y traición a la patria. Eventualmente, se sustentaron en enfermedades tan poco graves como la sinusitis y la infección

104 https://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_108/?K=17543

urinaria, como han subrayado algunos medios¹⁰⁵. Inclusive, en muchos casos, se indultó a personas por el solo hecho de ser mayores de 65 años, sin que necesariamente tuvieran alguna enfermedad. A veces, se consideró, pues, que la “avanzada edad” era razón suficiente. El año 2000, los indultos a sentenciados por terrorismo sumaron, aproximadamente, 1400, incluyendo los otorgados por Fujimori y Paniagua. Entonces, la única justificación dada fue el inciso 21 del artículo 118 de la Constitución antes citado. Entre el 2000 y el 2018, en suma, el ejercicio del indulto presidencial fue libérrimo.

A pesar de ello, en la mencionada sentencia del Caso Crousillat, este Tribunal Constitucional precisó que sí cabía el control constitucional del indulto. En su fundamento 21, dijo que el indulto debía tener:

un estándar mínimo de motivación que posibilite *un control constitucional* [énfasis agregado].

El 30 de mayo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó lo mismo. En el punto 4 de la parte resolutive de su Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, correspondiente a los Casos Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú, ordenó que las partes le presentaran:

información sobre los avances por parte de la *jurisdicción constitucional* del control del “indulto por razones humanitarias” concedido a Alberto Fujimori [énfasis agregado].

La jurisdicción ordinaria no podía, pues, controlar el indulto que el exPresidente de la República Pedro Pablo Kuczynski otorgó a Alberto Fujimori: este control tenía que ser hecho, necesariamente, por la *jurisdicción constitucional*. Lamentablemente, tanto el juez de ejecución penal como la sala suprema que confirmó su resolución incumplieron lo dispuesto por el Tribunal Constitucional el 2011 y la Corte Interamericana el 2018.

Además, al crear un procedimiento *ad-hoc* para hacerlo, vulneraron lo establecido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Este señala:

105 <https://peru21.pe/politica/indultos-humanitarios-2001-dieron-gastritis-48960-noticia/>; <https://www.expreso.com.pe/judicial/la-danza-de-los-indultos/>, entre otros.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción determinada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, *cualquiera sea su denominación* [énfasis agregado].

Es decir, así lo llamaran *Control de Convencionalidad*¹⁰⁶.

En todo caso, debe tomarse en cuenta que el 4 de mayo de 2018, al declarar la sustracción de la materia en el Expediente 03958-2017-PHC/TC, este Tribunal Constitucional convalidó el indulto en cuestión¹⁰⁷. Tal sustracción ocurrió, en efecto, no solo porque Fujimori estaba libre sino porque fue liberado por un indulto *válido*, con efectos de cosa juzgada.

Finalmente, cabe precisar que el 10 de mayo de 2016, al resolver un primer *habeas corpus* en el Expediente 01460-2016-PHC/TC, este Tribunal Constitucional declaró que Fujimori no fue condenado por la justicia peruana por crímenes de lesa humanidad; no pudo haberlo sido, ya que fue extraditado de Chile “por los delitos de homicidio calificado y lesiones¹⁰⁸”. De hecho, la parte pertinente de la resolución de extradición de la Corte Suprema de Chile concluyó diciendo lo siguiente:

Atendido lo expuesto en las reflexiones precedentes, se acogerá el pedido de extradición instaurado por el Estado peruano, por las circunstancias referidas en el presente cuaderno nominado “Barrios Altos - La Cantuta”, *por los delitos de homicidio calificado y lesiones*, concordándose así con el parecer de la señora Fiscal Judicial [énfasis añadido].

De este modo, no existía impedimento alguno para que Fujimori fuera indultado. Por demás, cuando lo fue, tenía 79 años de edad y llevaba preso casi 10 años. Actualmente, tiene 83 y lleva preso más de 13 –ha cumplido, pues, más de la mitad de su condena–. Además –como detalló la resolución que otorgó el indulto–, padece de múltiples enfermedades; entre estas, cáncer a la lengua y serios problemas cardiovasculares. Debido a ellas y a su avanzada edad –señaló dicha resolución–, el establecimiento

106 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2a269e00491712be9666d60375cdf40c/31.+Exp.+N.+06-2001-4+%2813-02-2019%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2a269e00491712be9666d60375cdf40c>

107 <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/03958-2017-HC%20Resolucion.pdf>

108 <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01460-2016-HC.pdf>

penitenciario no podía brindarle atención médica adecuada; en reiteradas oportunidades, de hecho, tuvo que ser llevado a centros de salud fuera del recinto penitenciario, donde incluso fue objeto de intervenciones quirúrgicas.

Por todo esto, tomando en cuenta nuestro ordenamiento constitucional; los pronunciamientos de este Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la práctica discrecional del indulto en el Perú en los últimos veinte años; y, la situación personal –la edad y la salud– de Alberto Fujimori, la judicatura ordinaria no podía dejar sin efecto el indulto humanitario que le otorgó el exPresidente de la República Pedro Pablo Kuczynski. A la luz de todas estas consideraciones, no tenía competencia ni justificación para hacerlo.

Así, mi voto es por declarar **FUNDADA** esta demanda de *habeas corpus* y revivir los efectos de dicho indulto, tal como lo señala la sentencia.

S.

SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas que han suscrito la ponencia, emito el presente voto singular que sustento en los siguientes fundamentos:

1. La presente demanda ha sido interpuesta por el recurrente con fecha 17 de abril de 2020. En ella solicita la nulidad de la resolución judicial emitida por la Corte Suprema de la República por la cual se declaró la nulidad del indulto humanitario concedido a Alberto Fujimori Fujimori.
2. La demanda no se sustenta en ningún argumento que cuestione la referida resolución judicial sobre la base de argumentos jurídico constitucionales. Antes bien, se limita a señalar que la resolución es ilegal y que “...el Poder Judicial está siendo utilizado para fines políticos, por intereses trasnacionales...”. Alega, también, que tener en prisión a una persona de 82 años y que está mal de salud “...es como tener preso en espíritu a los héroes muertos Túpac Amaru II, enemigo de España, y Francisco Bolognesi, enemigo de Chile...”. Señala también que por motivos de su avanzada edad no es peligro para nadie y que “...los políticos lo tienen recluido como un trofeo, sin embargo, otros siguen libres como los ex presidentes de la República”.
3. Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, la demanda de hábeas corpus contra resolución judicial exige un mínimo de expresión de agravios esto es, de argumentos jurídico constitucionales en relación a las resoluciones judiciales que se cuestionan (expedientes 3666-2007-HC, 249-2009-HC, 1343-2011-HC, 3781-2012-HC, 7152-2013-HC, 3424-2019-HC, fundamento 7), así lo he señalado también en el voto emitido en el expediente 3842-2018-HC. Ello no ocurre en el presente caso, lo que determina la improcedencia de la demanda incoada.
4. Cabe señalar, además, que varios de los argumentos expresados en la demanda han sido materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal Constitucional en otro proceso de hábeas corpus iniciado

por el propio recurrente en representación del mismo favorecido, que fue resuelto por este Tribunal Constitucional en el expediente 4888-2012-HC. En dicha ocasión se declaró improcedente la demanda.

5. La ponencia propone declarar fundada la demanda sobre la base de dos principales aspectos sobre los que analiza la resolución judicial cuestionada: 1) la competencia del órgano jurisdiccional 2) la motivación de la resolución.
6. En cuanto a la presunta incompetencia del órgano jurisdiccional, cabe señalar que este Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la observancia de reglas legales de competencia no tiene relevancia constitucional (exps 10611-2006-HC, 1585-2012-HC, 333-2005-PA, 2129-2010-HC fundamento 5, 4015-2012-HC, fundamento 6, 3309-2005-HC, fundamento 2). De modo similar a los casos citados, no puedo suscribir el argumento esgrimido en la ponencia, por lo que, del mismo modo, se mantiene la referida improcedencia.
7. De otro lado, si bien la ponencia cita el derecho al juez predeterminado por ley, cabe señalar que el contenido de este derecho, tal como lo ha prefigurado este Tribunal consiste en lo siguiente: 1) que quien juzgue, sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, 2) que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así, que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*.
8. Si bien se invoca este derecho en la ponencia, en realidad se cuestiona la competencia del órgano jurisdiccional que resolvió, lo que se encuentra fuera del contenido constitucionalmente protegido del referido derecho al juez predeterminado por ley.
9. En la parte de la ponencia en que desarrolla el aspecto de la debida motivación, en realidad se pretende demostrar que las irregularidades en la concesión del indulto descritas en la resolución judicial cuestionada, no eran tales. En tal sentido, se señala lo siguiente:

“...reclamar como irregular la participación de un médico que con anterioridad le dio tratamiento al favorecido, o que un acta ampliatoria respecto del acta médica primigenia contenga diagnósticos de enfermedades adicionales al primero, o que para el

caso particular de Fujimori se requiera una mayor carga argumentativa, no pueden identificarse como condiciones constitucionales inobservadas para anular un indulto humanitario o para cuestionar el ejercicio de la prerrogativa presidencial de otorgar tal indulto, dado que, en términos razonables, la decisión del ex presidente Pedro Pablo Kuczynski contó con los elementos necesarios para adoptar tal decisión, pues la Comisión de Gracias Presidenciales, en fecha 23 de diciembre de 2017, concluyó que el favorecido cumplía con las condiciones necesarias para ameritar el indulto humanitario requerido”.

10. Conforme lo ha señalado reiteradamente este Tribunal Constitucional, la revisión constitucional de una resolución judicial no le da competencia a la justicia constitucional para revisar a modo de supra instancia, lo decidido por la justicia ordinaria. No obstante, la ponencia pretende reexaminar lo analizado por la Corte Suprema en relación con el cumplimiento de los requisitos para la concesión del indulto, aspecto que excede la competencia de la justicia constitucional.

Por estas consideraciones, mi voto es en este sentido:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La política debe ser en su esencia la búsqueda del bien común. Por ello la política debe estar unida siempre a la ética.

El pragmatismo político de autoridades, políticas o judiciales, destruyen las instituciones y la confianza en ellas. Sin buenas instituciones es imposible construir el bien común.

De todas las instituciones, la administración de justicia, es la que más debemos proteger, pues, es la garante final de los derechos de los ciudadanos y la que controla el correcto ejercicio del poder. Por ello busquemos jueces o juezas que sean independientes, que apliquen el Derecho a todos por igual, en otras palabras: ¡que hagan justicia en cada caso!

No nos resignemos a tener jueces que menosprecian y afectan la institucionalidad en nuestro país; jueces que desprecian los tratados de derechos humanos, que “reestablecen” un indulto obtenido mediante actos de corrupción, que le dan libertad “selectiva” a quien no le corresponde o que les niegan la palabra a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. El Perú necesita y merece tener jueces y juezas independientes e imparciales.

1. Considero que la demanda del presente hábeas corpus debe ser declarada **IMPROCEDENTE**. No hay ni un solo argumento legítimo que sirva de justificación para que la mayoría del Tribunal Constitucional (Ferrero, Sardón y Blume) haya revivido un indulto indebidamente otorgado a Alberto Fujimori.

La sentencia que ha expedido dicha mayoría sólo se explica por la simple voluntad de los tres magistrados que la conforman y, claro, de que ahora tienen los votos. Una sociedad tan polarizada como la peruana urge de jueces o juezas independientes que protejan por igual los derechos de todos, y no de activistas políticos que protejan sin base jurídica a una de las partes en conflicto.

Estoy de acuerdo en que ninguna persona debería morir en prisión, pero su estado de salud y las condiciones desfavorables de la prisión las deben determinar especialistas médicos o penitenciarios, pero no tres magistrados del Tribunal Constitucional.

2. Considero por ello que la sentencia dictada por esta mayoría del Tribunal Constitucional ha dañado gravemente la legitimidad de la justicia constitucional peruana dado el desprecio que sobre los derechos humanos ha reflejado, en especial respecto de aquellos derechos que incluso se encuentran en el ámbito de protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Es una sentencia arbitraria que, como lo voy a demostrar, contiene vicios insalvables y en la que ni por asomo se dedicaron a incorporar al expediente de habeas corpus las resoluciones penales que luego anularon, como tampoco se preocuparon por solicitar el expediente administrativo del indulto a Alberto Fujimori.
3. Como ya lo señalé al momento del debate de esta causa en el Pleno del Tribunal, considero que esta es una sentencia, que favorece la impunidad y refleja una compasión “selectiva” dado que la mayoría del Tribunal Constitucional busca aliviar los dolores de Alberto Fujimori pero es indiferente frente a los dolores de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos por las que fue condenado aquel.

Como jueces tenemos que mirar a las dos partes de esta historia, no solo al sentenciado sino a los afectados con el actuar delictivo por el que ha sido condenado. Reitero, la historia tiene dos partes, no solo una y como tal hay que mirar el caso, en su totalidad, en su integridad.

4. Este grave daño a los derechos humanos ya lo vienen haciendo desde hace buen tiempo y de seguro continuará en otros casos. Ya lo han hecho al buscar que se archive el caso “El Frontón” o cuando han negado la existencia en el Perú del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y nativas.

5. Lo que en realidad está haciendo -en este caso- la mayoría del Tribunal Constitucional, es otorgar un nuevo indulto a Alberto Fujimori, basándose en sus “propias razones humanitarias”. Para lograrlo han invadido competencias de otros poderes:
- a) han reemplazado a una comisión de gracias presidenciales, considerando que Alberto Fujimori califica para un indulto;
 - b) han reemplazado a una junta médica y diagnosticado la salud de Alberto Fujimori, considerando que por dicho estado de salud califica para un indulto;
 - c) han reemplazado al Presidente de la República y estimado que Alberto Fujimori merece el indulto, disponiendo su inmediata libertad;
 - d) han desplazado al Poder Legislativo pues que pese a que hoy existe una ley que prohíbe otorgar indultos para sentenciados por el delito de secuestro, han omitido su existencia y le han dado vida al indulto a favor de Alberto Fujimori; y
 - e) han reemplazado a jueces supremos penales, pues han revisado las razones del indulto anterior y considerado que el indulto fue bien dado, pese a que el habeas corpus no tiene estación probatoria y pese a no contar en el expediente con las resoluciones judiciales penales que luego han anulado.

Con esta forma de proceder, los 3 magistrados del TC se burlan de la memoria de los fallecidos, la dignidad de sus familias y la conciencia moral del país; ellos también forman parte de esta historia, y se tiene el deber jurídico de voltear la mirada hacia ellos, los afectados de la situación criminal por el cual el sentenciado busca liberarse de la ejecución de la condena.

6. Espero que la ciudadanía, la opinión pública, los medios de comunicación, los operadores jurídicos en el Perú y los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, entre otros, analicen y estudien estas decisiones, pues más allá de quienes son los beneficiarios de esta sentencia (además de Alberto Fujimori, también Pedro Pablo Kuczynski, Kenji Fujimori, entre otros procesados comprendidos en el proceso penal por delito contra la administración de justicia, en la modalidad de cohecho), lo que está en juego es el Estado de Derecho en el Perú, es nuestra precaria

democracia y al final son los derechos fundamentales de peruanos y peruanas.

7. Antes de proceder al desarrollo de mis argumentos, quiero presentarles un cuadro en el que sintetizo los vicios en los que ha incurrido la sentencia dictada por la mayoría del Tribunal Constitucional:

VICIOS DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA MAYORÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (MAGISTRADOS FERRERO, SARDÓN Y BLUME)
Vicios de forma
1. En el fallo de la sentencia de los 3 magistrados del TC (punto 2) declaran la nulidad de 3 resoluciones del Poder Judicial, pero increíblemente dichas resoluciones no figuran en el expediente de habeas corpus. El abogado del demandante sólo adjuntó 8 páginas de una de las resoluciones, que en realidad tiene 222 páginas. Los 3 magistrados del TC han anulado resoluciones que nunca han leído.
2. Los jueces supremos penales que dictaron las resoluciones que ahora han anulado los 3 magistrados del TC, así como los otros co-demandados en este caso, nunca han sido notificados con la demanda, de modo que no han podido participar para defender sus resoluciones. Los 3 magistrados del TC han vulnerado el derecho de defensa de los referidos jueces penales supremos y de los otros co-demandados en este caso.
3. En el fallo de la sentencia de los 3 magistrados del TC (punto 3), han restituido los efectos de la Resolución Suprema 281-2007-JUS, del 24 de diciembre de 2017, que otorgó el indulto a Alberto Fujimori, pero increíblemente sucede que el expediente administrativo que dio origen a dicho indulto no aparece en el expediente de habeas corpus. Los 3 magistrados han restituido un indulto sin leer si quiera el expediente administrativo que le dio origen y peor aún han “revivido” una resolución que ya fue dejada sin efecto. Los 3 magistrados del TC no pueden revivir resoluciones que ya no existen. En el peor de los casos pueden disponer que se dicten nuevas resoluciones, pero nunca revivir las que ya no existen.
4. El abogado César Nakasaki adjunta un escrito de apersonamiento a este expediente de habeas corpus, sin contar con la firma indubitable de Alberto Fujimori, sin haberse aceptado su apersonamiento y fue presentada después de la votación de este caso. Alega que es un hecho público su condición de abogado defensor de Alberto Fujimori y al final de su escrito “pega” una foto de la firma de Alberto Fujimori. Incluso dicha firma es diferente de la que se adjunta en los escritos del abogado Elio Riera. Los 3 magistrados del TC han permitido que participe un abogado sin seguir las respectivas normas de procedimiento. Sin embargo, ellos sí le exigen el cumplimiento de esas normas a los miles de justiciables que llegan al TC.

5. Si el expediente de este habeas corpus no tenía actuados para resolver, si no se notificó la demanda a ninguno de los demandados; si a la audiencia no asistió nadie; si el magistrado ponente entregó su proyecto a los otros magistrados un poco más de 24 horas antes del Pleno en el que se debatiría este caso complejo; si se rechazó la acumulación de este expediente (No 02020-2020-PHC/TC) a fin que se acumule con otro en el que existían mayores elementos de debate (expediente No 00661-2020-PHC/TC); si no se quiso postergar el debate de este caso en el pleno; y si dada la relevancia del caso nunca se produjo una amplia deliberación del mismo, podemos concluir, que la sentencia dictada por la mayoría del TC se puede denominar como una “arbitraria sentencia express”, pues ha tenido una celeridad inusitada, con un déficit de deliberación, con una casi imposible posibilidad de contraargumentar efectivamente, ante la ausencia de datos en el expediente de habeas corpus y un procedimiento que normalmente no tienen los otros justiciables.
Vicios de fondo
6. Los hechos relativos al caso Barrios Altos constituyen graves violaciones de derechos humanos, y, por ello, no pueden adoptarse medidas que supongan la exclusión de la responsabilidad de los implicados. No se pueden otorgar indultos en el caso de violaciones graves de derechos humanos.
7. La Ley 28760, establece en su artículo 2, que no procede el indulto para los condenados por el delito de secuestro y uno de los delitos por los que fue condenado Alberto Fujimori fue el de secuestro agravado. Ahora, más allá de que dicho artículo podría ser objeto de análisis legislativo o jurisprudencial en cuanto a su proporcionalidad, lo cierto es que existe en el ordenamiento jurídico peruano. La mayoría del TC, antes de “revivir” un indulto, no podía, de ninguna forma, omitir un pronunciamiento sobre tal prohibición legal del indulto para los condenados por el delito de secuestro.
8. Los 3 magistrados del TC hacen citas parciales y descontextualizadas sobre las líneas jurisprudenciales de la Corte IDH. Si bien la Corte IDH ha sostenido que los condenados no deben fallecer en prisión, también lo es, y eso no lo dicen los 3 magistrados del TC, que la Corte IDH también sostiene que durante la ejecución de una sentencia no se deben otorgar beneficios de forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad.
9. Los 3 magistrados del TC no han desarrollado argumentos que justifiquen la decisión de otorgar la libertad a Alberto Fujimori. Sólo pretenden descalificar las legítimas preocupaciones de la Corte IDH y del Ministerio Público en relación con las irregularidades existentes en el trámite del indulto durante el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski. La finalidad de esta posición es, sin lugar a duda, anular cualquier posible investigación y decisión de los órganos responsables de la persecución penal, los cuales, en la actualidad, tienen un proceso abierto en la fase de juicio oral por la posible comisión de los delitos de cohecho y tráfico de influencias agravado.

10. La Corte IDH estableció estándares que debían ser respetados y atenderse: "... resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares". Pese a ello, **la sentencia de los 3 magistrados del TC no ha mencionado en absoluto como así en este caso del habeas corpus de Alberto Fujimori se estarían cumpliendo o no los estándares establecidos por la Corte IDH.**

11. En el fundamento 23 de la sentencia de los 3 magistrados del TC se sostiene que las tres resoluciones judiciales penales están viciadas de incompetencia. Al respecto, **más allá de que los 3 magistrados del TC nunca leyeron esas resoluciones judiciales penales, utilizan un argumento que carece de relevancia.** Conforme a nuestra normatividad, los jueces penales son competentes para supervisar la ejecución de una sentencia penal, así como para resolver las solicitudes de las partes.

Cabe recordar que ningún indulto anula una sentencia penal y que todo órgano jurisdiccional en el Perú es competente para aplicar el control de convencionalidad. Es más, **en el propio modelo norteamericano, del que algunos hacen alarde en conocer, la Corte Suprema Federal se ha preocupado en precisar que el procedimiento para el otorgamiento de indultos debe sujetarse a la cláusula del debido proceso, por lo que, por ejemplo, la intervención judicial puede justificarse si es que su concesión se realiza "lanzando una moneda al aire"** (sentencia *Ohio Adult Parole Authority v. Woodard*)

12. En los fundamentos 23 y 26 de la sentencia de los 3 magistrados se menciona que las resoluciones judiciales penales que están anulando contienen "argumentos que se sustentan en presunciones subjetivas sobre irregularidades que no resultan tales" o sobre "presunciones no probadas".

Es increíble que los 3 magistrados del TC critiquen eso y, sin haber leído si quiera las resoluciones judiciales penales, sustenten un fallo en sus "propias presunciones subjetivas o no probadas".

8. Dada la amplitud de los argumentos que he desarrollado para justificar mi voto en contra de la mayoría del Tribunal Constitucional, voy a mostrar una lista de contenidos que nos puede ayudar a orientarnos mejor en la lectura de este voto singular:

Contenido del voto singular:

- I. Memoria, justicia, moral y Derecho.
- II. Razones por las que la sentencia en este proceso viola objetivamente estándares de la Corte IDH y en especial la Resolución de Supervisión de fecha 30 de mayo de 2018, recaída en el Caso Barrios Altos y La Cantuta.

- III. La improcedencia del otorgamiento de indultos en el caso de violaciones graves de derechos humanos
 - A) El indulto, en un Estado Constitucional, es una atribución que debe ser ejercida de forma excepcional
 - B) El otorgamiento de indultos en el caso de graves violaciones de derechos humanos se encuentra manifiestamente proscrito por el derecho internacional
 - C) La excepcionalidad en el otorgamiento de indultos justifica el control judicial por parte de los órganos competentes.
- IV. Irregularidades en la tramitación del habeas corpus de Alberto Fujimori Fujimori
 - D) Antecedentes del otorgamiento del indulto: los pedidos de vacancia presidencial
 - E) Las irregularidades en el otorgamiento del indulto por parte del ex Presidente Pedro Pablo Kuczynski
 - F) La anulación del indulto por parte del Poder Judicial y el inicio del proceso de habeas corpus relacionado con este caso
 - G) Las irregularidades en la tramitación de esta demanda de Alberto Fujimori Fujimori en el Tribunal Constitucional
- V) La decisión de la mayoría no cumple con estándares mínimos de motivación y pretende eliminar cualquier investigación relativa al otorgamiento del indulto a Alberto Fujimori Fujimori.
 - H) La competencia de las autoridades que resolvieron el incidente sobre el control de convencionalidad
 - I) La correcta interpretación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - J) La existencia de un bloque normativo que obliga a NO otorgar indultos en casos como los del beneficiario
 - K) La ponencia pretende suprimir cualquier cuestionamiento sobre el trámite irregular del indulto, sin que esta sea competencia de la justicia constitucional.

VI. Conclusiones

I. Memoria, justicia, moral y Derecho.

9. Es preciso comenzar esta parte del voto singular haciendo memoria. Sí, memoria; ese elemento que, a diferencia del odio y el olvido, es un insumo determinante para el verdadero perdón y la pacificación social.
10. En ese sentido, es preciso recordar la razón principal por la que el ex presidente Alberto Fujimori, por quien no guardo absolutamente ninguna animadversión personal, fue condenado a 25 años de pena privativa de libertad.
11. La noche del 3 de noviembre de 1991, 15 personas, entre ellas un niño de 8 años, fueron asesinadas en Barrios Altos, Cercado de Lima. Un grupo paramilitar ingresó en el inmueble; no hubo preguntas, no hubo incriminaciones; redujo a quienes se encontraban dentro y con el objetivo de causarles la muerte, disparó sus armas automáticas durante más de 2 minutos. Culminaron con su propósito, y con el mismo desprecio por el valor de la vida humana con el que ingresaron, se fueron.
12. El 18 de julio de 1992, el mismo grupo paramilitar ingreso a la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta). Secuestraron a 9 alumnos y un profesor. Los torturaron, asesinaron y enterraron en una fosa común. Posteriormente, en ánimo de ocultar los execrables delitos, exhumaron los cuerpos, los incineraron y enterraron en otra ubicación. Información circunstancial, permitió hallar los restos que confirmaron los actos de tortura y la ejecución extrajudicial con una bala en la nuca a cada uno.
13. Ese grupo paramilitar se llamaba Grupo Colina, y fue creado con conocimiento y aquiescencia del ex presidente Fujimori. Quien no quiere dejarse persuadir por los más de 800 fundamentos de la sentencia que así lo demuestran y que por ello lo condenó como autor mediato de estos asesinatos, en realidad, solo tiene que recordar concretos eventos y apelar al sentido común para advertirlo.
14. Si un tribunal militar y no un tribunal ordinario procesó originalmente a los asesinos, fue porque una ley del Congreso de la República de entonces lo permitió. Y si menos de 2 años después de ese remedo de juicio condenatorio que se produjo en el fuero militar, los asesinos estaban de nuevo en la calle burlándose del sentido más elemental de justicia, fue porque dos leyes de amnistía de ese mismo Congreso lo

- permitieron. Sí, ese mismo Congreso cuya mayoría, tal como demostraron diversos videos que se hicieron públicos a comienzos de este milenio, no daba un solo paso político sin conocimiento del Servicio Nacional de Inteligencia manejado por Fujimori, esa entidad tenebrosa en cuyas instalaciones tantas noches pernoctó.
15. Así, Fujimori, el Congreso de la República y el fuero militar, a vista y paciencia de una Corte Suprema frágil, con impúdico desprecio por la memoria de los muertos o el dolor de sus familias, actuaron sistemáticamente para que todos los delitos del Grupo Colina quedaran impunes.
 16. Por cierto, así lo dejó en claro el propio Tribunal Constitucional en la sentencia que desestimó el hábeas corpus presentado por el líder de los asesinos, Santiago Martín Rivas: ‘(...) existen evidencias [para concluir] que el proceso penal iniciado en el ámbito de la jurisdicción militar tuvo el propósito de evitar que el recurrente respondiese por los actos que se le imputan. Esas circunstancias se relacionan con la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad (...) de los actos cometidos por los miembros del Grupo Colina (...). [El Tribunal Constitucional] considera que ello demuestra palmariamente que sí hubo ausencia de una voluntad estatal destinada a investigar y sancionar con penas adecuadas a la gravedad de los delitos cometidos por los responsables de los hechos conocidos como ‘Barrios Altos’”¹⁰⁹.
 17. A la luz de ello, que estos actos constituyeron crímenes de lesa humanidad, es algo que no presenta atisbo de duda para quien conozca mínimamente las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e incluso la propia jurisprudencia de este Tribunal¹¹⁰; el mismo que ahora, paradójicamente, dicta la vergonzosa sentencia que me obliga a emitir este voto singular.

109 Cfr. STC 4587-2004-PHC, FF. JJ. 81 b., 82 y 83.

110 “...un acto constituye un crimen de lesa humanidad: a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil. Siendo que estas condiciones deben presentarse copulativamente” (STC 0024-2010-PI, F. J. 49)

18. Cuando se suscitaron los hechos, dada su condición de Presidente de la República, Alberto Fujimori tenía el poder y el dominio para promover *in suo ordine* la búsqueda de verdad. Pero no lo hizo. Y no lo hizo no porque haya tenido intención de mantenerse inerte, sino porque, peor aún, decidió utilizar su poder para ser un actor fundamental en la promoción de lo contrario. Fujimori conoció, consintió y promovió la impunidad de los crímenes de lesa humanidad perpetrados por el Grupo Colina. Ese es un hecho objetivo e incuestionable.
19. Por ello, la sentencia del 7 de abril de 2009, luego confirmada, que lo condenó como autor mediano de estos crímenes, fue el emblema de un mensaje que pretendía quedar imperecedero en la mente de los peruanos y peruanas: el desprecio ostensible por la dignidad y la vida de la persona humana, no debe quedar impune en la historia de los pueblos. La sentencia reivindicaba esta proclama, cuya vigencia hoy se encuentra en peligro.
20. La jurisprudencia de la Corte IDH, es clara en señalar que en los casos de graves violaciones a los derechos humanos y, en particular, en los casos de comisión de crímenes contra la humanidad, los Estados deben garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos surta sus debidos efectos, motivo por el cual, entre otras cosas, **deben abstenerse de recurrir a figuras que pretendan “suprimir los efectos de la sentencia condenatoria”¹¹¹**.
21. Aún más precisa ha sido la Corte IDH en el Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia (Sentencia del 12 de septiembre de 2005), al señalar que, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, “el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, **el indulto**, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de

111 Cfr. Caso Molina Theissen vs. Guatemala, Sentencia del 3 de julio de 2004, Reparaciones y Costas, párrafo 83; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia del 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 263; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia del 8 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 232; Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 259; Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 2004, Reparaciones, párrafo 99; Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia del 1 de marzo de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 172; Caso Huilca Tecse vs. Perú, Sentencia del 3 de marzo de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 108. Énfasis agregado.

responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria”¹¹².

22. El mismo Tribunal Constitucional tiene establecido que el indulto tiene un peso axiológicamente tan leve en el sistema constitucional, que no solo no es posible concederlo de manera inmotivada, sino que “dicha motivación debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en [diversos] valores *iusfundamentales*”, razón por la cual, “mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta ‘perdonada’, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto”¹¹³.
23. Es por ello que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se asume que el indulto sea una medida razonable para enervar los efectos de una condena por crímenes de lesa humanidad, y fue por ello, por cierto, que le fue denegada a Fujimori una primera solicitud de indulto solicitada en el año 2013.
24. Pero llegó el 11 de diciembre de 2017 y el ex presidente, extrañamente, volvió a solicitarlo. ¿Por qué?
25. Solo unos días antes llegó a la comisión del Congreso que investigaba el caso Lava Jato unos documentos remitidos por la cuestionada empresa brasileña Odebrecht que mostraban que esta había realizado pagos a una empresa de propiedad del entonces presidente de la República Pedro Pablo Kuczynski. En mérito a ello, el 15 de diciembre, es decir, solo 4 días después de que se presentara la solicitud de indulto, el Congreso, que entonces estaba absolutamente controlado por el partido Fuerza Popular (tenía 73 congresistas), con 93 votos a favor, 17 en contra y cero abstenciones, admitió la moción de vacancia en contra de Kuczynski. Todo hacía indicar que la declaración de vacancia, que requiere de 87 votos para aprobarse, era inminente.
26. No obstante, el 21 de diciembre, la vacancia fue rechazada. 79 congresistas votaron a favor de ella, 19 en contra y 21 abstenciones. Sorprendentemente, entre quienes se abstuvieron, aparecían 10

112 Cfr. párrafo 97. Resaltado agregado

113 Cfr. STC 0012-2010-PI, FF. JJ. 44 – 45.

congresistas de Fuerza Popular liderados por el hijo de Alberto Fujimori, Kenyi Fujimori. Es decir, si ellos, como hubiese resultado políticamente, previsible, hubieran votado a favor, el ex presidente Kuczynski hubiera sido vacado del cargo.

27. Solo 3 días después, el 24 de diciembre, Kuczynski le concedió a Fujimori el indulto.
28. En la actualidad hay una acusación fiscal y un juicio oral abierto contra Kenyi Fujimori, los ex congresistas Bienvenido Ramírez y Guillermo Bocangel, por los delitos de cohecho activo genérico propio y tráfico de influencias agravado. Se les imputa haber ofrecido obras públicas a otros legisladores a cambio de que no votaran por la vacancia del ex presidente. Debe recordarse que por aquel entonces la propia hermana de Kenyi Fujimori, Keiko, promovió la difusión de un material audiovisual que implica a su hermano en estos hechos.
29. Por su parte, el 9 de setiembre del 2021, la fiscal de la Nación, Zoraida Ávalos, denunció al ex presidente Kuczynski por la comisión del delito de cohecho pasivo propio y tráfico de influencias, por considerar que negoció con Kenji Fujimori la compra de votos a cambio de que no se vote a favor de la vacancia presidencial. La acusación incluye a los ex ministros de Justicia y Derechos Humanos, Enrique Mendoza, y de Salud, Fernando D'Alessio. A su vez, este expediente fue trasladado a la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios para que proceda contra Alberto Fujimori, los miembros de la Comisión de Gracias Presidenciales y de la Junta Médica, que participaron en la concesión del indulto.
30. Así las cosas, lejos de tratarse de una “presunción subjetiva” (tal como se sostiene en la sentencia dictada en este proceso), es altísimamente verosímil, por no decir un hecho cuasi objetivo, que el indulto concedido a Alberto Fujimori, a través de la Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS, no solo es el resultado de una componenda profundamente inmoral que degrada el ejercicio de la política a niveles nunca vistos, sino de la comisión de una suma de graves delitos.
31. A ello se suman las llamativas irregularidades que se presentaron en el aceleradísimo procedimiento (solo duró 13 días, algo absolutamente inédito) que se llevó ante la Comisión de Gracias Presidenciales, tales como que el médico del propio recluso haya formado parte de la entidad pública especializada en salud, a saber, de la Junta Médica, cosa que, para no perder el elemental sentido de objetividad

con el que debe pronunciar su diagnóstico, jamás había ocurrido; la variación del acta de la Junta Médica en solo 48 horas para incorporar una nueva en la que el cuadro médico del interno, supuestamente, se había agravado; o el hecho de que jamás los miembros de la Comisión de apersonaron en el establecimiento penitenciario para constatar el estado de salud del interno o las condiciones carcelarias.

32. Y, por supuesto, está la misma resolución administrativa de indulto, cuya minúscula motivación se limita a señalar un cuadro médico que nunca antes había justificado la concesión de un indulto humanitario en el Perú, sin determinar cómo así dicho cuadro se condice con una enfermedad “avanzada, progresiva, degenerativa e incurable”, tal como exige el Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales. Tampoco se señala cómo así las condiciones carcelarias podían agravar su situación médica, tal como también exige el Reglamento. A lo que corresponde agregar que la resolución no incluye una letra sobre cómo el acto de indultar en este caso resultaba proporcional y razonable a la luz de los gravísimos crímenes por lo que había sido condenado Fujimori, elemento de motivación que, tal como había sostenido el propio Tribunal Constitucional en la STC 0012-2010-PI, antes citada, resultaba constitucionalmente obligatorio.
33. Es este acto administrativo, inconstitucional y producto de hechos muy verosímilmente delictivos, el que ha sido revivido en sus efectos por la sentencia dictada por la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional, la cual no dudo que será calificada como uno de los eventos de más triste y vergonzoso recuerdo en la historia de este Tribunal. Como ya lo señalé en el Pleno del Tribunal cuando se debatía esta causa, se está reviviendo un acto administrativo obtenido a través de conductas delictivas, cuya responsabilidad penal de los funcionarios involucrados en ella, está siendo en estos momentos materia de un proceso penal, contra la administración de justicia, en la modalidad de cohecho.
34. Ese no es el objetivo de la justicia constitucional, ni es el tipo de razonamiento que debe caracterizar al perfil de un juez constitucional. La naturaleza de la jurisdicción constitucional está íntimamente vinculada con los valores, porque son ellos los que dotan de sentido ético a la Constitución. Por ello, una sentencia constitucional que pretenda dotar de manto de legitimidad a la impunidad, de blindar como constitucional, un acto administrativo producido por actos delictivos, debe merecer el más firme repudio por parte de nuestra sociedad.

35. El razonamiento de un juez o jueza constitucional debe estar caracterizado por ser el puente de encuentro entre el Derecho y los valores. Cuando a través de su argumentación, desatendiendo al más elemental sentido de moralidad, el juez constitucional asume un entendimiento del Derecho al punto de que ya solo por su forma puede ser llamado tal, abdica al honor de su cargo; pasa a ser juez o jueza ya solo nominalmente por haber traicionado la esencia de la noble función que estaba llamado a cumplir.
36. No puedo negar que, por más de que haya votado en contra de esta sentencia, me embarga la tristeza y la frustración por formar parte de un Colegiado cuya mayoría (normativa, no real) ha expedido la sentencia de este proceso. Empero, hago un esfuerzo por convertir esa impotencia en la esperanza de que ella será en su momento revertida, y de que la ciudadanía sabrá hallar en sus líneas un palmario ejemplo de lo ético y jurídicamente indebido. Y es que también de los actos de ofensa pública y de su desaprobación colectiva, se pueden sacar lecciones para el futuro.

II. Razones por las que la sentencia en este proceso viola objetivamente estándares de la Corte IDH y en especial la Resolución de Supervisión de fecha 30 de mayo de 2018, recaída en el Caso Barrios Altos y La Cantuta.

37. Todos los elementos de juicio que han sido referidos y que permiten sostener la invalidez jurídica de la resolución administrativa de indulto, han pretendido ser minimizados y desvirtuados por la sentencia de esta causa.
38. En efecto, dado que, en parte, en ellos se basaron las resoluciones judiciales que declararon la nulidad del írrito indulto concedido, en la sentencia se sostiene que tales resoluciones “cuentan con una motivación aparente (...) al contener una motivación subjetiva, basada en irregularidades y presunciones no probadas, alejándose su argumentación de los parámetros constitucionales y convencionales pertinentes” (sic).
39. Así, de acuerdo con la sentencia dictada por la episódica mayoría de magistrados de este Tribunal, las resoluciones cuestionadas se alejarían de los “parámetros convencionales”. Esto es, por decirlo eufemísticamente, llamativo, pues cuando la Corte IDH tuvo ocasión de analizar la resolución administrativa de indulto, dio mérito a los

cuestionamientos formulados contra la validez del indulto, los cuales son justamente a los que apelan las resoluciones judiciales para declararlo nulo.

40. En efecto, en la Resolución de Supervisión de fecha 30 de mayo de 2018, recaída en el Caso Barrios Altos y La Cantuta, se afirma lo siguiente:

“... esta Corte identifica que existen **serios cuestionamientos** relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano para otorgar dicho ‘indulto por razones humanitarias’. A continuación, el Tribunal hace constar dichos cuestionamientos, **los cuales corresponde que sean analizados por las autoridades jurisdiccionales nacionales competentes (...)**:

- a) la objetividad de la Junta Médica Penitenciaria que evaluó a Alberto Fujimori ha sido cuestionada, en tanto uno de sus médicos integrantes lo había atendido con anterioridad en el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas. Los representantes afirmaron durante la audiencia y no fue objetado por el Estado, que por esa misma razón la “comisión que evaluaba los indultos en [el 2013] rechazó su participación”, en ese momento, en conformar una Junta Médica que evaluara a Alberto Fujimori, ya que el mismo no iba a tener la “imparcialidad y objetividad” requerida;
- b) existen diferencias sustanciales entre el acta de la Junta Médica Penitenciaria del 17 de diciembre de 2017 y una segunda acta denominada ‘acta ampliatoria’ suscrita dos días después. Entre esas dos fechas, el 18 de diciembre, se presentó a la Comisión de Gracias Presidenciales la solicitud respectiva de Alberto Fujimori y su expediente;
- c) pese a que el Tribunal Constitucional ha establecido que ‘mientras mayor gravedad y desprecio por la dignidad humana tenga la conducta perdonada, mayor deberá ser la carga argumentativa’ de la concesión de una gracia presidencial (...), a pesar de tratarse de delitos de lesa humanidad, ni la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS ni las actas médicas explican cuál o cuáles de las enfermedades señaladas constituyen ‘enfermedades no terminales graves, que se encuentran en etapa avanzada progresiva, degenerativa e incurable’.

Aun cuando en la audiencia pública de supervisión y en los escritos presentados por el Estado ante esta Corte, los agentes del Estado señalaron que la enfermedad ‘más grave [que padece Alberto Fujimori] es la fibrilación auricular paroxística’ y no ‘la enfermedad cancerígena’, esa explicación no se encuentra en la decisión que otorgó el indulto;

- d) en relación con el mencionado deber de motivación (...), ni la referida Resolución Suprema N° 281-2017-JUS ni el ‘Informe de Condiciones Carcelarias del Establecimiento Penitenciario de Barbadillo’ presentan mayor motivación respecto de cómo las condiciones carcelarias pueden colocar en grave riesgo la vida, salud e integridad de Alberto Fujimori. Por ejemplo, aun cuando requiere de atención médica, no consta que haya tenido incidente o inconveniente alguno en las diez ocasiones en las cuales, en los últimos once años salió del Establecimiento Penitenciario Barbadillo para que le realizaran revisiones, asistiera a consultas o exámenes médicos, o bien se sometiera a intervenciones quirúrgicas, según se encuentra documentado en el expediente que sustenta el indulto. Asimismo, ante esta Corte el Estado afirmó que la ‘fibrilación auricular paroxística’ podría tener ‘complicaciones’ que podrían ocasionar a Alberto Fujimori una ‘fibrilación ventricular’ que puede ‘conllevar la muerte súbita’, de manera que dicha condición requiere que deba ‘ser atendido en un plazo no mayor a cinco minutos’. La Corte constata que dicho argumento no solo no fue plasmado en la referida Resolución Suprema ni en el mencionado Informe de Condiciones Carcelarias, sino que tampoco se brinda una explicación respecto de cómo, bajo dicho supuesto de contar con escaso tiempo para recibir atención médica, se reduce el riesgo a la vida de Alberto Fujimori por residir en una casa de habitación;
- e) la referida Resolución Suprema también carece de motivación respecto de mencionar que los hechos por los cuales Alberto Fujimori fue condenado y se emitió el indulto eran graves violaciones de derechos humanos, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte (...), así como crímenes de lesa humanidad, según la calificación brindada por los tribunales penales internos (...). Al respecto, los representantes

señalaron durante la audiencia pública que ‘el Tribunal Constitucional peruano ha dicho [que] entre mayor gravedad y despecho a la dignidad humana tenga la conducta perdonada, mayor deberá ser la carga argumentativa’ del otorgamiento de la gracia presidencial (...), y

- f) la solicitud del indulto y su posterior otorgamiento se dieron en medio de un contexto de crisis política generada en diciembre de 2017 cuando se inició un proceso de vacancia contra el entonces Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski Godard, por motivos de alegados actos de corrupción. La moción de vacancia presidencial fue votada el 21 de diciembre de ese mismo año sin alcanzar la mayoría requerida para su aprobación. Tres días después, el entonces Presidente emitió la Resolución Suprema que concedió el indulto y el derecho de gracia a Alberto Fujimori (...). Posteriormente, en marzo de 2018, se presentó ante el Congreso de la República una segunda moción de vacancia contra el entonces Presidente Kuczynski. Días previos a la votación de la referida segunda moción, un congresista ‘presentó videos que fueron difundidos a través de los medios de comunicación, los cuales contienen reuniones sostenidas por congresistas de la República, entre ellos [el congresista que presentó los videos], Kenji Fujimori y otros, en los cuales sostienen conversaciones sobre la votación del [... referido] congresista para la segunda moción de vacancia’. Según informó el Estado, a raíz de los referidos videos se presentó una denuncia ante la Fiscalía de la Nación, ya que, según indica la referida denuncia, los mismos ‘presumiblemente evidenciarían un intento de compra de votos, con la finalidad de evitar la vacancia presidencial’ (...). El 28 de marzo de 2018 la Fiscalía de la Nación “inici[ó] una investigación preliminar” contra tres Congresistas y un Ministro de Estado”¹¹⁴.

41. De esta manera, estos cuestionamientos calificados como “serios” por la Corte, algunos de los cuales se fundaban en sendas y sólidamente argumentadas sentencias del Tribunal Constitucional, y cuyo análisis se exige a los órganos jurisdiccionales internos, fueron

114 Cfr. Considerando 69. Énfasis agregado. Se han omitido las citas.

justamente los que, en parte, llevaron a la Corte Suprema a anular el indulto. Sin embargo, resulta que ahora el Tribunal Constitucional no solo no los considera serios, sino que los califica como llanas “subjetividades” basadas en “irregularidades y presunciones no probadas”. Sencillamente, -y lo digo con respeto, pero también con firmeza- esto constituye una burla hacia la memoria de los fallecidos, la dignidad de sus familias y la conciencia moral del país.

42. Pero, adicionalmente a ello, la Corte IDH estableció estándares que debían ser respetados y atenderse. Así, por ejemplo, en la referida Resolución de Supervisión, se establece que, “[p]or tratarse de graves violaciones a los derechos humanos y tomando en cuenta el desarrollo del Derecho Penal Internacional (...), resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y **se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares**”¹¹⁵.
43. Asimismo, refirió que “corresponderá a las autoridades nacionales analizar si el ordenamiento jurídico peruano prevé otras medidas que, sin implicar un perdón de la pena por el Ejecutivo, permitan proteger la vida e integridad de Alberto Fujimori, condenado por graves violaciones a los derechos humanos, en caso de que realmente su situación de salud y condiciones de detención pongan en peligro su vida. **Se debe ponderar cuál es la medida más acorde al respeto al principio de proporcionalidad y al derecho de acceso a la justicia de las víctimas**”¹¹⁶; agregando que “[e]n casos de graves violaciones de derechos humanos dicha medida o figura jurídica debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la justicia de las víctimas (...) y debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante. Esto no significa que la figura jurídica o medida que tenga que adoptar el Estado sea necesariamente una que ponga en libertad al condenado y, mucho menos, que

115 Cfr. Considerando 56. Énfasis agregado.

116 Cfr. Considerando 58. Énfasis agregado.

implique la extinción de la pena. Corresponde determinar primeramente (...) si habría una medida que permita una atención médica efectiva (por ejemplo, asegurar que el condenado, de forma efectiva y pronta, pueda acudir a las citas o procedimientos médicos correspondientes y medidas y protocolos que permitan una atención médica de urgencia) (...) o si resulta necesario aplicar una institución jurídica apropiada que modifique la pena o permita una libertad anticipada”¹¹⁷.

44. Como es evidente, dada su magra argumentación, la sentencia de esta causa, no ha mencionado en absoluto como así en este caso se estarían cumpliendo o no los estándares establecidos por la Corte IDH. Sencillamente, no ha tenido en cuenta ni los criterios convencionales ni los serios cuestionamientos trazados por el alto fuero supranacional, y, así, ha revivido un indulto rodeado de ostentosas máculas jurídicas y éticas.
45. En ese sentido, basta someter la sentencia de esta causa a un somero control de convencionalidad para advertir su honda invalidez. No resulta nada difícil, pues, vaticinar cuál será la posición que próximamente adopte la Corte IDH en relación con ella.

III. La improcedencia del otorgamiento de indultos en el caso de violaciones graves de derechos humanos

46. Los indultos, en un Estado Constitucional, deben ser otorgados de forma excepcional, ya que su concesión implica una grosera interferencia en la valoración de los tribunales de justicia que identificaron a una persona como la responsable de la comisión de hechos delictivos. Cuando un gobierno emplea esta atribución excepcional en el caso de graves violaciones sobre derechos humanos, ello no solo afecta a las personas directamente perjudicadas por el proceder ilícito del responsable de los delitos, sino que esto se constituye como una seria afrenta a los estándares internacionales que han sido implementados y reconocidos por el Estado peruano.
47. En este apartado, precisaré lo siguiente: **A)** el indulto, en un Estado Constitucional, es una atribución que debe ser ejercida de forma excepcional; **B)** el otorgamiento de indultos en el caso de graves

117 Cfr. Considerando 53. Énfasis agregado.

violaciones de derechos humanos se encuentra manifiestamente proscrito por el derecho internacional; y **C)** la excepcionalidad en el otorgamiento de indultos justifica el control judicial por parte de los órganos competentes.

A) *El indulto, en un Estado Constitucional, es una atribución que debe ser ejercida de forma excepcional*

48. Resulta preocupante que, en la sentencia de la mayoría del Tribunal Constitucional se efectúen referencias ligeras a la posibilidad de otorgar indultos en el caso de personas que han sido condenadas por la realización de delitos que han supuesto una grosera vulneración de diversos derechos y bienes jurídicos tutelados por la Constitución y los principales tratados sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Es por ello que, en primer lugar, resulta necesario explicar las razones por las cuales, de forma contraria a lo expresado en la posición de la mayoría, el otorgamiento de indultos debe ser efectuado en situaciones excepcionales, ya que ello permitirá advertir la gravedad de los parámetros establecidos a propósito de este caso.
49. La figura del indulto, tanto en regímenes monárquicos como republicanos, es de antigua data. Por lo general, era asociada con facultades divinas que difícilmente tienen cabida en el marco de las democracias contemporáneas. Al respecto, se ha señalado que, en líneas generales, este tipo de gracias eran un atributo de la divinidad, ya que la teología la entendía como una suerte de medio que empleaban los monarcas para equilibrar la justicia. No sorprende, por ello, que esta suerte de halo divino haya sido trasladado al rey, y ello porque se estimaba que representaba a Dios en la tierra, por lo que su otorgamiento terminaba convirtiéndose en un instrumento arbitrario en manos de los príncipes con tendencias absolutistas¹¹⁸. Sobre esto, Tomas-Ramón Fernández señala que

[e]l indulto es una prerrogativa del Gobierno, una más de las muchas de las que siglos atrás disfrutó el Príncipe, tan libre en su ejercicio como la de otorgar portazgos, peajes de todo tipo, monopolios comerciales o cualesquiera otras regalías a los súbditos

118 *cfr.* Herrero, Irene (2012). Antecedentes históricos del indulto. En: Revista de Derecho UNED, Núm.10, pp. 686 y 687

a los que quería favorecer. En todos esos casos, el Príncipe ejercitaba una *potestas extraordinaria* o *ab (lege) soluta* sobre la cual no cabía disputa alguna, a diferencia de la *potestas ordinaria o regulata*, regida por las leyes del Reino, que el Príncipe había jurado respetar¹¹⁹.

50. De este modo, el indulto era ejercido de una forma ciertamente peculiar, ya que se empleaba con notoria discrecionalidad por parte de la autoridad encargada. Por ejemplo, recuerda Alfonso Ruiz Miguel que existían hace siglos indultos de carácter festivo o conmemorativo, los cuales se vinculaban a alguna suerte de “alegría” del rey o del señor respectivo, como podía ocurrir con el nacimiento de su hijo, o por alguna victoria que haya tenido sobre sus enemigos, o también por reverencia a Jesucristo. Agrega este autor que se empleaba esta institución en otros escenarios similares, como la celebración de la Semana Santa o la posibilidad de liberar al condenado a muerte que, en su camino al cadalso, se cruzaba con una virgen vestal¹²⁰.
51. El otorgamiento de este tipo de gracias se consolida a la vez que aumenta el poder de las autoridades, y es por ello que instituciones como el indulto encontraron, en la historia de la humanidad, justificación en la época de las monarquías absolutistas, en las que el poder de brindar esta clase de gracias formaba parte del derecho a impartir justicia por el rey, titular de la soberanía, “lo cual ocurría en el seno de un sistema judicial arbitrario y en el contexto de una generalizada corrupción institucional”¹²¹. En todo caso, es llamativo que incluso los denominados “Estados absolutistas” también debían observar ciertos límites. Por ejemplo, se suele decir que los monarcas absolutistas estaban impedidos de cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono y de alinear los bienes que forman parte de la hacienda pública, a lo que se puede agregar el límite consistente en la necesidad de observar los derechos radicados en los bienes y en las personas¹²².

119 Fernández, Tomás-Ramón (2014). Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto. En: Revista de Administración Pública, Núm. 194, p. 220.

120 Ruiz Miguel, Alfonso (2018). Gracia y Justicia: soberanía y excepcionalidad. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 113, p. 20.

121 Santana, Dulce (2016). Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción). En: Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 108, p. 53.

122 Fioravanti, Maurizio (2011). Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, p. 75.

52. Los límites que deben observar los poderes públicos se identificaron con mayor intensidad luego de las revoluciones atlánticas del siglo XVIII, y se fueron consolidando durante los siglos XIX y XX. Esta evolución obedece al hecho que la sociedad liberal ingresará a contraponer ciertos valores frente a las monarquías absolutistas: “frente a la concentración de poder en manos del monarca, el principio de separación de poderes; frente al poder divino de los reyes, el principio humano de la representación; frente al yugo de la arbitrariedad, el principio de gobierno de la ley (*rule of law*), frente al privilegio, el principio de igualdad ante la ley”¹²³. La imposición de límites que deben ser observados por los poderes públicos cuenta con un hito fundamental, el cual fue la finalización de la Segunda Guerra Mundial, episodio histórico que terminó por demostrar la necesidad que la comunidad internacional fiscalice el comportamiento de los Estados. Es por ello que, en el caso de las democracias actuales, la facultad de otorgar indultos también se ha visto necesariamente afectada por esta reducción de los poderes de las autoridades públicas, las cuales ya no gozan de una discrecionalidad absoluta.
53. De esta manera, aunque el uso de la institución del indulto tiene raíces profundamente históricas, ese solo hecho no podría justificar, en los modernos Estados Constitucionales, un uso recurrente o indiscriminado de ella. De hecho, así como es posible de notar que los reyes o señores efectuaban un uso abiertamente discrecional del indulto, también es posible advertir que, en algunos sectores, existieron legítimas preocupaciones por la forma de cómo se ejercía esta atribución. En efecto, las inquietudes en relación con los alcances del ejercicio de esta atribución -y de, eventualmente, un ejercicio arbitrario de ella- no son recientes, y se pueden notar en las épocas en las que las corrientes liberales pretendían imponerse sobre las absolutistas. No sorprende, por ello, que en los debates que culminaron en la aprobación de la Constitución de Cádiz de 1812 ya se pudieran destacar algunas reflexiones sobre este punto. Al respecto, Requejo Pagés ha señalado que “[l]a primera preocupación de las Cortes fue la de poner coto al tradicional abuso en el ejercicio de la gracia, institución en la que para Argüelles «hay más de costumbre que de ley». Nadie dudó de la conveniencia de conservar el instituto; tampoco de que su

123 Blanco Valdés, Roberto (2010). La construcción de la libertad. Madrid: Alianza Editorial, p. 41.

ejercicio debería contarse entre las facultades del Rey. Pero sí son de advertir algunas matizaciones de extraordinaria lucidez¹²⁴.

54. De similar forma, el constitucionalismo estadounidense deslindó claramente de las prácticas inglesas en relación con el poder del Rey de otorgar indultos. De esta manera, los *framers*¹²⁵ eran conscientes que, si en el derecho inglés el poder de perdonar del Rey era ilimitado, esto no ocurría en el caso del Presidente de los Estados Unidos, ya que un ejercicio tan amplio y discrecional no podría ser admitido en una democracia. Por lo general, en el ámbito inglés, pensadores como Blackstone justificaban su concesión en la idea de que el Rey actuaba en una suerte de esfera superior, por lo que su eje central de evaluación era la misericordia. Los *framers*, por el contrario, dieron sustento al indulto presidencial en virtud de criterios relacionados con el bienestar público. Por ello era que los Padres Fundadores consideraban que, si el Presidente otorgaba indultos fuera de esta clase de escenarios, los controles republicanos lo frenarían¹²⁶.
55. Evidentemente, toda esta evolución demuestra una amplia transformación de la lectura que, en la actualidad, pueda válidamente realizarse en relación con el indulto, institución que debe ser entendida desde el marco constitucional contemporáneo. Como bien refiere Enrique Linde, refiriéndose al caso español, “al margen del origen histórico del indulto, éste ahora debe leerse y encontrar sentido en nuestra Constitución que consagra una concepción pluralista y abierta, alejada de cualesquiera pensamiento único o unificador, contraria a la creencia de que las leyes puedan sintetizar la verdad o la justicia [...]”¹²⁷.
56. **Una característica central de la superación de estos esquemas absolutistas -con una notoria prevalencia del monarca- radica en el hecho que, aunque ciertamente la administración sigue gozando de importantes márgenes de discrecionalidad, ella ya no**

124 Requejo Pagés, Juan (2001). Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español. En: Revista Historia Constitucional, Núm. 2, p. 85.

125 Se les denomina así a los Padres Fundadores de la independencia de los Estados Unidos.

126 La información que se ha citado de la experiencia estadounidense ha sido extraída de: Note (2021): The President’s conditional pardon power. En: Harvard Law Review, Vol. 134, pp. 2846 y 2847.

127 Linde, Enrique (2000). El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias. En: Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 5, p. 162.

puede ser ejercida al margen de los derechos de la persona. En efecto, en los Estados Constitucionales contemporáneos se destaca la idea que los derechos de la persona ya no operan solo como límites negativos o como deberes de respeto en relación con los poderes públicos, “sino como exigencias de desarrollo y concreción de éstos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar”¹²⁸. La concesión de indultos tiene una incidencia importante en el cumplimiento total de la pena, y, si bien puede ser concedido para motivos legítimos, lo cierto es que también puede ser empleado para pretender sustraer a una persona de la ejecución de una sentencia condenatoria. Esto también puede suponer una afectación de los derechos de los familiares de las personas afectadas por un evento delictivo. Es así que, el Tribunal Constitucional ha señalado con anterioridad -mediante un criterio abiertamente ignorado por la mayoría de mis colegas en este caso- que

el ejercicio de estas atribuciones conlleva la limitación de determinados valores constitucionales. En efecto, en primer lugar, dicho ejercicio incide negativamente sobre la relación de proporcionalidad que debe existir entre el *quantum* de la pena y el grado de dañosidad que la conducta típica generó sobre un determinado bien constitucional, lo cual alcanza mayor relieve si dicho bien protegido por el Derecho penal (tal como sucede con el mayor ámbito normativo de éste) es directamente un derecho fundamental¹²⁹.

57. Existen ocasiones en las que la aprobación de figuras como la amnistía, el indulto o figuras eximentes de responsabilidad penal se han aprobado para evitar la persecución de personas involucradas en la comisión de graves violaciones de derechos humanos, y esto supone un notorio incumplimiento de las obligaciones que, desde la costumbre internacional, ya han asumido los Estados de evitar la impunidad en esta clase de casos. De este modo, una interpretación sistemática de nuestra norma fundamental obliga a considerar que el otorgamiento de indultos no puede ser efectuado ignorando los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano ni otros derechos o bienes constitucionales de especial relevancia.

128 Aguiló, Josep (2004). La Constitución del Estado Constitucional. Lima: Palestra Editores, p. 57.

129 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0012-2010-PI, fundamento 35.

58. De hecho, en nuestro ordenamiento existen múltiples ejemplos en los que se han establecido restricciones para el acceso a esta clase de figuras y que han sido validados por el propio Tribunal Constitucional. Por ejemplo, mediante Ley 28704, Ley que modifica los artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena, se dispuso, en el artículo 2, que

[n]o procede el indulto, ni la conmutación de la pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173º y 173º-A.

59. Se interpuso una demanda de inconstitucionalidad en contra de esta cláusula, ya que se consideraba que esta ley generaba un trato discriminatorio entre personas condenadas, ya que solo a las que eran condenadas por esos delitos se les privaba de la posibilidad de acceder a figuras como el indulto, lo cual suponía, según afirmaba la parte demandante, negarle al reo el derecho de reeducación y la readaptación social. Al resolver este caso, el Tribunal Constitucional, mediante un criterio que claramente ha sido ignorado en la ponencia suscrita por la mayoría de mis colegas, sostuvo que

mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón¹³⁰.

60. El Tribunal declaró, por ello, que la demanda de inconstitucionalidad era infundada, y precisó que esto por el artículo 4 de la Constitución y la necesidad de proteger los valores fundamentales que en él subyacen, ya que estas disposiciones autorizaban al legislador a prohibir el indulto para esta clase de delitos. Es así que, para el intérprete final de la Constitución, **mientras mayor sea el peso axiológico del derecho fundamental vulnerado, las resoluciones administrativas que otorguen un indulto deberán tener un mayor nivel de motivación**. Esto obedece a que el indulto supone una considerable

130 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0012-2010-PI, fundamento 45.

limitación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ya que la víctima o sus familiares se ven perjudicadas por la decisión de poner fin al cumplimiento de la pena.

61. **La decisión que ha adoptado hoy el Tribunal ha desconocido estos parámetros, y abre una peligrosa puerta que conduce a la impunidad. En efecto, esta postura no solo flexibiliza el otorgamiento, en general, de indultos, sin que exista algún deber especial de motivación por parte del Presidente de la República, sino que también la habilita para el caso de personas condenadas por graves violaciones de derechos humanos, cuestión proscrita por el derecho internacional contemporáneo.** Desarrollaré este punto en el siguiente apartado.

B) *El otorgamiento de indultos en el caso de graves violaciones de derechos humanos se encuentra manifiestamente proscrito por el derecho internacional*

62. Como he argumentado en este voto, **el otorgamiento de indultos, aunque se trate de una facultad histórica usualmente vinculada al Poder Ejecutivo, no puede ser efectuado al margen de las exigencias de los modernos Estados Constitucionales.** Una de ellas, como no podía ser de otro modo, consiste en que su concesión no puede realizarse ignorando los estándares que, hace una considerable cantidad de tiempo, se encuentran consolidados en el ámbito del derecho internacional y del derecho comparado.
63. En efecto, la obligación de investigar y sancionar a los responsables de esta clase de crímenes se sustenta en la costumbre internacional, por lo que se encuentra ya consolidada incluso al margen de lo que pueda disponerse en tratados internacionales. Esta fuente del derecho no debería ser menospreciada. Ciertamente, en la actualidad existe una recurrente práctica de reducir el derecho internacional solamente a lo que se dispone en los convenios. Sin embargo, ello no nos puede hacer perder de vista que, como sostenía Kelsen, “el derecho consuetudinario no solo es el origen del derecho internacional, sino que constituye también la base o la razón de validez del derecho internacional convencional (tratados)”¹³¹.

131 García Pascual, Cristina (2015). *Norma Mundi*. La lucha por el derecho internacional. Madrid: Editorial Trotta, p. 74.

64. La relevancia de esta obligación internacional ha generado que el cumplimiento del deber de investigar y sancionar a los responsables de estas graves violaciones de derechos humanos se haya constituido como una norma de *ius cogens*. Es importante recordar que los principios internacionales imperativos apuntan a dos cuestiones¹³²: en primer lugar, a la estructura misma del derecho internacional (se protege, por ello, principios como el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, o la idea que todos ellos son iguales entre sí); y, en segundo lugar, a los principios orientados a la transformación del orden internacional y su proceso de humanización, lo cual incluye, como no podía ser de otro modo, el adecuado resguardo de los derechos fundamentales de la persona. La necesidad que los Estados investiguen y sancionen adecuadamente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos se identifica con esta segunda dimensión de las normas *ius cogens*.
65. En efecto incluso al interior del propio derecho internacional, se reconoce la existencia de obligaciones que, en cuanto a su cumplimiento, gozan de una marcada prioridad. Se ha señalado, por ello, que “[l]a aceptación de la superioridad y del carácter imprescindible de determinados valores en el estado actual de la sociedad internacional impone el reconocimiento de una gradación de las obligaciones de los sujetos del derecho internacional y, más concretamente, de una dicotomía entre *obligaciones ordinarias*, inscritas en una lógica sinalagmática bilateral, y *obligaciones fundamentales*, de alcance eminentemente comunitario”¹³³. Ahora bien, el cumplimiento de las obligaciones internacionales fundamentales es ciertamente complicado cuando se trata de la comisión de hechos delictivos que suponen graves violaciones de derechos humanos, ya que estos se caracterizan por
- la difícil detección y escasa publicidad de las mismas; ambos factores se erigen como un obstáculo fundamental a la hora de juzgar y prevenir este tipo de ilícitos. A ello se debe sumar la falta de recursos necesarios para la realización de una investigación adecuada y la difícil manera de procurar la imparcialidad

132 Carrillo Salcedo, Juan (1976). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 284.

133 Pureza, José Manuel (2002). *El Patrimonio Común de la Humanidad. ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?* Madrid: Editorial Trotta, p. 125.

del órgano competente. En definitiva, la naturaleza de estos delitos convierte en algo frecuente la dificultad de obtener pruebas y conseguir testigos -que pueden estar aterrados o, por el contrario, implicados en la muerte sospechosa de una persona- lo que, de un modo u otro, impide esclarecer los hechos con cierta dosis de veracidad. No obstante, los obstáculos mencionados no deben frenar la investigación de tales hechos delictivos. Se debe luchar por presentar y anteponer los valores propios del Estado democrático sobre cualquier otra consideración [...] ¹³⁴.

66. Es, por ello, que los Estados deben adoptar todas las medidas pertinentes para evitar que, en esta clase de casos, exista impunidad. No sorprende, en este contexto, que existan consolidados estándares en el marco del derecho internacional que prohíben la concesión de indultos en el caso de violaciones graves de derechos humanos, criterio que, evidentemente, está ignorando la mayoría del Tribunal en este caso. Por ejemplo, en el contexto europeo se ha hecho referencia a la prohibición de otorgamiento de indultos en estos escenarios. De esta manera, se ha indicado que no resulta viable en relación con posibles vulneraciones del artículo 3 del Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que

en cuanto a los procesos disciplinarios, la Corte observa que si bien los policías imputados fueron suspendidos de sus funciones, los procesos disciplinarios seguidos en su contra fueron sobrepasados por acogerse a la Ley de Amnistía núm. 4455. En consecuencia, no se les impuso ninguna sanción disciplinaria. Al respecto, la Corte reafirma que **cuando un agente del Estado es acusado de delitos que violan el artículo 3, el proceso penal y la sentencia no deben ser prescritos y no debe ser admisible la concesión de una amnistía o indulto** (énfasis agregado) ¹³⁵.

134 Heilman, Jacquelinhe (2013). Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. Su aplicación en España. Granada: Editorial Comares, pp. 102 y 103.

135 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Yeter vs Turquía. Sentencia 13 de enero de 2009, párr. 70

67. Similares consideraciones, ha adoptado este órgano en el caso del artículo 2 del Convenio, que regula el derecho de toda persona a no ser privado de su vida arbitrariamente. Así, el órgano de cierre de la justicia a nivel europeo ha sostenido que

cuando un agente del Estado, **en particular un agente del orden, es condenado por un delito que viola el artículo 2 de la Convención, la concesión de una amnistía o indulto difícilmente puede servir al propósito de una sanción adecuada [...]**. Por el contrario, la Corte espera que los Estados sean aún más estrictos al castigar a sus propios agentes del orden por la comisión de delitos tan graves que ponen en peligro la vida que en relación con los delincuentes comunes, porque lo que está en juego no es solo la cuestión de la responsabilidad penal individual de los perpetradores, sino también el deber del Estado de combatir la sensación de impunidad que los perpetradores puedan considerar que disfrutan en virtud de su propio cargo y de mantener la confianza pública y el respeto por el sistema de aplicación de la ley [...]. Al respecto, la Corte considera que, como cuestión de principio, sería totalmente improcedente y enviaría una señal equivocada al público si los autores del gravísimo delito en cuestión mantuvieran su elegibilidad para ocupar cargos públicos en el futuro [...] ¹³⁶ (énfasis agregado).

68. Esta postura también ha sido asumida por los comités de vigilancia de las Naciones Unidas, órganos que se encargan de interpretar los tratados internacionales en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas. De esta manera, el Comité de Derechos Humanos, entidad que desarrolla los alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado, en el caso de Argelia, que corresponde que dicho Estado deba

cerciorarse de que **no se conceda ninguna medida de extinción de la acción pública, indulto, conmutación o reducción de la pena a quienes hayan cometido o cometan violaciones graves de los derechos humanos**, como matanzas, actos de tortura, violaciones o desapariciones, trátase de agentes del Estado o de miembros de grupos armados, y, por lo que respecta a otro tipo de

136 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Enukidze y Girvliani vs Georgia. Sentencia de 26 de abril de 2011, párr. 274.

violaciones, que las autoridades judiciales competentes lleven a cabo una investigación a fondo y exhaustiva y que los tribunales puedan examinar los delitos de que sean culpables esas personas antes de que se adopte cualquier decisión de indulto, conmutación o reducción o medida de extinción de la acción pública¹³⁷ (énfasis agregado).

69. De similar modo, aunque refiriéndose al caso específico de la prohibición de la tortura, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha enfatizado

[e]l Estado parte debe derogar las leyes de amnistía de 1991 y 2005. También debe velar por que sus leyes **excluyan la posibilidad de conceder una amnistía a las personas declaradas culpables del delito de tortura o cualquier otro tipo de indulto** que vulnere las disposiciones de la Convención (énfasis agregado)¹³⁸.

70. Las preocupaciones también se reflejan en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En efecto, en los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, se ha precisado que “en los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, para enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, **si se las declara culpables, la obligación de castigarlas**” (énfasis agregado)¹³⁹.

137 Comité de Derechos Humanos de las naciones Unidas. Observaciones finales sobre Argelia CCPR/C/DZA/CO/312, de diciembre de 2007, párr. 7.c

138 Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre el informe inicial del Líbano, U.N. Doc. CAT/C/LBN/CO/1, 30 de mayo de 2017, párr. 47.

139 Asamblea General de las Naciones Unidas. Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005, Principio 4.

71. La obligación de investigar y sancionar este tipo de delitos se encuentra estrechamente vinculada con la **necesidad de brindar a las víctimas de violaciones de derechos humanos una reparación adecuada y proporcional al daño recibido. Esta idea tiene que ver con la noción de una “reparación integral”, la cual no puede reducirse únicamente a un resarcimiento de naturaleza económica, sino que también supone que, con el propósito de evitar que ocurran hechos similares, las personas que hubieran resultado responsables sean sometidas ante los tribunales competentes.** Sobre ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas considera que

[u]na reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima¹⁴⁰.

72. Esta tendencia de considerar que no procede el otorgamiento de indultos en esta clase de casos también ha sido asumida en diversos países de la región. En Argentina, por ejemplo, la Ley 27.156, sobre prohibición de indultos, amnistías y conmutación de penas en delitos de lesa humanidad dispone, en su artículo 1, que “[l]as penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6º, 7º y 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados

140 Asamblea General de las Naciones Unidas. Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005, Principio 15.

internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga”. En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha sostenido que “[c]orresponde declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad”¹⁴¹.

73. En Colombia, la Ley 589 del año 2000, que tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura, establece en su artículo 14 que los delitos a los que hace referencia dicha ley no son indultables. Además, la Corte Constitucional de ese país ha precisado que, en su modelo, no es posible conceder amnistías e indultos por delitos comunes, ya que el constituyente, “teniendo en cuenta que en esos delitos no concurre la motivación altruista que se advierte en los delitos políticos, los ha excluido de tales beneficios. De allí que, si el legislador extiende esos institutos a la delincuencia común, no sólo estaría desconociendo la particular naturaleza que les asiste a aquellos, sino también incurriendo en un manifiesto quebrantamiento de la Carta”¹⁴².
74. En el caso de Ecuador, el artículo 23.2 de la Constitución del año 2008 precisa que “[l]as acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”. Esta regulación se reitera en el Decreto No. 861 de diciembre de 2015. En Honduras, por Ley de 4 de abril del 2013, se ha expedido una ley que regula la concesión del indulto, y de conformidad con este cuerpo normativo

se exceptúan del beneficio de Indulto a las personas condenadas por la comisión de los delitos siguientes: 1) Genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, definidos como tales

141 Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Caso “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad” (Fallos: 330:3248).

142 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695/02.

por el Derecho interno y por el Derecho Internacional, conforme a los Convenios y Tratados suscritos y ratificados por Honduras; 2) Otras graves violaciones a los derechos humanos que hayan causado conmoción social o que se hayan cometido en perjuicio de niños(as), adolescentes, ancianos(as), mujeres y grupos o personas en situación de vulnerabilidad; y, 3) Criminalidad organizada cuando se trate de delitos de asociación ilícita, lavado de activos, trata de personas, tráfico de órganos, tráfico de armas, tráfico de drogas, extorsión y secuestro. Y los delitos de parricidio, asesinato cuando medie precio o recompensa, infanticidio, robo seguido de homicidio, así como las aplicables al incendiario.

75. En el caso de Paraguay, la Ley N° 5.877, que implementa el Estatuto de Roma, incorpora un artículo que precisa que “los hechos punibles y penas tipificadas en la presente Ley, no podrán declararse extinguidos por indulto, conmutación, amnistía o por cualquier otro instituto de clemencia que impida el juzgamiento de los sospechosos o el cumplimiento efectivo de las condenas impuestas”. En Panamá, el Código Penal del año 2007 enfatiza, en el artículo 116, que no podrá ser aplicado el indulto en los delitos contra la humanidad.

76. De todo lo expuesto es posible advertir que, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como en la legislación de diversos países, es pacífica la postura según la cual resulta improcedente el otorgamiento de indultos en el caso de personas condenadas por graves violaciones de derechos humanos.

77. En el siguiente apartado, justificaré que, precisamente por el desarrollo de estos estándares presentes tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado, resulta viable que los tribunales ingresen a analizar si es que el otorgamiento de un indulto ha sido constitucionalmente válido o no.

C) *La excepcionalidad en el otorgamiento de indultos justifica el control judicial por parte de los órganos competentes.*

78. He precisado en este voto que existen estándares, tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado, que prohíben que los Estados permitan la concesión de indultos para las personas que han sido condenadas por graves violaciones de derechos humanos. Es

precisamente este factor el que me permitirá explicar en qué medida los tribunales de justicia estamos facultados, en esta clase de casos, de controlar la constitucionalidad del otorgamiento de indultos.

79. Por lo general, se suele señalar que el ejercicio de esta atribución es exclusiva del Poder Ejecutivo, por lo que ningún otro poder del Estado estaría facultado de controlar la validez de esta clase de decisiones. No sorprende, en ese sentido, que en algunas oportunidades se haya hecho referencia a la doctrina de las *political questions* para impedir la intervención de los tribunales en esta clase de quehaceres. Como se conoce, en algunas experiencias se postula que existen ciertas materias que, por su naturaleza, no serían susceptibles de ser examinadas por las cortes de justicia. **Al respecto, es llamativo que, en el propio modelo norteamericano -que es el que impulsó la doctrina de las *political questions*-, la Corte Suprema Federal se haya preocupado en precisar que el procedimiento para el otorgamiento de indultos debe sujetarse a la cláusula del debido proceso, por lo que, por ejemplo, la intervención judicial puede justificarse si es que su concesión se realiza “lanzando una moneda al aire”¹⁴³.**

80. Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano también ha admitido, en su jurisprudencia, la posibilidad de controlar el uso de esta clase de atribución presidencial, y ha considerado que, si bien en principio el otorgamiento de un indulto tiene la calidad de cosa juzgada, esto se encuentra supeditado a que su concesión “no atente contra derechos fundamentales u otros principios o valores de la Constitución. En este orden de ideas, el ejercicio de la potestad discrecional del indulto está sujeta al marco constitucional y, como tal, debe respetar sus límites”¹⁴⁴. De similar forma, se precisó que

para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no solo debe haber sido emitido conforme a las competencias propias sino ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales. Así, por ejemplo, resulta

143 Se puede consultar, sobre esto, la sentencia *Ohio Adult Parole Authority v. Woodard*. Una explicación detallada sobre esta sentencia se encuentra en: Barkow, Rachel (2015). Clemency and Presidential administration of criminal law. En: New York University Law Review, Vol. 90, p. 812.

144 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03660-2010-HC, fundamento 7.

exigible un estándar mínimo de motivación que garantice que éste no se haya llevado a cabo con arbitrariedad. Ello implica que si bien el indulto genera efectos de cosa juzgada, lo cual conlleva la imposibilidad de ser revocado en instancias administrativas o por el propio Presidente de la República, cabe un control jurisdiccional excepcional a efectos de determinar la constitucionalidad del acto¹⁴⁵.

81. El Tribunal Constitucional también se ha referido a esta clase de argumentos para justificar que la expedición de leyes de amnistía, aunque sea una competencia jurídica reconocida a favor del Congreso de la República, también se encuentra sometida a la observancia de límites constitucionales. Sobre esto, se ha indicado que

En la medida en que la expedición de las leyes de amnistía constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, su ejercicio se encuentra sujeto a límites constitucionales. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida al titular de la política de persecución criminal del Estado y cuyo ejercicio, por tanto, debe realizar dentro del marco de la Constitución Política del Estado.

22. El artículo 102, inciso 6, de la Constitución no prevé expresamente cuales son los límites a los que se debe sujetar el dictado de leyes de amnistía. Sin embargo, ello no significa que estos no existan, puesto que la legitimidad del ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales no se justifica de por sí, sino a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales¹⁴⁶.

82. Similares consideraciones, ha efectuado el Tribunal Constitucional en relación con las gracias presidenciales. En efecto, se ha mencionado que constituyen límites formales de esta figura

los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido

145 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03660-2010-HC, fundamento 9.

146 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 679-2005-PA, fundamentos 21 y 22.

el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).

En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. (Cfr. Exp. N°. 019-205-PI/TC). Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado¹⁴⁷.

83. Esto demuestra que la justicia constitucional es competente para examinar la constitucionalidad del uso de esta clase de figuras. Ahora bien, estimo importante precisar que esto no supone que la justicia constitucional deba reemplazar los criterios que considera el Poder Ejecutivo al momento de decidir si otorga un indulto. Asumir una posición como esa supondría, en esencia, retirar el contenido de esta atribución presidencial. Sin embargo, **cuando este poder del Estado pretende ignorar los compromisos internacionales del Estado peruano -los cuales, por lo demás, tienen un importante impacto en los derechos de las personas afectadas con esta decisión-, esta conducta faculta la intervención de las cortes de justicia.**
84. Así, es en esta clase de casos que la intervención de los tribunales resulta indispensable para el adecuado respeto de los derechos y valores que reconoce nuestra Constitución y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano. Existe, una tendencia actual, en diversas sociedades, de que los tribunales no deben ser completamente ajenos a los procesos políticos, ya que se considera que la pérdida de capacidad de las organizaciones políticas para transmitir a las demandas políticas ha incrementado la importancia de la labor

147 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 4053-2007-PHC, fundamentos 25 y 26.

de las cortes, y sería, por ello, considerablemente peligroso tratar de descalificar esta clase de labor con exhortaciones para que la justicia “vuelva” a sus competencias¹⁴⁸.

85. Al respecto, es importante recordar que, en un Estado Constitucional, “la atribución tradicional de la prerrogativa de gracia al soberano puede generar las tensiones típicas de la relación entre regla y decisión excepcional. Y, precisamente, esa es la razón esencial por la que la gracia se puede encontrar en grave tensión, si no en contradicción, con las exigencias del Estado de derecho¹⁴⁹. Es precisamente por ello que lo “menos puede exigirse a un Gobierno que pretende conmutar una pena impuesta por un tribunal legítimo y competente para ello, es que de las razones que le llevan a tomar tal decisión”¹⁵⁰.
86. De similar forma, estimo **que la intervención de las cortes de justicia en esta clase de asuntos, permiten involucrarlas con la directa implementación del derecho internacional. Es cada vez más notoria la necesidad que los tribunales locales se encuentren comprometidos con el adecuado resguardo de los tratados y de las decisiones de los organismos internacionales.** En el caso peruano, además, ello se desprende del artículo 55 de la Constitución -que dispone que los tratados forman parte del derecho interno- y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitucional -la cual establece que los derechos contenidos en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano-. Esto supone que, en nuestro modelo constitucional, es posible advertir una tendencia amigable hacia el derecho internacional. Los tribunales internos deben ser el primer frente que garantice la adecuada implementación de las obligaciones que ha aceptado el Estado peruano en el ámbito internacional. Es por ello que nuestro sistema se caracteriza por “la apertura hacia la ley internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), y se encarga de delinear

148 Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia (1999). Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia. Madrid: Taurus, p. 163.

149 Ruiz Miguel, Alfonso (2018). Gracia y Justicia: soberanía y excepcionalidad. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 113, p. 29.

150 Serrano, María Isabel (2014). ¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 20-11-2013. En: Revista Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 34, p. 623.

el desarrollo paralelo y la interdependencia mutua entre el Estado constitucional y la cooperación internacional [...]"¹⁵¹.

87. Este deber se resalta aún más en el caso del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Este tribunal, en la sentencia de *Barrios Altos vs. Perú*, dispuso, frente al reconocimiento de responsabilidad internacional planteado por el Estado peruano, lo siguiente:

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables¹⁵².

88. Evidentemente, el reconocimiento de responsabilidad internacional no agota los deberes que el Estado peruano tiene en virtud de la Convención Americana. Es también necesario que otorgue las reparaciones pertinentes una vez declarado el incumplimiento de este tratado internacional. Sobre ello, el artículo 68.1 de este instrumento internacional dispone que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.
89. De este modo, el deber de cumplir con lo dispuesto por el tribunal interamericano se fundamenta en dos razones: por el compromiso del propio Estado peruano de acatar las obligaciones que emanan de la Convención Americana, y por su propio reconocimiento de responsabilidad internacional en el caso *Barrios Altos vs. Perú*.
90. En efecto, el Estado peruano no puede incurrir en una contradicción en su proceder ante instancias internacionales. Si es que, en el marco de lo decidido en el caso *Barrios Altos*, reconoció ante la Corte Interamericana su responsabilidad por las graves violaciones de derechos humanos cometidas, no puede, con posterioridad, aplicar figuras que impidan el cumplimiento de la pena por parte de las personas declaradas como responsables. Sobre ello, no se puede alegar que

151 Di Martino, Alessandra (2016). El Estado Constitucional abierto: la respuesta de Alemania al pluralismo legal y europeo. En: Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (editores). *Diálogo entre Cortes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 19.

152 Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, punto resolutorio 5.

el reconocimiento de responsabilidad fue efectuado por un gobierno anterior, ya que, como se conoce, ante las instancias internacionales opera el principio de continuidad del Estado, lo que implica que, aunque los gobiernos cambien, la responsabilidad del Estado sigue siendo la misma.

91. De hecho, la sentencia del caso Barrios Altos supuso la instauración de un *leading case* respecto de la prohibición de la adopción de amnistías y otras excluyentes de responsabilidad en casos de graves violaciones de derechos humanos. En aquella oportunidad, la Corte sostuvo que

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁵³.

92. El tribunal interamericano resalta, en consecuencia, que los hechos relativos al caso Barrios Altos constituyen graves violaciones de derechos humanos, y, por ello, no pueden adoptarse medidas que supongan la exclusión de la responsabilidad de los implicados. Ciertamente, un sector de la doctrina podría alegar que, en los indultos, no existiría propiamente una exclusión de la responsabilidad, ya que, a diferencia de lo que puede ocurrir con las amnistías, el indulto no elimina la realización del hecho delictivo o la determinación de la responsabilidad penal de una persona, sino que este se refiere solamente al cumplimiento de la pena. Sin embargo, es pertinente recordar que la idea de “exclusión de responsabilidad” no puede reducirse a la sola calificación de los hechos. Si ello fuera así, el otorgamiento indiscriminado de indultos en el caso de violaciones graves de derechos humanos no sería incompatible con la Convención. Se ha señalado, con mucho criterio, que en diversos casos la distinción entre amnistías e indultos puede ser artificiosa, ya que, por ejemplo, el otorgamiento de indultos también puede ser

153 Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41.

empleado con la finalidad de impedir que una persona sea sometida a la justicia¹⁵⁴. De este modo, es evidente que la Corte también se refiere a la necesidad que las sanciones, en esta clase de casos, sean adecuadamente cumplidas.

93. Esta postura también fue resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Barrios Altos. Al respecto, este órgano precisó que

[...] si bien este Tribunal reconoce los avances que se han dado en el cumplimiento de dicha obligación en los casos Barrios Altos y La Cantuta a través de las referidas determinaciones de responsabilidad penal (supra Considerando 9), encuentra necesario recordar que la ejecución de la pena también forma parte de dicha obligación y que durante la misma no se deben otorgar beneficios de forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad (infra Considerandos 31 y 47). Asimismo, la ejecución de las sentencias es parte integrante del derecho al acceso a la justicia de las víctimas [...]¹⁵⁵.

94. Es especialmente relevante el hecho que, en el caso particular de la realización de crímenes o conductas en contra de la humanidad, se haya dejado notar con mayor énfasis la necesidad de la activa participación de los tribunales locales. Se ha señalado, en ese sentido, que la persecución judicial de los responsables de esta clase de crímenes internacionales “ha servido para ampliar y visualizar el papel desempeñado por los jueces estatales en la internacionalización del imperio de la ley (*rule of law*), lo que ha acrecentado la implicación de las judicaturas domésticas en la aplicación del derecho internacional”¹⁵⁶. En ese sentido, se ha indicado que “[e]ste variopinto contenido de la reparación en el Sistema no solo ha servido de inspiración para los jueces nacionales sino que, además, le ha permitido al juez regional diseñar un variado conjunto

154 Orentlicher, Diane (1991). Settling Accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime. En: The Yale Law Journal, Vol. 100, p. 2543.

155 Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Barrios Altos vs. Perú. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 30.

156 Iglesias, Alfonso (2018). El juez estatal ante el derecho internacional. Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, p. 114.

de medidas que involucren a los jueces nacionales y gracias a las cuales se facilita la interacción entre ambas judicaturas”¹⁵⁷.

95. Es por ello que cada vez resulta más usual que las cortes nacionales implementen medidas con la finalidad de evitar el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado peruano. Un ejemplo en relación con este punto se puede destacar a propósito de la situación de Alberto Fujimori Fujimori. Como se recuerda, en su momento su defensa efectuó, ante el Tribunal Constitucional, diversos cuestionamientos relativos a la calificación de los delitos cometidos por su patrocinado como de “lesa humanidad”, lo cual fue efectuado por los magistrados integrantes de la Corte Suprema de Justicia. El abogado del beneficiario sostuvo que ello vulneraba el derecho a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En aquella oportunidad, los magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Espinosa-Saldaña Barrera y mi persona precisamos que

[d]espués de todo, estas calificaciones, que son provenientes del Derecho Penal Internacional y del derecho internacional de los derechos humanos (ver, por ejemplo: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7; y, del mismo modo, la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006), no sustentan el establecimiento de la responsabilidad penal o la aplicación de una sanción distinta a las reconocidas en la normatividad interna. Han sido, sobre todo, remisiones a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano y que han sido establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]”¹⁵⁸.

96. De esta forma, el Tribunal Constitucional validó esta referencia efectuada por los magistrados de la Corte Suprema, y señaló que el propósito de esta precisión radicaba en una calificación propia del derecho internacional. Estimo que la posición del Tribunal fue la adecuada, ya que conjuga, por un lado, el respeto del principio de legalidad, pero, al mismo tiempo, supone un adecuado cumplimiento

157 Acosta, Paola (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, p. 57.

158 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 01460-2016-HC, fundamento 57.

de las obligaciones internacionales del Estado, ya que procura impedir la adopción de medidas que puedan suponer la exclusión del procesado o el cumplimiento de la pena respectiva. Es natural que suela destacarse, sobre todo en los últimos años, que los tribunales locales tienen que comprometerse con el traslado de principios internacionales al derecho interno, y esto suele suponer que la adopción de remedios para evitar el surgimiento de responsabilidad internacional deba hacerse con su activa participación¹⁵⁹.

97. En consecuencia, **resulta determinante que, en las democracias contemporáneas, los tribunales locales puedan aplicar directamente estándares del derecho internacional, ya que ello no solo supone evitar algún eventual escenario de responsabilidad estatal, sino también porque ello supone un límite efectivo que puede establecerse frente a gobiernos autoritarios.** Bien se ha señalado que el régimen de los derechos priva a los Estados del atributo de la plenitud del poder y de la autodeterminación ilimitada, y es por ello que los gobernantes con tendencias autoritarias pueden ser convocados para rendir cuentas de sus actos y, eventualmente, ser condenados, lo que significa que los grupos de poder se ven privados de privilegios que, con anterioridad, les garantizaban que no sean sometidos a la justicia¹⁶⁰.
98. Por todo lo expuesto, **se desprende de las obligaciones que emanan tanto de la Constitución como de los tratados suscritos por el Perú que, en los casos en los que se concedan indultos en relación con casos sobre graves violaciones de derechos humanos, la judicatura estará facultada de controlar jurisdiccionalmente tal decisión, ya que esta intervención se realizará con la finalidad de evitar el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado peruano.**
99. **Esta es una de las principales razones que, de por sí, puede sustentar la nulidad del indulto a Alberto Fujimori Fujimori.** Sin embargo, en el siguiente apartado me referiré a otras irregularidades que también justifican la decisión adoptada por los jueces emplazados.

159 *cfr.* Nollkaemper, André (2012). *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 193.

160 *cfr.* Beck, Ulrich (2005). *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós, p. 69.

IV. Irregularidades en la tramitación del *habeas corpus* de Alberto Fujimori

100. En este apartado me referiré a todas las irregularidades que se pueden advertir en el contexto del otorgamiento del indulto a Alberto Fujimori Fujimori. Para ello, abordaré los siguientes puntos: D) los antecedentes del otorgamiento del indulto, vinculados con los pedidos de vacancia presidencial en el mandato de Pedro Pablo Kuczynski; E) las irregularidades presentes en el otorgamiento del indulto por supuestas razones humanitarias; F) la anulación del otorgamiento del indulto y la posterior presentación de demandas de *habeas corpus*; y, finalmente, G) las irregularidades advertidas en el trámite de la demanda de este caso en el Tribunal Constitucional.

D) Antecedentes del otorgamiento del indulto: los pedidos de vacancia presidencial

101. En seguida ampliaré las referencias que hice en el punto II, respecto del indebido indulto otorgado a Alberto Fujimori en el año 2017. Durante su mandato como Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski fue sometido a dos pedidos de vacancia presidencial en los que se le atribuía estar inmerso en la causal de permanente incapacidad moral. Esta clase de episodios de tensión política fueron bastante recurrentes en su gobierno, debido a la conocida pugna que existía con la mayoría fujimorista en el Congreso perteneciente al partido político Fuerza Popular. Las tensiones llegaron a sus puntos más álgidos cuando se presentaron mociones en las que un grupo de congresistas solicitaba que se declare la vacancia presidencial por la supuesta permanente incapacidad moral del Presidente Kuczynski.
102. El primer pedido de vacancia presidencial no prosperó debido a que el Congreso no obtuvo la mayoría calificada que se requiere para esta clase de casos. Esta solicitud se originó, como se recuerda, cuando se dieron a conocer diversos documentos relacionados con la cuestionada empresa Odebrecht, los cuales habían sido remitidos a una comisión investigadora del Congreso. Se cuestionaba que dicha compañía había efectuado, unos años antes, ciertos pagos por servicios de las empresas First Capital y Westfield Capital, siendo que esta última se encontraba registrada, según se afirmó, a favor de Pedro Pablo Kuczynski. La sesión en la que se debatió este pedido se efectuó el 21

de diciembre de 2017, y no obtuvo la mayoría calificada exigida por la Constitución, ya que contó con 79 votos a favor, 19 en contra y 21 abstenciones. Se estimó, entonces, como rechazado el pedido.

103. El segundo pedido fue realizado en el año 2018, y también se fundamentó en el hecho -según argumentaron los congresistas- que el presidente habría mentido al país por sus vínculos con la empresa Odebrecht. El 15 de marzo de ese año, se admitió la vacancia, y se programó para el día 22 del mismo mes la discusión sobre su procedencia. Sin embargo, como es de público conocimiento, el día 21 Pedro Pablo Kuczynski presentó su renuncia.
104. El otorgamiento del indulto a Alberto Fujimori se realizó en el contexto de la primera solicitud de vacancia presidencial presentada en contra de Kuczynski. Como ya se mencionó, no se obtuvieron los 87 votos que eran necesarios para declarar la vacancia por permanente incapacidad moral. Para que esto ocurra de esta manera, fue determinante la intervención de Kenji Fujimori Higuchi, quien, según se señala en los actuados en el contexto de la investigación que se le sigue por cohecho activo, habría “vendido” los votos de congresistas de Fuerza Popular a cambio del otorgamiento del indulto a su padre, Alberto Fujimori. De este modo, pese a que se había anunciado que Fuerza Popular votaría en bloque a favor de la vacancia, los congresistas Guillermo Bocángel, Estelista Bustos, Sonia Echevarría, Kenji Fujimori, Clayton Galván, Maritza García, Marita Herrera, José Palma Mendoza, Bienvenido Ramírez y Lizbeth Robles decidieron votar por la abstención, por lo que no se lograron los 87 votos requeridos.
105. Esta tesis del Ministerio Público se fundamenta en el hecho que, mientras que la desestimación de la vacancia presidencial fue votada el 21 de diciembre del año 2017, el otorgamiento del indulto a favor de Alberto Fujimori se realizó el 24 de diciembre de ese mismo año, como si se tratara de una contraprestación al favor brindado. Así, mediante la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS, el Presidente Kuczynski decidió conceder el indulto por razones humanitarias. Es sumamente llamativo que la solicitud para el otorgamiento del indulto haya ingresado a la Comisión de Gracias Presidenciales el día 11 de diciembre del año 2017, siendo que la posibilidad de una moción de vacancia presidencial ya se discutía desde unos días antes, y terminó siendo presentada el 15 de diciembre del mismo año.

106. A ello se debe agregar una serie de conductas sumamente reprochables. Como se recuerda, el 20 de marzo del 2018, se reveló ante la opinión pública la existencia de unos videos grabados por el ex congresista Moisés Mamani, en los que se podía evidenciar el ofrecimiento de favores a los congresistas Modesto Figueroa, Humberto Tiella y el propio Moisés Mamani, y ello a cambio de evitar la vacancia de Pedro Pablo Kuczynski. Se aprecia, en ese sentido, tal y como lo expone el Ministerio Público, que existieron importantes coordinaciones entre el gobierno de Kuczynski y el grupo de congresistas cercanos a Kenji Fujimori para que, entre otras cosas, se pudiera otorgar un indulto a favor de Alberto Fujimori.
107. El inicio del juicio oral en contra de Kenji Fujimori, Guillermo Bocángel y Bienvenido Ramírez por la acusación respecto de la comisión de los delitos de cohecho y tráfico de influencias fue programado para el 12 de enero del presente año, y se encuentra actualmente en curso.

E) Las irregularidades en el otorgamiento del indulto por parte del ex Presidente Pedro Pablo Kuczynski

108. Como se ha mencionado, a través del Decreto Supremo 281-2017-JUS, publicado el 24 de diciembre de 2017, se resolvió otorgar el indulto por razones humanitaria a favor de Alberto Fujimori Fujimori. La resolución precisa que

la Comisión de Gracias Presidenciales, ha determinado en el Informe del Expediente N° 00235-2017-JUS/CGP que, siendo que la exigibilidad de la ejecución completa de las penas impuestas al solicitante Alberto Fujimori Fujimori, a sus 79 años de edad y dada la condición de salud que muestra deterioro y vulnerabilidad, el citado solicitante no significaría un peligro para la sociedad y, por el contrario, dicha exigencia podría representar un daño irreparable a su derecho fundamental a la integridad física o, incluso, a su vida, por lo que, debe primar el principio y derecho a la dignidad humana, sin que ello signifique una aceptación o validación de su accionar o una eliminación de la reprochabilidad moral y social de los delitos; en ese sentido, la citada Comisión recomienda la concesión del indulto y derecho de gracia por razones humanitarias; que hace que esta persona no está en capacidad de recibir sanción.

109. El otorgamiento del indulto humanitario a favor de Alberto Fujimori generó que, en el marco de la supervisión del cumplimiento de

sentencia en el caso Barrios Altos vs. Perú (seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos), se presenten, con fecha 25 y 26 de diciembre de 2017, escritos en los que los representantes de los familiares de las personas fallecidas solicitaron la convocatoria de audiencias de supervisión, ya que consideraban que su concesión ha supuesto un severo incumplimiento de lo decidido en el caso *Barrios Altos vs. Perú*.

110. La Corte IDH, expidió una resolución con fecha 30 de mayo de 2018, en la que señaló que el Estado peruano no había dado cumplimiento total a la obligación de investigar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones de derechos humanos determinadas en sus sentencias. También dispuso que tanto el Estado del Perú como los intervinientes comunes de los representantes de las víctimas presenten a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 29 de octubre de 2018, información sobre los avances por parte de la justicia interna del control del “indulto por razones humanitarias” concedido a Alberto Fujimori.
111. La celeridad del trámite (solo duró 13 días, a diferencia de otros casos en los que los solicitantes deben esperar por meses), así como el hecho que la concesión del otorgamiento del indulto habría sido producto de una negociación política para evitar la vacancia de Pedro Pablo Kuczynski, generaron que los representantes de la parte civil en el marco del proceso penal seguido contra Alberto Fujimori plantearan un pedido de control de convencionalidad de la resolución que otorgó el indulto.

F) La anulación del indulto por parte del Poder Judicial y el inicio del proceso de habeas corpus relacionado con este caso

112. El 20 de julio de 2018, Andrea Gisela Ortiz Perea y otras representantes de la parte civil en el proceso penal seguido en contra de Alberto Fujimori solicitan a los jueces penales involucrados el control de convencionalidad del indulto humanitario otorgado. El 30 de julio del mismo año se admitió a trámite el pedido, y se brindó un plazo de cinco días para que la defensa de Alberto Fujimori presente sus descargos.
113. El juez Héctor Hugo Núñez Julca del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria declaró, mediante Resolución 10 de fecha 3 de octubre de 2018, que carece de efectos jurídicos la Resolución Suprema

281-2017, la cual otorgaba el indulto a Alberto Fujimori. Con posterioridad, los magistrados José Luis Salas Arenas, José Antonio Neyra Flores y Luisa Chávez Mella, de la Sala Penal Especial Suprema, confirmaron esta decisión.

114. Estos pronunciamientos son los que generaron que se presenten diversas demandas de *habeas corpus* a favor de Alberto Fujimori Fujimori. Solo en el Tribunal Constitucional se están tramitando 3 de ellas, las cuales son objeto de evaluación en los expedientes 00661-2020-HC, 03878-2021-HC, y el presente caso del expediente 02010-2020-HC. En esta demanda, el recurrente interpone la demanda de *habeas corpus* a favor de Alberto Fujimori señalando, entre otras cosas, que resultaría ilegal la resolución judicial que declaró nulo el indulto presidencial, siendo irreversible, por motivos fundados de salud, y que supondría trato inhumano, por órdenes y motivos políticos, ya que el beneficiario no sería peligro para la sociedad. Incluso agrega que el Poder Judicial está siendo utilizado por fines políticos y por intereses trasnacionales.

G) Las irregularidades en la tramitación de esta demanda de Alberto Fujimori Fujimori en el Tribunal Constitucional

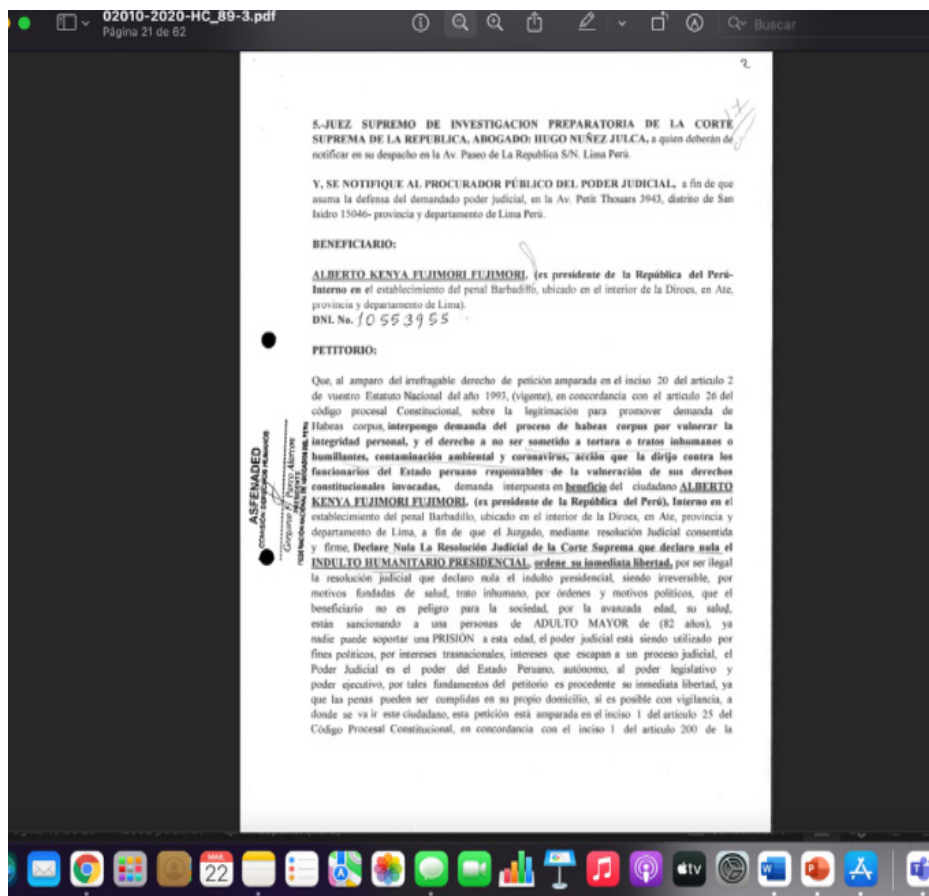
115. En este apartado me referiré a las irregularidades en la resolución de este caso en el propio Tribunal Constitucional.
116. Deseo destacar, en primer lugar, la celeridad con la que este proyecto fue agendado, pese a que el ponente no contaba con la información necesaria como para poder emitir un fallo motivado que atienda a las particulares exigencias que se derivan del análisis de un caso sobre un indulto respecto de delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos, tal y como lo he precisado con anterioridad. De este modo, de la revisión del Sistema Integrado de Gestión de Expedientes, puedo advertir que, para la fecha en que se programó el debate de este caso, no existía información suficiente que permitiera al ponente efectuar las aseveraciones que termina formulando en su proyecto.
117. En la noche del día 15 de marzo, se remitió la Agenda del Pleno a realizarse en la mañana del día 17 de marzo, en la que se incluía el debate sobre el expediente de Alberto Fujimori Fujimori (Expediente 02010-2020-HC).

The screenshot shows a web application interface for the Peruvian Constitutional Tribunal. The header includes the Peruvian coat of arms, the text 'PERU Tribunal Constitucional', and the role 'Guardián de la Constitución Defensor de los Derechos Fundamentales Intérprete Supremo del Orden Jurídico'. A navigation bar has 'Operaciones', 'Sistema', and 'Reportes'. The main title is 'EXPEDIENTE DIGITALIZADO - Nro. EXP: 02010-2020-HC'. Below it, a 'Lista de Documentos' tab is active, displaying a table of document entries.

DOCUMENTO	FEC. DOCUM.	FEC. ESCAN.	NRO. FOJAS	VER.
OFICIO DE REMISIÓN DEL PODER JUDICIAL	25/01/2021	25/01/2021	1	
EXP. DIGITALIZADO DEL PODER JUDICIAL	14/01/2021	14/01/2021	62	
ESCRITO N° 005919-2021-ES : APERSONAMIENTO Y OTROS. PROC. PUB. TURAYACHI SOTOMAYOR J. (23.11.2021)	23/11/2021	23/11/2021	6	
PROVEIDO DE ESC. N° 005919-2021-ES	23/11/2021	15/12/2021	1	
ESCRITO N° 006465-2021-ES : SE APERSONA, DESIGNA ABOGADOS Y SEÑALA DOMICILIO PROCESAL; DR. ELIO RIERA GARRO	28/12/2021	28/12/2021	2	
PROVEIDO DE ESC. N° 006465-2021-ES	28/12/2021	14/01/2022	1	
ESCRITO N° 001582-2022-ES : --	17/03/2022	17/03/2022	151	
PROVEIDO DE ESC. N° 001582-2022-ES	17/03/2022	21/03/2022	1	
ESCRITO N° 001597-2022-ES : TENGASE PRESENTE; DR. ELIO FERNANDO RIERA GARRO	17/03/2022	17/03/2022	6	
PROVEIDO DE ESC. N° 001597-2022-ES	17/03/2022	21/03/2022	1	
ESCRITO N° 001619-2022-ES : SOLICITA NOTIFICACIÓN; DR. ELIO FERNANDO RIERA GARRO	18/03/2022	18/03/2022	2	
PROVEIDO DE ESC. N° 001619-2022-ES	18/03/2022	21/03/2022	1	
ESCRITO N° 001634-2022-ES : REITERA PEDIDO POR TERCERA VEZ; DR. ELIO FERNANDO RIERA GARRO	21/03/2022	21/03/2022	2	
PROVEIDO DE ESC. N° 001634-2022-ES	21/03/2022	22/03/2022	1	

Desarrollado por la Oficina de Tecnologías de la Información - 2012

118. Como se puede apreciar, para la fecha en que se programó el análisis del presente *habeas corpus* (15 de marzo de 2022), la única información con la que contaba el ponente era el contenido de la demanda y el apersonamiento del procurador público del Poder Judicial. Se podría pensar, por ello, que la demanda contenía suficiente información como para acreditar que las aseveraciones del recurrente podrían acreditar la eventual necesidad de un indulto humanitario. Nada más alejado de la realidad. La demanda se caracteriza por formular simples apreciaciones políticas, como el supuesto hecho que “el Poder Judicial está siendo utilizado por fines políticos [y] por intereses transnacionales” o que la privación de libertad de Alberto Fujimori Fujimori es como “tener preso en espíritu a los héroes muertos Túpac Amaru II, enemigo de España, o a Francisco Bolognesi, enemigo de Chile”. Estas aseveraciones se pueden destacar en extractos del escrito de demanda. El texto íntegro de ella, aparece reproducida al final del voto, como anexo de este texto.



119. Esta clase de sustento demuestra que, lejos de pretender cuestionar de forma desinteresada alguna eventual vulneración de un derecho fundamental de un ciudadano, lo cierto es que la pretensión del abogado recurrente se caracteriza por su notorio cariz político. Adjunto, para acreditar ello, extractos del contenido de la demanda presentada:

13. Que, finalmente el Poder Judicial bajo el mando del demandado, tiene recluso en el establecimiento del penal Barbadillo, ubicado en el interior de la Diroes, en Ate, provincia y departamento de Lima, en cumplimiento de una sentencia y otros procesos penales en giro, esto no es motivo para cometer los hechos demandados, como por ejemplo tener en prisión a una persona de 82 años, mal de salud, ya no es un peligro para la sociedad, es como tener preso a los HEROES MUERTOS TUPAC AMARU II, enemigo de ESPAÑA, FRANCISCO COLOGNESI, enemigo de CHILE.

120. En estos extractos de la demanda se advierte que, para el recurrente, la anulación del indulto de Alberto Fujimori Fujimori habría partido de una suerte de conspiración transnacional, sin atender que existen legítimos reclamos de los familiares afectados por el caso Barrios Altos. De similar forma, colocar al beneficiario del presente *habeas corpus* en una posición similar a Túpac Amaru II o a Francisco Bolognesi, solo termina por acreditar la simpatía política del recurrente.
121. La notoria falta de información para resolver con fundamentos adecuados este *habeas corpus* también se puede apreciar de los anexos que se adjuntaron en la demanda. Así, lejos de presentar documentos médicos o estudios de especialistas que puedan resultar pertinentes para la solución de esta controversia, el recurrente solo adjunta la Resolución Ministerial N° 281-2017-JUS, la cual concede el indulto a Alberto Fujimori Fujimori; la resolución judicial que, a través del control de convencionalidad, dispuso su anulación; y extractos de páginas de internet en las que se informa en relación con la anulación del indulto. Esta es toda la información con la que contaban los magistrados firmantes para resolver este caso, y, pese a ello, parecen profundamente convencidos de la necesidad de amparar la demanda.
122. Ahora bien, se podría argumentar que la información relevante para una adecuada resolución de la controversia podría ser la enviada por el abogado César Nakazaki Servigón, quien, con fecha 17 de marzo de 2022, remite al Tribunal Constitucional un escrito de 151 folios en el que adjunta 12 anexos relativos a la tramitación del indulto a favor de Alberto Fujimori Fujimori. Sin embargo, es evidente que esa información no ha sido consultada por los magistrados que han suscrito la posición mayoritaria, ya que, para ese momento, ya se estaba deliberando el proyecto propuesto por el ponente de este caso. Esto no ha impedido que, en la ponencia -pese a la notoria falta de información para mejor resolver- se indique que todos los cuestionamientos en relación con las irregularidades derivadas del trámite del indulto sean simples “presunciones subjetivas sobre irregularidades que no resultan tales”¹⁶¹, como se afirma con notable ligereza,

161 Fundamento 23 del proyecto suscrito por la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional.

y que solo demuestra que, más allá de la información que obra en el expediente, les resultaba imperativo declarar fundada la demanda a cualquier costo.

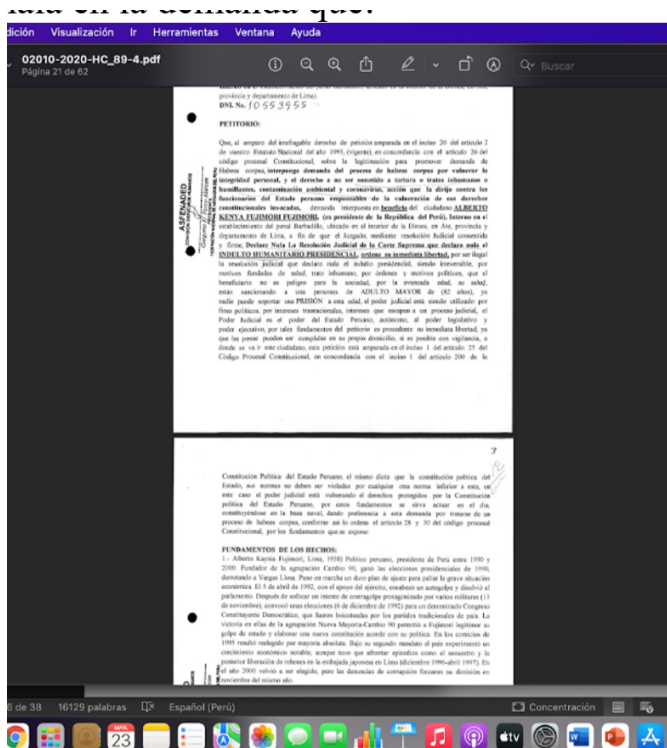
123. Mas adelante demostraré en este voto que, lejos de cualquier presunción subjetiva, existen serios indicios que han motivado que el Ministerio Público inicie indagaciones en relación con la posible comisión de los delitos de tráfico de influencias y de cohecho.

V. La decisión de la mayoría no cumple con estándares mínimos de motivación y pretende eliminar cualquier investigación relativa al otorgamiento del indulto a Alberto Fujimori Fujimori.

124. El ponente considera que debe declararse FUNDADA la demanda y disponerse la inmediata libertad de Alberto Fujimori Fujimori. Me referiré, a continuación, a las principales razones que el ponente menciona para justificar su postura, y procederé a desarrollar los argumentos por los cuales considero que su posición no solo resulta inconstitucional, sino que además supone un incumplimiento manifiesto de lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos vs. Perú. Me referiré, por ello, a los siguientes puntos: H) la competencia de las autoridades que resolvieron el incidente sobre el control de convencionalidad; I) la correcta interpretación del artículo 4 de la Convención Americana; J) la existencia de un bloque normativo que obliga a NO otorgar indultos en casos como los del beneficiario; K) la ponencia pretende suprimir cualquier cuestionamiento sobre el trámite irregular del indulto, sin que esta sea competencia de la justicia constitucional.

H) La competencia de las autoridades que resolvieron el incidente sobre el control de convencionalidad

125. La ponencia pretende eliminar cualquier clase de cuestionamiento que pueda existir en relación con el célere trámite que culminó en la aprobación del indulto a favor de Alberto Fujimori. Y es que, de la sola revisión de la ponencia, se puede acreditar que ella se pronuncia sobre aspectos que no han sido cuestionados en el escrito de demanda. En efecto, la parte recurrente solo cuestiona el hecho que el ahora beneficiario se encuentre en prisión, mas no que las autoridades que ejercieron el control de convencionalidad habrían actuado pese a una supuesta falta de competencia para emitir un pronunciamiento. Así, se señala en la demanda que:



126. De esto es posible advertir que el principal aspecto que es cuestionado en la demanda de *habeas corpus* radica en el hecho que el ahora beneficiario se encuentre privado de su libertad. La ponencia, no obstante ello, decide pronunciarse sobre un aspecto que no fue impugnado, y probablemente con la finalidad de intentar identificar argumentos que puedan justificar la decisión de ordenar la libertad de Alberto Fujimori Fujimori. En todo caso, y en la medida que se trata de un extremo de la ponencia suscrita por la mayoría, se procederá a desarrollar los argumentos que justifican que el accionar de los jueces demandados resulta compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano.
127. Al respecto, el ponente inicia señalando que los aspectos por los que la parte civil puede intervenir en el proceso penal (determinación de la responsabilidad penal del imputado para evitar la impunidad, determinación del daño ocasionado y determinación de la reparación civil) han fenecido al haberse dictado condena penal contra el favorecido, habiéndose incluso determinado los montos de las reparaciones civiles correspondientes mediante sentencia penal (fundamento 13 de la ponencia).

128. Sobre este punto, debo resaltar, en primer lugar, que debido a que la presente demanda de *habeas corpus* fue rechazada liminarmente en primera y segunda instancia, no se ha procedido a notificar con los actuados a los jueces que suscribieron las resoluciones judiciales que anularon el indulto de Alberto Fujimori. Esto no solo era una obligación derivada del adecuado resguardo del derecho a la defensa de las autoridades emplazadas, sino que, además, resultaba un acto imprescindible dada la naturaleza de lo que se discute en el presente caso. Los argumentos de la defensa hubieran permitido conocer detalles relevantes acerca de la decisión de anular el indulto. También se pudo optar, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en otras oportunidades, por declarar la admisión a trámite de la demanda en esta sede. Sin embargo, la necesidad de expedir un pronunciamiento inmediato generó que se omita la adopción de esta clase de medidas.
129. En segundo lugar, respecto del cuestionamiento que hace la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional respecto de la competencia del órgano jurisdiccional penal que anuló el indulto de Alberto Fujimori, estimo que es un argumento que carece de relevancia pues conforme a nuestra normatividad, los jueces penales son competentes para supervisar la ejecución de una sentencia penal, así como para resolver las solicitudes de las partes. Cabe recordar que ningún indulto anula una sentencia penal y que todo órgano jurisdiccional en el Perú es competente para aplicar el control de convencionalidad.
130. En todo caso, si es que se sigue la lógica de la ponencia, la parte civil tiene claramente un legítimo interés en cuestionar el otorgamiento del indulto, ya que reconocer su procedencia supondría generar lamentables y ya conocidos episodios de impunidad. Por otro lado, validar el indulto también ocasionaría un fuerte sentimiento de frustración a los familiares, ya que, aunado al hecho que Alberto Fujimori no ha cumplido con pagar su reparación civil, se estaría agregando que tampoco cumpliría con la pena que le fue impuesta. Estas preocupaciones también fueron destacadas en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, que ya hemos citado antes pero que es necesario reiterar: que “resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento

de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares”.

131. Evidentemente, en la medida en que ninguno de estos factores fue tomado en consideración, ya se advierte un primer vicio que afecta la validez del indulto y que, muy probablemente, será tomado en consideración por la Corte Interamericana para decretar que no se ha cumplido con lo dispuesto en su sentencia, generándose así la responsabilidad internacional del Estado peruano. Ya he expuesto en este voto que los tribunales locales deben estar activamente comprometidos con la adopción de medidas que eviten el surgimiento de la responsabilidad del Estado peruano. Como ha hecho recordar Nollkaemper, los tribunales domésticos de una importante cantidad de Estados se han convertido en la mayor fuerza institucional para la protección del derecho internacional¹⁶².
132. Por ello considero que las autoridades jurisdiccionales penales emplazadas han actuado con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos vs. Perú*. Por lo demás, también advierto que, al resolver el pedido de control de convencionalidad, se garantizó el derecho de defensa del ahora beneficiario, ya que se permitió que su abogado desarrollara las razones por las que consideraba que debía mantenerse el indulto.

I) *La correcta interpretación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

133. En este segundo punto, deseo resaltar la manifiesta contradicción entre la posición asumida por el ponente respecto de su interpretación del artículo 4 de la Convención Americana, con los estándares que, sobre este derecho, ha fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú*. Para ello, en el siguiente cuadro comparativo, sintetizaré las contradicciones existentes entre la posición asumida en la ponencia respecto de los criterios asumidos por la Corte Interamericana:

¹⁶² Nollkaemper, André (2012). *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1.

EXPRESIONES CONTENIDAS EN LA PONENCIA	POSICIÓN OFICIAL DE LA CORTE INTERA-MERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA RESOLUCIÓN DE SUPERVISIÓN EN EL CASO BARRIOS ALTOS
El ponente considera que, según la Convención, los condenados no deben fallecer en ningún caso en prisión:	La Corte IDH, en la misma supervisión de cumplimiento de sentencia, ha señalado que los Estados no deben adoptar medidas que impliquen el incumplimiento de la condena:
16. Al respecto, el artículo 4.6 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece la posibilidad del indulto para las personas condenadas a pena de muerte. De tal postulado convencional se desprenden dos premisas: 1) la voluntad de la Convención y de los Estados parte de que los condenados no fallezcan en prisión, y; 2) Tal acápite de la Convención, no implica una restricción para los Estados parte para regular la figura del indulto para otros supuestos, siendo importante precisar que el Perú al suscribir la Convención, no hizo reserva alguna con relación a la regulación de dicha figura para su derecho interno.	30. [...] si bien este Tribunal reconoce los avances que se han dado en el cumplimiento de dicha obligación en los casos Barrios Altos y La Cantuta a través de las referidas determinaciones de responsabilidad penal (supra Considerando 9), encuentra necesario recordar que la ejecución de la pena también forma parte de dicha obligación y que durante la misma no se deben otorgar beneficios de forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad (infra Considerandos 31 y 47). Asimismo, la ejecución de las sentencias es parte integrante del derecho al acceso a la justicia de las víctimas [...].
El ponente, para intentar justificar la procedencia del indulto en estos casos, cita un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 40 años de antigüedad¹⁶³: “17. En su oportunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se pronunció de manera favorable al otorgamiento de indultos en casos de condenados por delitos graves en su Informe de 1981 sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua, recomendando lo siguiente: 4. Con respecto a los mutilados, inválidos, gravemente enfermos y ancianos, cualquiera que sea la pena a que hayan sido condenados, considerar igualmente la posibilidad de concederles un indulto o, de no ser posible, conmutar la pena por la de arresto domiciliario”.	jurisprudencia constante, no permite el otorgamiento de beneficios que afecten la ejecución de la condena, menos aun cuando se trata de violaciones graves de derechos humanos: “31. Específicamente en lo que respecta a beneficios en la ejecución de la pena, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de 2012 emitida en el caso Barrios Altos (supra Considerando 9), este Tribunal se pronunció sobre cómo el otorgamiento indebido de los mismos puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, considerando lo siguiente: En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. Del mismo modo, el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, como las ocurridas en el presente caso”.

163 De hecho, el informe se refiere a la situación de centros penitenciarios en general, y si bien se refiere a lo que denomina como “delitos no comunes”, en ningún momento enfatiza que en cualquier caso procede el indulto.

134. En esta misma línea, de forma reciente, el Tribunal Constitucional había recordado la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana en los siguientes términos:

dicho tribunal internacional ha dejado sentado que **la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos no puede verse restringida por la aplicación de amnistías, indultos o normas de prescripción u otras excluyentes de responsabilidad que tengan por objeto impedir la investigación y sanción de los perpetradores de dichos delitos** (Caso Almonacid Arellano párr. 112; Caso Masacre de las dos Erres párr. 129; caso Gomes Lund vs. Brasil párr. 174). Y ha dejado también claro la Corte que el deber de investigar debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares (Caso Gómez Palomino vs. Perú, párr. 77)¹⁶⁴.

135. De este modo, resulta evidente que la interpretación del artículo 4 que formula el ponente es, a todas luces, contradictoria con lo dispuesto en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, y pretende, a través de esta decisión, crear peligrosos estándares respecto de la forma en que deben ser entendidos los indultos en el caso de graves violaciones de derechos humanos.

J) La existencia de un bloque normativo que obliga a NO otorgar indultos en casos como los del beneficiario

136. El ponente parte de dos premisas erradas para referirse a la supuesta inexistencia de un marco normativo relativo a los indultos humanitarios.
137. En primer lugar, señala que “este tipo de indulto tiene un grado de discrecionalidad elevado, pues depende exclusivamente del presidente de la República otorgarla a la luz de los elementos puestos a su consideración por la comisión de gracias presidenciales y, de ser el caso, del propio reo” (fundamento 23). En este punto, la ponencia desconoce la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el expediente 00012-2010-PI, se señaló que

164 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02064-2018-PA, fundamento 25.

[...] el indulto y la conmutación de la pena, no solo inciden negativamente sobre la relación de proporcionalidad que debe existir entre el *quantum* de la pena impuesta por el delito y el derecho fundamental afectado por éste (lo cual ya ha quedado establecido), sino también sobre el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en este caso, manifestado en el deber del Estado, derivado del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de sancionar debidamente las violaciones a los derechos fundamentales. Lo cual, a su vez, afecta el derecho fundamental sobre el que recayó la conducta típica en un sentido objetivo, pues la población percibirá que las violaciones a dicho derecho no resultan debidamente sancionadas. A lo que cabe agregar que limita la cabal concretización del principio de separación de poderes.

138. De este modo, no debe partirse de la premisa de un grado de discrecionalidad elevado, ya que, por regla general, el otorgamiento de indultos tiene una incidencia importante en el principio de separación de poderes, ya que supone una excepción a la regla relativa a que la administración de justicia le corresponde a los jueces y juezas del Poder Judicial, tal y como lo he precisado en la parte inicial de este voto. Esto es aún más grave si es que la persona ha sido condenada por la vulneración de un bien jurídico tan determinante como lo es la vida humana. La Corte Interamericana validó este entendimiento en la misma resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú* al señalar que:

45. [...] existe una tendencia creciente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional respecto a limitar que las condenas impuestas por tribunales penales por graves violaciones a los derechos humanos sean perdonadas o extinguidas por decisiones discrecionales de los Poderes Ejecutivo o Legislativo. Por ello, esta Corte considera que al analizarse si la aplicación de una figura jurídica de “indulto por razones humanitarias” constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar tales violaciones, es preciso valorar si se produce una afectación innecesaria y desproporcionada al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de tales violaciones y sus familiares, en cuanto a la proporcionalidad de la pena impuesta

139. Esto también se evidencia en la preocupación de la Corte porque existan mecanismos de control jurisdiccional para las decisiones en las que se otorga este tipo de indultos. En ese sentido, precisó, en la misma resolución de supervisión de cumplimiento, que

57. si se contempla una medida que afecte la pena dispuesta por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, particularmente si se trata de una figura jurídica que permite que sea el Poder Ejecutivo quien extinga dicha pena mediante una decisión discrecional, es necesario que exista la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional de la misma, que permita realizar un análisis de ponderación respecto de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, y asegurar que sea otorgada de forma debida, en consideración de los estándares de derecho internacional expuestos [...].

140. En segundo lugar, el ponente señala que no existe un bloque normativo relativo al otorgamiento de indultos humanitarios, ya que las reglas existentes se encuentran contenidas en disposiciones infralegales. Ahora bien, más allá de que sea recomendable que estas regulaciones sean elaboradas por normas con rango legal, lo cierto es que, independientemente de esa discusión, existe un claro bloque normativo respecto de los escenarios en los que NO debe ser procedente el indulto, y nos referiremos, en este punto, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En ese sentido, se precisa por este Tribunal que

68. corresponderá a las autoridades nacionales analizar si el ordenamiento jurídico peruano prevé otras medidas que, sin implicar un perdón de la pena por el Ejecutivo, permitan proteger la vida e integridad de Alberto Fujimori, condenado por graves violaciones a los derechos humanos, en caso de que realmente su situación de salud y condiciones de detención pongan en peligro su vida. Se debe ponderar cuál es la medida más acorde al respeto al principio de proporcionalidad y al derecho de acceso a la justicia de las víctimas.

141. Por ello, se puede concluir que existen estándares constitucionales e internacionales que NO permiten el otorgamiento de indultos en casos como los de Alberto Fujimori. En el caso constitucional, esto radica en el hecho de que, a un nivel mayor de vulneración de un bien jurídico, mayor debería ser la justificación para el

otorgamiento de un indulto. En este caso, los informes presentados ante la Comisión de Gracias presidenciales no solo no precisan en qué medidas las actuales condiciones carcelarias del beneficiario son insuficientes (ya que cuenta con acceso inmediato a un tópic y con asistencia médica inmediata), sino que tampoco se esfuerzan en mencionar si es que el beneficiario ha cumplido con otros requisitos fundamentales para el otorgamiento de indultos, como ocurre en el caso del arrepentimiento por el hecho delictivo o de haber procedido a cumplir con las reparaciones ordenadas. No se hace ninguna mención de ello por la simple razón que esos requisitos no han concurrido en este caso.

142. De hecho, el informe de las condiciones carcelarias elaborado por el Director del Establecimiento Penitenciario “Barbadillo”, de fecha 12 de diciembre de 2017, precisa que Alberto Fujimori cuenta con los siguientes ambientes: sala de visitas, comedor, dormitorio, un tópic y un espacio de áreas verdes en donde puede realizar ejercicios al aire libre. Esto demuestra que goza de unas condiciones carcelarias privilegiadas, en las que, además, recibe inmediata atención médica.
143. De similar modo, es sumamente preocupante que, en el informe de la Comisión de Gracias Presidenciales del Expediente 00235-2017-JUS/CGP, de fecha 24 de diciembre de 2017, no se haga ninguna referencia a las consecuencias que el otorgamiento del indulto pueda generar en relación con el derecho de acceso a la justicia de los familiares de las personas afectadas por los delitos cometidos por Alberto Fujimori Fujimori, o al contexto de impunidad que se ocasiona a propósito de ello. El informe simplemente evita pronunciarse sobre aspectos relativos a la calificación de los crímenes cometidos o si mostró algún nivel de arrepentimiento o no.
144. Al respecto, el artículo 30 del Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales establece que deben valorarse, para el otorgamiento del indulto (y que, según el artículo 35, también aplica para el caso de indultos humanitarios), los siguientes aspectos:
 - a) Forma, circunstancias, grado de participación y lesividad al bien jurídico protegido realizadas por el solicitante en el evento delictivo.
 - b) Calificación jurídica que se hubiera hecho de tales circunstancias para la determinación de la pena.

- c) Pena impuesta, sus modificatorias y las circunstancias de su imposición.
 - d) Tiempo de condena cumplida por el solicitante.
 - e) La conducta observada por el solicitante durante su internamiento penitenciario; así como el esfuerzo demostrado por este en participar en actividades que coadyuven a la reinserción social.
 - f) La situación personal, familiar y social del solicitante que emane de los informes emitidos por el Órgano Técnico de Tratamiento; así como el proyecto de vida indicado por el solicitante para su reinserción social: esta información podrá ser contrastada con la entrevista personal al interno solicitante.
145. Pues bien, en el caso relativo a las “formas, circunstancias, grado de participación y lesividad al bien jurídico protegido, el informe solo se limita a señalar que la vida humana es el bien jurídico de mayor valor, sin que, de esta afirmación, se extraiga algo relevante. No se preocupa el informe en precisar que, por tratarse de delitos considerablemente graves, los márgenes para decidir un indulto deban ser más estrechos.
146. En cuanto a la “calificación jurídica que se hubiera hecho de las circunstancias de su imposición” resulta aún más preocupante que el informe solo mencione que Alberto Fujimori fue condenado por los delitos de asesinato por alevosía, lesiones graves y secuestro agravado, peculado doloso y falsedad ideológica, sin que se haga una expresa mención del hecho que las autoridades jurisdiccionales que emitieron las sentencias condenatorias en su contra precisaron en sus pronunciamientos que la condena en el caso de los delitos de asesinato y lesiones graves constituían crímenes contra la humanidad según el Derecho Penal Internacional, lo cual, indudablemente, tiene consecuencias determinante al momento de evaluar el otorgamiento del indulto. De este modo, el informe simplemente ignoró estos hechos, y señaló que “debe primer el derecho a la dignidad de toda persona”, sin que se ponderen o si quiera tomen en consideración los derechos de los familiares de las personas que murieron en los delitos que se le atribuyen.
147. Evidentemente, la forma ligera en la que la Comisión de Gracias Presidenciales otorgó el indulto a favor de Alberto Fujimori Fujimori no resulta compatible con las exigencias establecidas por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Barrios Altos, las cuales no pueden ser ignoradas por el Tribunal Constitucional al ser el órgano que está decidiendo en última instancia en sede interna. En efecto, la Corte sostuvo que

[p]or tratarse de graves violaciones a los derechos humanos y tomando en cuenta el desarrollo del Derecho Penal Internacional (*supra* Considerandos 40 a 42)¹⁶⁵, resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte

165 En lo que respecta a la Corte Penal Internacional, además de los requisitos establecidos en el Estatuto de Roma relativos al cumplimiento de un período de tiempo determinado de la pena y la cooperación del condenado con las investigaciones y ejecución de las sentencias (*supra* Considerando 41), en sus Reglas de Procedimiento y Prueba se establecen otros factores o criterios que se deben tomar en cuenta para determinar la procedencia o no de una reducción de la pena: i) “[l]a conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen”; ii) “[l]as posibilidades de reinsertar en la sociedad y reinsertar exitosamente al condenado”; iii) “[s]i la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social”; iv) “[c]ualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias”, y v) “[l]as circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada”. Cfr. Regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf>. Asimismo, en los casos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y Ruanda (*supra* Considerando 40), sus respectivas reglas de procedimiento establecen que “al determinar si el perdón o conmutación es apropiada, el Presidente de dicha Corte deberá tomar en cuenta, entre otros, la gravedad del crimen o crímenes por los cuales el prisionero fue condenado, el tratamiento de prisioneros en situaciones similares, su demostración de rehabilitación, así como cualquier cooperación sustancial del prisionero con el Fiscal”. Cfr. Regla 125 de las Reglas de Procedimiento y evidencia para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, disponible en: <http://www.icty.org/en/documents/rules-procedure-evidence>; Regla 126 de las Reglas de Procedimiento y evidencia para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, disponible en: <http://unictr.unmict.org/en/documents/rules-procedure-and-evidence>. Por ejemplo, en el caso de Biljana Plavšić, conocido por el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, el Presidente le otorgó “liberación anticipada” tras considerar que la condenada había cumplido dos terceras partes de su sentencia, había cooperado con la Fiscalía mediante testimonios y entrevistas para la investigación de otros casos y había demostrado “evidencia sustancial de rehabilitación”. Para este último consideró que la misma: i) había “aceptado su responsabilidad por sus crímenes desde etapas tempranas del procedimiento”; ii) expresó ante el Tribunal “su remordimiento de manera completa e incondicional”; y iii) en el reporte del centro de detención se indicó que “exhibió buen comportamiento durante su encarcelación”. Cfr. *Decision of the President on the application for pardon or commutation of sentence of Mrs. Biljana Plavšić*, 14 de septiembre de 2009, párrs. 8 a 12. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/plavsic/presdec/en/090914.pdf>.

considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares.

148. La ponencia, al igual que la Comisión de Gracias Presidenciales, también ha decidido ignorar estos criterios. No existe ninguna referencia, para justificar el otorgamiento del indulto, a la falta de pago de la reparación civil por parte de Alberto Fujimori, a su conducta respecto del esclarecimiento de la verdad, o al reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados. Menos aún se ponderan los efectos que su liberación anticipada ocasionaría a nivel social respecto de las víctimas y sus familiares. Esta falta de motivación, característica de todo el trámite en la Comisión de Gracias Presidenciales, también justifica la declaración de invalidez del otorgamiento del indulto a favor de Alberto Fujimori Fujimori.

K) La ponencia pretende suprimir cualquier cuestionamiento sobre el trámite irregular del indulto, sin que esta sea competencia de la justicia constitucional.

149. Finalmente, resulta preocupante que la ponencia pretenda determinar una supuesta “verdad material” de los hechos que, en la actualidad, están siendo investigados por el Poder Judicial. Por ejemplo, el ponente señala lo siguiente:

23. Para este Tribunal, más allá del vicio de incompetencia material de que padecen ambas resoluciones judiciales, advierte que sus argumentos se sustentan en presunciones subjetivas sobre irregularidades que no resultan tales, si nos encontramos frente a un indulto humanitario de un adulto mayor de 77 años (edad del favorecido al momento del otorgamiento del indulto) [...].

150. Por otro lado, la ponencia también se preocupa en trivializar los legítimos reclamos y preocupaciones de los representantes de la parte civil. Así, señala lo siguiente:

24. En tal sentido, reclamar como irregular la participación de un médico que con anterioridad le dio tratamiento al favorecido, o que un acta ampliatoria respecto del acta médica primigenia contenga diagnósticos de enfermedades adicionales al primero,

o que para el caso particular de Fujimori se requiera una mayor carga argumentativa, no pueden identificarse como condiciones constitucionales inobservadas para anular un indulto humanitario o para cuestionar el ejercicio de la prerrogativa presidencial de otorgar tal indulto, dado que, en términos razonables, la decisión del ex presidente Pedro Pablo Kuczynski contó con los elementos necesarios para adoptar tal decisión

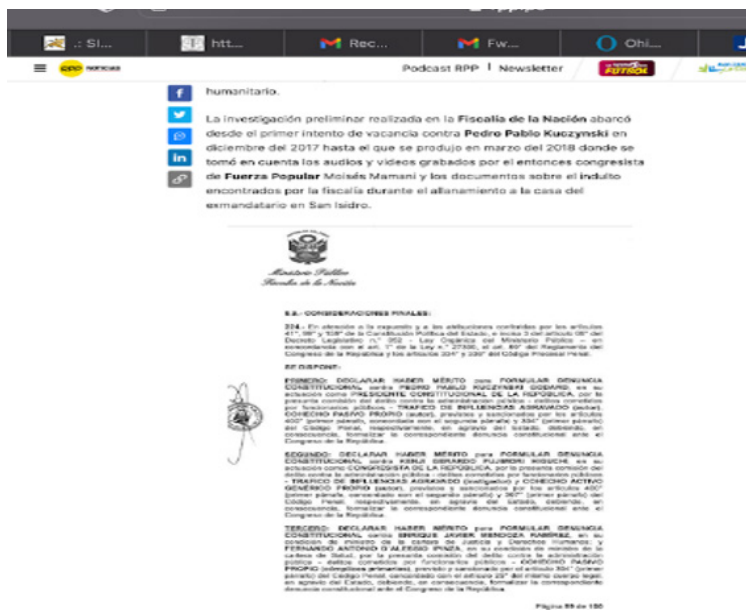
151. Sin embargo, es llamativo que estas sean cuestiones que, para la Corte IDH, resultan bastante preocupantes. Vuelvo a repetir, el tribunal interamericano ha señalado que

69. Adicionalmente, esta Corte identifica que existen serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano para otorgar dicho “indulto por razones humanitarias”. A continuación, el Tribunal hace constar dichos cuestionamientos, los cuales corresponde que sean analizados por las autoridades jurisdiccionales nacionales competentes (*supra* Considerandos 58 y 64):

- a) la objetividad de la Junta Médica Penitenciaria que evaluó a Alberto Fujimori ha sido cuestionada, en tanto uno de sus médicos integrantes lo había atendido con anterioridad en el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas [...];
- b) existen diferencias sustanciales entre el acta de la Junta Médica Penitenciaria del 17 de diciembre de 2017 y una segunda acta denominada “acta ampliatoria” suscrita dos días después. Entre esas dos fechas, el 18 de diciembre, se presentó a la Comisión de Gracias Presidenciales la solicitud respectiva de Alberto Fujimori y su expediente;
- c) pese a que el Tribunal Constitucional ha establecido que “mientras mayor gravedad y desprecio por la dignidad humana tenga la conducta perdonada, mayor deberá ser la carga argumentativa” de la concesión de una gracia presidencial (*infra* Considerando 69.e), a pesar de tratarse de delitos de lesa humanidad, ni la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS ni las actas médicas explican cuál o cuáles de las enfermedades señaladas constituyen “enfermedades no terminales graves, que se encuentren en etapa avanzada progresiva, degenerativa e incurable” [...];

- d) en relación con el mencionado deber de motivación (*supra* Considerando 69.c), ni la referida Resolución Suprema N° 281-2017-JUS ni el “Informe de Condiciones Carcelarias del Establecimiento Penitenciario de Barbadillo” presentan mayor motivación respecto de cómo las condiciones carcelarias pueden colocar en grave riesgo la vida, salud e integridad de Alberto Fujimori [...].
- e) la referida Resolución Suprema también carece de motivación respecto de mencionar que los hechos por los cuales Alberto Fujimori fue condenado y se emitió el indulto eran graves violaciones de derechos humanos [...];
- f) la solicitud del indulto y su posterior otorgamiento se dieron en medio de un contexto de crisis política generada en diciembre de 2017 cuando se inició un proceso de vacancia contra el entonces Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski Godard, por motivos de alegados actos de corrupción. La moción de vacancia presidencial fue votada el 21 de diciembre de ese mismo año sin alcanzar la mayoría requerida para su aprobación. Tres días después, el entonces Presidente emitió la Resolución Suprema que concedió el indulto y el derecho de gracia a Alberto Fujimori (*supra* Considerando 23). Posteriormente, en marzo de 2018, se presentó ante el Congreso de la República una segunda moción de vacancia contra el entonces Presidente Kuczynski. Días previos a la votación de la referida segunda moción, un congresista “presentó videos que fueron difundidos a través de los medios de comunicación, los cuales contienen reuniones sostenidas por congresistas de la República, entre ellos [el congresista que presentó los videos], Kenji Fujimori y otros, en los cuales sostienen conversaciones sobre la votación del [...] referido] congresista para la segunda moción de vacancia”. Según informó el Estado, a raíz de los referidos videos se presentó una denuncia ante la Fiscalía de la Nación, ya que, según indica la referida denuncia, los mismos “presumiblemente evidenciarían un intento de compra de votos, con la finalidad de evitar la vacancia presidencial” (*infra* Considerando 70). El 28 de marzo de 2018 la Fiscalía de la Nación “inici[ó] una investigación preliminar” contra tres Congresistas y un Ministro de Estado.

152. No se trata, entonces, de presunciones subjetivas. Son legítimas preocupaciones que también han sido destacadas por la Corte IDH en relación con la forma en que ha sido otorgado el indulto. Tampoco debe olvidarse que existen un proceso judicial en curso, el cual ya se encuentra en etapa de juicio oral, lo cual demuestra que, lejos de simples presunciones, se trata de elementos que podrían acreditar la responsabilidad penal de las personas que participaron en la irregular concesión del indulto.
153. Es más, este proceder en el trámite del otorgamiento del indulto ha generado que la Fiscalía de la Nación, a través de su Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales, inicie diligencias preliminares contra Pedro Pablo Kuczynski Godard y otros ex altos funcionarios por la presunta comisión del delito de cohecho activo genérico; y contra Kenji Gerardo Fujimori Higuchi por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo propio; todo ello en la Carpeta Fiscal N° 70-2018. En general, la hipótesis de investigación de la Fiscalía contra Pedro Pablo Kuczynski es que en su condición de Presidente de la República habría ofrecido a Kenji Fujimori Higuchi, acelerar y conceder el indulto que se venía tramitando a favor de su padre, el ex Presidente Alberto Fujimori, a cambio de votos para evitar el primer pedido de vacancia presidencial, lo cual habría conllevado a la comisión de irregularidades en la tramitación del indulto. También forma parte de la hipótesis de investigación fiscal el hecho que se atribuye al Ministro de Salud Fernando D'Alessio Ipinza haber contribuido en el proceso de evaluación de las condiciones médicas favorables para sustentar el indulto. Así, la Fiscalía establece como objeto de investigación que el indulto fue “facilitado” por la intervención en la Junta Médica Penitenciaria del médico Juan Postigo. Todos estos hechos justificaron que, con fecha 10 de septiembre de 2021, la Fiscal de la Nación estime que existían méritos para formular denuncia constitucional contra Pedro Pablo Kuczynski, Kenji Fujimori Higuchi y Enrique Mendoza Ramírez por la posible comisión de los delitos de tráfico de influencias agravado y cohecho activo (en el caso de Kenji Fujimori) y cohecho pasivo (en los casos de Pedro Pablo Kuczynski y Enrique Mendoza), tal y como se advierte a continuación:



155. La ponencia no tiene que pronunciarse sobre si existieron o no estas irregularidades, las cuales están siendo sometidas a investigación judicial. Y no se tratan, como he enfatizado, de simples presunciones,

ya que la Corte IDH ha demostrado su preocupación por este proceder, el cual, además, ha generado el inicio de procesos penales. No existe, entonces, nada de subjetivo en este punto. Más bien se genera la impresión que la ponencia solo pretende legitimar el otorgamiento del indulto, y anular cualquier posible investigación por su irregular tramitación. La ponencia solo debería examinar si es que, de conformidad con la Constitución y los estándares internacionales, existe una justificación respecto del otorgamiento del indulto. Ya he mencionado, al fundamentar mi posición, que este indulto resulta contrario a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano.

156. Finalmente, la ponencia también se encarga de justificar la notoria celeridad con la que el Poder Ejecutivo tramitó el pedido de indulto de la siguiente manera:

25. Cabe agregar que, el hecho que el trámite se haya realizado de manera pronta es parte de las características que debe observar el Estado, a través de su entidad competente, para evitar el fallecimiento de este antes de obtener respuesta a su solicitud.

157. De este modo, para el ponente, la celeridad estaba justificada para evitar el fallecimiento de Alberto Fujimori. Estimo que, independientemente de que este experimente males que son propios de las personas de su edad, eso no justifica el otorgamiento célere del indulto, más aún si es que los informes que justifican su procedencia han ignorado cualquier referencia respecto de la posibilidad de un arrepentimiento del señor Alberto Fujimori, que este haya cumplido con pagar la reparación civil, o que este indulto suponga una manifiesta vulneración de los derechos de la parte civil en el marco del proceso penal en su contra.

VI. Conclusiones

158. He demostrado que la anulación del indulto otorgado a Alberto Fujimori resulta manifiestamente incompatible con los estándares internacionalmente globalmente establecidos en relación con el deber de investigar y sancionar adecuadamente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos.

Estimo que la ponencia no ha desarrollado argumentos que justifiquen la decisión de otorgar la libertad al beneficiario, y solo pretende descalificar las legítimas preocupaciones de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos y del Ministerio Público en relación con las irregularidades existentes en el trámite del indulto durante el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski.

La finalidad de esta posición es, sin lugar a dudas, anular cualquier posible investigación y decisión de los órganos responsables de la persecución penal, los cuales, en la actualidad, tienen un proceso abierto en la fase de juicio oral por la posible comisión de los delitos de cohecho y tráfico de influencias agravado.

Las sentencias del Tribunal Constitucional no deberían ser un obstáculo para descubrir la verdad respecto de estos hechos.

159. La sentencia dictada por la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional, “reviviendo” indebidamente el indulto a Alberto Fujimori, le causa un grave daño al Estado de Derecho, en especial a uno de sus componentes principales como es la independencia judicial. Ésta no le otorga “plena autonomía” ni “soberanía” a los jueces y juezas, como algunos creen, sino que éstos tienen el deber de obrar siempre conforme al Derecho, de obedecer al Derecho imperante.

En un Estado de Derecho, los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de ser juzgados conforme al Derecho. Y justamente la contraparte de este derecho es el deber de independencia de los jueces y juezas para que estos obren conforme al Derecho y no conforme a razones extrañas o contrarias al Derecho, a razones políticas, ideológicas o convicciones personales, entre otras. En este caso, por lo que ya he expuesto, la mayoría del Tribunal no ha respetado ese deber de independencia.

Con relación al grave daño a las víctimas y familiares de éstas, la decisión de la mayoría del Tribunal Constitucional no sólo ha desacadado decisiones de la Corte IDH sino que ha generado una esfera de impunidad respecto la responsabilidad de Alberto Fujimori en casos de graves de violaciones a los derechos humanos.

Una vez más se ha vulnerado el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de tales violaciones, así como de los familiares de éstas.
!!!La historia tiene dos partes...no sólo una !!!

Por todas estas consideraciones, considero que la demanda debe ser declarada como **IMPROCEDENTE**.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

ANEXO

DEMANDA DE HABEAS CORPUS INTERPUESTA POR GREGORIO FERNANDO PARCO ALARCON

"FEDERACION NACIONAL DE ABOGADOS DEL PERU"

"ASFENADEP"

INSCRITO EN LA PARTIDA No. 21177376 de los Registros Públicos de Lima.-

e-mail lucianabogados@hotmail.com

Calle Huancavelica No. 117 - Ica - Perú Telf. 056-765177 -
Cel. 929444290 REPUBLICA DEL PERU

REO EN CARCEL.-

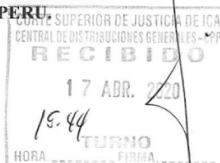
EXP. N.º

ESPECIALISTA:

CUADERNO: PRINCIPAL

SUMILLA: Interpone proceso de habeas corpus por vulnerar la integridad personal, el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, contaminación del coronavirus.-

-Declare nula Resolución del Juez Supremo que declaró nula el indulto Humanitario, reponiendo las cosas al estado anterior ordene su libertad.-



ASFENADEP
COMISION DERECHOS HUMANOS

Gregorio F. Parco Alarcon
FEDERACION NACIONAL DE ABOGADOS DEL PERU

AL SEÑOR JUEZ PENAL DE INVESTIGACION PREPARATORIA DE TURNO DE ICA:

GREGORIO FERNANDO PARCO ALARCON, con DNI. 15377282, natural del distrito de Bella Vista, provincia Constitucional del Callao, Región del Callao, Licenciado del Ejército Peruano, del Grupo de Artillería Ante Aéreo No. 501-General Roque Sáenz Peña, Sexta División Blindada del Fuerte Arica, LOCUMBA - TACNA, con domicilio procesal en la calle Huancavelica No. 117 Ica, teléfono 056-765177 - Cel. 929444290 con casilla electrónica No. 4221 SINOE del poder judicial, de esta ciudad, a usted atentamente digo:

DEMANDADOS:

- 1.- JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO, presidente del Poder Judicial, a quien deberán de notificar en su despacho en la Av. Paseo de La Republica S/N. Lima Perú.
- 2.-CARLOS MORAN SOTO, Ministro del Interior, a quien deberán de notificar en Plaza 30 de agosto N° 150 Urb. Corpac - Distrito de San Isidro, departamento de Lima.
- 3.-FERNANDO CASTAÑEDA PORTOCARRERO; Ministro de Justicia a quien deberán de notificar en Scipión Llona 350, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima.
- 4.-CESAR CARDENAS LIZARBE, Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), a quien deberán de notificar en el Jirón Carabaya N° 456 Cercado de Lima - Perú.

2

5.-JUEZ SUPREMO DE INVESTIGACION PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA, ABOGADO: HUGO NUÑEZ JULCA, a quien deberán de notificar en su despacho en la Av. Paseo de La Republica S/N. Lima Perú.

Y, SE NOTIFIQUE AL PROCURADOR PÚBLICO DEL PODER JUDICIAL, a fin de que asuma la defensa del demandado poder judicial, en la Av. Petit Thouars 3943, distrito de San Isidro 15046- provincia y departamento de Lima Perú.

BENEFICIARIO:

ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI, (ex presidente de la República del Perú- **Interno** en el establecimiento del penal Barbadillo, ubicado en el interior de la Diroes, en Ate, provincia y departamento de Lima).

DNI No. 10553955

PETITORIO:

Que, al amparo del irrefragable derecho de petición amparada en el inciso 20 del artículo 2 de vuestro Estatuto Nacional del año 1993, (vigente), en concordancia con el artículo 26 del código procesal Constitucional, sobre la legitimación para promover demanda de Habeas corpus, interpongo demanda del proceso de habeas corpus por vulnerar la integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, contaminación ambiental y coronavirus, acción que la dirijo contra los funcionarios del Estado peruano responsables de la vulneración de sus derechos constitucionales invocadas, demanda interpuesta en beneficio del ciudadano **ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI**, (ex presidente de la República del Perú), **Interno** en el establecimiento del penal Barbadillo, ubicado en el interior de la Diroes, en Ate, provincia y departamento de Lima, a fin de que el Juzgado, mediante resolución Judicial consentida y firme, Declare Nula La Resolución Judicial de la Corte Suprema que declaro nula el INDULTO HUMANITARIO PRESIDENCIAL, ordene su inmediata libertad, por ser ilegal la resolución judicial que declaro nula el indulto presidencial, siendo irreversible, por motivos fundadas de salud, trato inhumano, por órdenes y motivos políticos, que el beneficiario no es peligro para la sociedad, por la avanzada edad, su salud, están sancionando a una personas de **ADULTO MAYOR** de (82 años), ya nadie puede soportar una **PRISIÓN** a esta edad, el poder judicial está siendo utilizado por fines políticos, por intereses trasnacionales, intereses que escapan a un proceso judicial, el Poder Judicial es el poder del Estado Peruano, autónomo, al poder legislativo y poder ejecutivo, por tales fundamentos del petitorio es procedente su inmediata libertad, ya que las penas pueden ser cumplidas en su propio domicilio, si es posible con vigilancia, a donde se va ir este ciudadano, esta petición está amparada en el inciso 1 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el inciso 1 del artículo 200 de la

ASFENADED
 COMISION DERECHOS HUMANOS
 Gregorio F. P. Alarcon
 PRESIDENTE
 FEDERACION NACIONAL DE ABOGADOS DEL PERU

ASFENADED
COMISIÓN DERECHOS HUMANOS

Gregorio F. Parco Alarcon
FEDERACIÓN NACIONAL DE MUJERES DEL PERU

Constitución Política del Estado Peruano, el mismo dicta que la constitución política del Estado, sus normas no deben ser violadas por cualquier otra norma inferior a esta, en este caso el poder judicial está vulnerando el derechos protegidos por la Constitución política del Estado Peruano, por estos fundamentos se sirva actuar en el día, constituyéndose en la basa naval, dando preferencia a esta demanda por tratarse de un proceso de habeas corpus, conforme así lo ordena el artículo 28 y 30 del código procesal Constitucional, por los fundamentos que se expone:

FUNDAMENTOS DE LOS HECHOS:

1.- Alberto Kaynia Fujimori; Lima, 1938) Político peruano, presidente de Perú entre 1990 y 2000. Fundador de la agrupación Cambio 90, ganó las elecciones presidenciales de 1990, derrotando a Vargas Llosa. Puso en marcha un duro plan de ajuste para paliar la grave situación económica. El 5 de abril de 1992, con el apoyo del ejército, encabezó un autogolpe y disolvió el parlamento. Después de sofocar un intento de contragolpe protagonizado por varios militares (13 de noviembre), convocó unas elecciones (6 de diciembre de 1992) para un denominado Congreso Constituyente Democrático, que fueron boicoteadas por los partidos tradicionales de país. La victoria en ellas de la agrupación Nueva Mayoría-Cambio 90 permitió a Fujimori legitimar su golpe de estado y elaborar una nueva constitución acorde con su política. En los comicios de 1995 resultó reelegido por mayoría absoluta. Bajo su segundo mandato el país experimentó un crecimiento económico notable, aunque tuvo que afrontar episodios como el secuestro y la posterior liberación de rehenes en la embajada japonesa en Lima (diciembre 1996-abril 1997). En el año 2000 volvió a ser elegido, pero las denuncias de corrupción forzaron su dimisión en noviembre del mismo año.

2.- Descendiente de emigrantes japoneses, Alberto Fujimori nació en Lima el 28 de julio de 1938. Estudió en el colegio Nuestra Señora de la Merced y en la Gran Unidad Escolar Alfonso Ugarte de Lima. En 1957 ingresó a la Universidad Nacional Agraria de La Molina. En 1984 fue nombrado decano de la Facultad de Ciencias de dicha universidad, de la cual poco después fue elegido rector.

3.- A comienzos de 1990 llegaba a su fin el gobierno de Alan García Pérez, que se caracterizó por una grave crisis económica, el incremento de la violencia terrorista y el descrédito de las fuerzas políticas. Para ese año, el número de candidatos fue excesivo y el tipo de contienda electoral fue muy agresiva. En la campaña se enfrentaron en primera y segunda vuelta el prestigioso literato Mario Vargas Llosa, por el Frente Democrático, y el hasta entonces desconocido ingeniero Alberto Fujimori como cabeza de Cambio 90, formación política que Fujimori había fundado en 1989. La feroz operación de desprestigio desatada contra el candidato opositor y las promesas electorales que Fujimori reiteraba en su lema electoral ("honradez, tecnología y trabajo"), favorecieron a este último, que salió vencedor en las elecciones generales de 1990.

ASFENADED
COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
GREGORIO F. PARCO ALARCÓN
PRESIDENTE
FEDERACIÓN NACIONAL DE ABUADOS DEL PERÚ

4- Sin plan de gobierno y bajo denuncias de evasión de impuestos y sospechas de su nacionalidad japonesa, el nuevo presidente juramentó el cargo por un periodo de cinco años el 28 de julio de 1990. Una de las primeras medidas adoptadas por su gobierno fue la realización de un fuerte ajuste económico que durante toda su campaña electoral había prometido evitar. Tras una premeditada campaña de desprestigio contra el Poder Judicial y el Congreso, al cual se acusaba de generar ingobernabilidad y entorpecer las medidas necesarias para organizar el Estado, Alberto Fujimori y las Fuerzas Armadas dieron el 5 de abril de 1992 un golpe de estado que abolió la Constitución de 1979, cerró el Congreso e intervino el Palacio de Justicia. El golpe se había inspirado en el llamado "Plan Verde", documento elaborado en 1988 por un grupo de militares descontentos con el gobierno de García.

5.-La población, ilusionada con el "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", como se le denominó, y ante la creciente amenaza de los grupos terroristas Sendero Luminoso (SL) y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), apoyó en su gran mayoría la medida. Tras no muchas protestas, la OEA aceptó rápidamente la situación y no puso mayores objeciones al nuevo régimen. Se conformó entonces el denominado Congreso Constituyente Democrático (CCD), el cual elaboró la Constitución de 1993, que permitía la reelección presidencial inmediata, a diferencia de la 1979, que la prohibía.

6.-La captura del líder de Sendero Luminoso, Abimael Guzmán Reynoso, en septiembre de 1992, producto de la paciente labor del Grupo Especial de Inteligencia (GEIN) de la policía, que venía trabajando al mando del coronel Benedicto Jiménez desde 1988, significó el inicio del derrumbe de este grupo subversivo, lo cual fue aprovechado por el gobierno de Fujimori con fines electorales. Poco después, en noviembre de 1992, fue abortado un intento de golpe protagonizado por un grupo de militares liderados por el general Enrique Salinas Sedó, que buscaban restablecer la institucionalidad democrática. Al enterarse del hecho, y como acto premonitorio, Fujimori se dirigió en compañía de su familia a la embajada del Japón en Lima.

7.- Transcurridos los primeros cinco años de gobierno, el Perú registraba excelentes índices de crecimiento económico, una mayor confianza en la viabilidad política y un mayor respeto por las instituciones públicas. En este contexto favorable, Fujimori resultó vencedor en las elecciones presidenciales realizadas en 1995, tras derrotar al ex-secretario general de la ONU Javier Pérez de Cuéllar, que se presentó a los comicios electorales como cabeza de Unión por el Perú. La mayoría parlamentaria oficialista aprobó la ley 26657, denominada "Ley de Interpretación Auténtica", que pretendía justificar la postulación de Alberto Fujimori a un tercer periodo presidencial. Es decir, se interpretaba el segundo gobierno de Fujimori (1995-2000) como si fuera el primero, basándose en la no retroactividad de las leyes.

8.- Uno de los acontecimientos más importantes que tuvieron lugar durante el segundo gobierno fujimorista fue la toma de la residencia del embajador japonés por parte de un comando del MRTA liderado por Néstor Cerpa Cartolini e integrado por 14 subversivos (entre ellos 2 mujeres), en diciembre de 1996. La gran mayoría de los rehenes fueron liberados en los días

siguientes, con lo que quedaron 172 personas secuestradas. Cuatro meses después, y tras extensas negociaciones, un comando del ejército liberó a los rehenes, en una operación que dejó como saldo la muerte de un rehén, la de dos militares y todos los subversivos.

9.- Posteriormente, en junio de 1997, tres magistrados del Tribunal Constitucional (Delia Revoredo, Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry) que habían declarado inconstitucional la "Ley de interpretación Auténtica", fueron arbitrariamente destituidos por la mayoría oficialista del Congreso. En los años siguientes, la crisis económica, el marcado acento autoritario del presidente y los cada vez más sonados casos de corrupción en el gobierno terminaron por minar la credibilidad y popularidad de Fujimori.

10.- En el año 2000 Fujimori logró ser reelegido, pero esta tercera elección presidencial fue duramente criticada dentro y fuera del Perú por las fundamentadas denuncias de fraude. La situación se agravó con el descubrimiento de las corruptelas de su mano derecha, Vladimiro Montesinos. El video en el que se observaba con nitidez cómo Montesinos (asesor del presidente y jefe de los servicios secretos) sobornaba al congresista opositor Alberto Kouri recorrió las cadenas de televisión de todo el mundo. Sobre el que había sido durante años hombre de confianza del presidente recayeron acusaciones de blanqueo de dinero, narcotráfico, contrabando de armas y asesinato. Montesinos huyó del país, y la tormenta política acabó provocando la dimisión del propio Fujimori, la detención por corrupción de gran parte de sus ministros y personalidades de su entorno, y el autoexilio de Fujimori en Japón (noviembre de 2000).

11.- En 2001, después de la captura de Montesinos, las autoridades judiciales acusaron a Fujimori de cargos de corrupción, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Tras varios pedidos de extradición por parte del gobierno peruano a su homólogo japonés (que fueron denegados), en noviembre de 2005 Fujimori llegó de forma inesperada a Santiago de Chile, donde fue detenido y puesto en libertad condicional bajo fianza seis meses más tarde.

12.- En septiembre de 2007 la Corte Suprema de Chile aprobó su extradición a Perú, donde la Justicia inició de inmediato el primer proceso en su contra. El 7 de abril de 2009 el Tribunal Supremo de Perú condenó a Fujimori a veinticinco años de prisión, al hallarlo responsable directo del asesinato de veinticinco personas y de dos secuestros, crímenes perpetrados durante su primer mandato presidencial. Otro juicio, celebrado sumariamente en 3 días a fines de septiembre de 2009, encontró a Fujimori culpable de los delitos de espionaje telefónico, compra de medios de comunicación y sobornos a parlamentarios, por los que se le condenó a otros seis años de prisión.

13.-Que, finalmente el Poder Judicial, bajo el mando del demandado, tiene recluso en el establecimiento del penal Barbadillo, ubicado en el interior de la Diroes, en Ate, provincia y departamento de Lima, en cumplimiento de una sentencia y otros procesos penales en giro, esto no es motivo para cometer los hechos demandados, como por ejemplo tener en prisión a una persona de 82 años, mal de salud, ya no es peligro para la sociedad, es como tener preso en espíritu a los HEROES MUERTOS TUPAC AMARU II, enemigo de ESPAÑA, FRANCISCO BOLOGNESI, enemigo de CHILE.

ASFENADED
COMISIÓN DERECHOS HUMANOS
GREGORIO ALARCÓN
PRESIDENTE
LEGISLACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PERÚ

14.- Los informes y propuestas para los indultos son de competencia del Poder Judicial, de los legisladores, pero nadie se pronuncia sobre este extremo, por lo que la vía más rápida es esta demanda Constitucional, que ampara nuestra ESTUTATUTO NACIONAL DEL AÑO 1993, promulgada por el mismo BENEFICIARIO ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI.

15.- Que, finalmente el presidente de la Republica Pedro Pablo Kuczynski INDULTA al ex presidente de la republica ALBERTO FUJIMOTI FUJIM OPRI, en ese momento, la presidencia de Perú difundió un comunicado en el que explicaba que Kuczynski había otorgado la gracia presidencial tras conocer la evaluación de una junta médica aconsejara su puesta en libertad por sufrir "una enfermedad progresiva, degenerativa e incurable". Mediante resolución suprema es ordenada su inmediata libertad.

16.- Indulto a Fujimori: la Corte Suprema de Perú anula la liberación del expresidente y ordena su captura.

"Indulto humanitario" o "pacto por la impunidad"? Por qué causa tanta polémica en Perú el perdón a Alberto Fujimori

ASFENADED
COMISIÓN DERECHOS HUMANOS
PRESIDENTE
Gervasio F. Parco Alarcon
ACN NACIONAL DE ABOGADOS DEL PERU

La Corte Suprema de Perú anuló este miércoles el indulto concedido en diciembre al expresidente Alberto Fujimori (1990-2000).

El Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema consideró que el indulto que había concedido el expresidente Pedro Pablo Kuczynski (PPK) carecía de efectos jurídicos y también ordenó la búsqueda y captura del expresidente peruano para que ingrese en prisión.

Fujimori, de 80 años, había sido indultado por PPK Pedro Pablo Kuczynski a fines del año pasado cuando había cumplido alrededor de la mitad de su condena a 25 años de cárcel por delitos de lesa humanidad.

17.- Actualmente corre peligro de muerte en la reclusión por motivos de su avanzada edad, sus enfermedades, y la contaminación ambiental del coronavirus, de conocimiento público, con la edad que tiene de 82 años, próximos a MORIRSE por la avanzada edad NO ES PELIGRO PARA NADIE, los politicos los tienen recluido como UN TROFEO, sin embargo otros siguen libres como los expresidentes de la república, por lo que es procedente su inmediata libertad sea recluido en su domicilio y espere su muerte sus últimos días de vida que le quedan.

FUNDAMENTOS JURIDICOS:

CONSTITUCION POLITICA:

Inciso 1 del artículo 200 sobre la procedencia del Habeas corpus.

Inciso 22 del artículo 139 del estatuto nacional del Perú.

CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.-

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de

ASFENADE
COMISIÓN DERECHOS HUMANOS

Graciano F. Porco Alarcon
PRESIDENTE

LEYERACAN NACIONAL DE ABOGADOS DEL PERU

un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda

Artículo 25.- Derechos protegidos

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

- 1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.

Artículo 26.- Legitimación

La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo.

Artículo 27.- Demanda

La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

Artículo 28.- Competencia

La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos.

Artículo 29.- Competencia del Juez de Paz

Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado donde se interpuso la demanda este dictará orden perentoria e inmediata para que el Juez de Paz del distrito en el que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación.

Artículo 30.- Trámite en caso de detención arbitraria

Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato. Para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial.

Artículo 31.- Trámite en casos distintos

Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión, y resolverá de plano en el término de un día natural, bajo responsabilidad.

8

La resolución podrá notificarse al agraviado, así se encontrare privado de su libertad. También puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda así como a su abogado, si lo hubiere.

Artículo 34.- Contenido de sentencia fundada

La resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas:

- 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
- 2) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o
- 3) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o
- 4) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

MEDIOS PROBATORIOS:

- 1.- PIDA INFORME AL INPE para se oficie en el día.
- 2.-PIDA INFORME AL JUZGADO PENAL SUPREMO DE INVESTIGACION PREPARATORIA, a fin de que remite información en el día bajo responsabilidad funcional.
- 3.-Se sirva extraer las resoluciones judiciales mediante SIJ. Los actuados del proceso penal que declaro nula el indulto presidencial.
- 4.-Pida informe al despacho presidencial a fin de que remitan el cuadernillo de INDULTO del presidente ALBERTO FUJIMORI.

DILIGENCIAS:

En el día tome la declaración indagatoria del beneficiado Alberto Fujimori Fujimori, recluso en el penal de Barbadillo DIROES Ate, Lima, Perú.

ADJUNTO: FOJAS 05 INFORME PERIODISTICO DE ANDINA.

Por tanto.

A usted Señor Juez, se sirva admitir a trámite y oportunamente declararla fundada.

Ica, 16 de abril del 2020

ASFENADED
COMISION DERECHOS HUMANOS
.....
Gregorio R. Parco Alarcon
PRESIDENTE
FEDERACION NACIONAL DE ABOGADOS DEL PERU
C.A.I. 2163
cel. 929444290

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. ANOTACIONES INICIALES

1. Debo comenzar estas líneas con una necesaria acotación: este texto no es el de un(a) comentarista político(a) que podría, por ejemplo, especular que la libertad concedida a Alberto Fujimori Fujimori puede respaldar al fujimorismo en una coyuntura electoral próxima a nivel electoral. Tampoco mi labor implica tomar partido ciegamente por alguna de las partes (las familias de las víctimas y las víctimas mismas, por citar un caso). Mi trabajo, independientemente de especulaciones simpatías o antipatías, responde a mi rol como Juez constitucional.
2. En ese sentido, y luego de expresar mi solidaridad con las víctimas y sus familiares producto del ataque de Sendero y otras fuerzas lamentablemente vinculadas con algunos gobiernos que estuvieron a la cabeza del Estado peruano, así como mi gratitud a aquellos policías y militares que perdieron la vida o vieron debilitada su integridad con los avatares de una situación de enfrentamiento entre peruanos que ojalá nunca vuelva a darse, debo señalar que es lo que me toca realizar como juez constitucional: la evaluación jurídica de una ponencia, presentada por el magistrado Blume, la cual ante un empate contó con el voto decisorio del magistrado Ferrero para ser considerada la posición mayoritaria. Con esta demanda se buscaba la excarcelación del ex presidente del Perú Alberto Fujimori Fujimori. Y, frente a ello, estaba el pronunciamiento hecho por la Corte Suprema de la República del Perú, pronunciamiento hecho siguiendo los parámetros establecidos por la Corte Interamericana en la evaluación del cumplimiento de las sentencias “Barrios Altos” y “la Cantuta”, en donde se había implicado y luego condenado a Fujimori hasta por 25 años (en el Perú, como sabemos, en líneas generales, las diferentes penas se subsumen en la mayor que se le haya puesto a una persona).
3. Ante ello, en este voto no perderé de vista las consideraciones básicas planteadas por la ponencia del magistrado Blume, las cuales son a saber:

- Que el indulto es una prerrogativa presidencial que no admite límites.
 - Que la Corte Suprema carecía de competencia para anular un indulto.
 - Que debía tomarse en cuenta la edad y el estado de salud del recluso Alberto Fujimori Fujimori.
4. Así, se expondrá primero sobre el contexto de lo evaluado. Luego me referiré al desarrollo del debate realizado en el Tribunal Constitucional al respecto. Finalmente, expondré las consecuencias que puede acarrear un fallo emitido con el voto de algunos de mis colegas, el cual respeto, pero frente al que tengo radicales diferencias.
- II. EL CONTEXTO DE LO EVALUADO Y ALGUNAS ACOTACIONES ADICIONALES: EL ALCANCE DE UN INDULTO, DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE MENCIONA UN INDULTO HUMANITARIO, QUIENES SON COMPETENTES PARA RESOLVER ESOS CASOS Y QUE SIGNIFICA LA REFERENCIA A “CRIMENES DE LESA HUMANIDAD”**
5. Antes incluso que se diera el pronunciamiento que condena al ex presidente Fujimori a 25 años de cárcel en el año 2009, el Estado peruano había sido condenado por la Corte Interamericana por violaciones de derechos humanos en los casos “Barrios Altos” y “la Cantuta”. Como suele ocurrir en la Corte Interamericana, ambos casos fueron incluidos en la dinámica de las sesiones de cumplimiento y seguimiento de casos que hace esa Corte con competencia supranacional, así como quedar dentro de una ejecución de sentencia donde las son vinculantes las decisiones que la Corte emite en particular la (pauta adoptada inicialmente frente a cinco casos peruanos): La Corte Interamericana, dentro de su labor de seguimiento y cumplimiento de las sentencias emitidas en los casos “Barrios Altos” y “la Cantuta”, toma conocimiento del indulto otorgado el 24 de diciembre de 2017, mediante el cual el ex presidente Fujimori era liberado sin haber cumplido con otras de las acciones que debía asumir, aparte de la pérdida de su libertad, como son las del pedido de disculpas a las víctimas y el pago de la reparación civil, entre otras.
6. Ante los reclamos de las víctimas y familiares de las víctimas en los casos “Barrios Altos” y “la Cantuta”, la Corte Interamericana ordenó que el órgano competente en el Perú revise la validez constitucional

y convencional de dicho indulto. Es por ello que el juez supremo provisional encargado del juzgamiento de altos funcionarios conoció el caso y declaró nulo el indulto, decisión confirmada por la Sala existente para evaluar este tipo de situación.

7. La ponencia del magistrado Blume y convertida en ponencia de mayoría por el voto decisorio del Magistrado Ferrero incurre aquí, con todo respeto, en dos graves errores. El magistrado Blume, que en las sesiones que tenemos siempre en el Tribunal nos ha hecho notar que en el Estado Constitucional no hay zonas exentas de control de constitucionalidad, ahora abandona su posición de casi ocho años ininterrumpidos, y nos dice en primer lugar que el indulto es una actuación presidencial que nadie puede revisar.
8. Eso, respetuosamente, no es cierto. En primer término, en mérito a los que algunos llaman “constitucionalización de la política”. Política y Derecho son cosas distintas, pero en un Estado Constitucional, ninguna actuación política puede darse sin respetar los principios, derechos, valores, mandatos y demás preceptos constitucionales. Así lo han descrito los norteamericanos desde el caso “Baker versus Carr”, donde la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos deja de lado la teoría de las *political questions* (cuestiones políticas no justiciables) y asume otros criterios.
9. Y es que desde “Baker versus Carr” la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos reconoce que siempre ante una decisión política cabe hacer un control de temas de procedimientos o materias procesales (órgano competente, trámite seguido conforme a la Constitución, plazo para actuar siguiendo las pautas ya establecidas), o puede hacerse un control de temas de sustancia (el contenido de la pretensión buscada o el objetivo de la misma). La Suprema Corte Federal ha seguido ese criterio en muchos casos más casos hasta la actualidad.
10. Ahora bien, lo significativo es que la Corte Interamericana acoge la formulación norteamericana y lo aplica en primer término a un caso de amnistía (tradicionalmente vista como una “cuestión política no justiciable”, o con denominaciones distintas con un objetivo general, planteadas en otros países, como las de “actos de gobierno” o “actos políticos”).
11. A partir de esta sentencia, es claro que para la Corte Interamericana el indulto es pasible de control de convencionalidad y de control de

constitucionalidad, afirmación especialmente importante en el Perú, donde nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad son lo mismo, sobre todo en un Estado como el peruano, que suscribe tratados y asume la interpretación obligatoria de los Tribunales responsables de dar una interpretación vinculante de esos tratados.

12. Es más, en el Perú hemos tomado ese camino en una serie de materias antes vistas como no justiciables, y donde el mismo tribunal ha tomado posición (amnistías, control de políticas públicas, establecimientos de márgenes de acción a las Comisiones investigadoras y a la Comisión de Ética del Congreso, y un largo etcétera). El indulto tampoco ha sido una excepción en la evaluación de constitucionalidad ya hecha por el Tribunal Constitucional, tal como lo demuestra lo resuelto en el caso Crousillat, donde nuestro Tribunal declaró inconstitucional un indulto.
13. Y que tiene que entenderse claramente de qué hablamos, cuando hablamos de un indulto. El tercer inciso del artículo 118 de la Carta de 1993 prescribe que es una atribución del Presidente de la República la de “conceder indulto o conmutar penas [...]”. Se está haciendo referencia a que el Presidente, dentro de ciertos requisitos ya prescritos en el caso peruano, puede liberar a alguien condenándola por un delito. Es un perdón de la pena, que no ignora los delitos cometidos por el indultado (a), pero que asume que quien se encuentre en una cárcel se está resocializado (a), o que es víctima de una enfermedad terminal que le obligue a pasar el resto de sus días en una clínica o un hospital. A esto último es lo que se conoce coloquialmente como “indulto humanitario”.
14. Como un dato histórico, debe tenerse presente que la figura del indulto se consolida en el contexto de las monarquías absolutas, donde quien reinaba concentraba el *ius puniendi* (capacidad de sanción) dentro de todo un Estado. En ese sentido, el Rey o Reina absoluta eran quienes decidían lo que era justo o injusto, y los jueces tenían que seguir su mandato. Y si desde la monarquía absoluta se tiene esas facultades para actuar, quien fuese Monarca podía liberar a quien estuviese preso(a), perdonándole del cumplimiento de la pena que se le había impuesto.
15. Ahora bien, y a despecho del fenómeno de la constitucionalización de la política aquí ya descrito, no desaparece la facultad de indultar,

sino que en las Repúblicas y las Monarquías configuradas dentro de los parámetros del Estado Constitucional, el indulto subsiste, pero puede ser objeto de control en sede jurisdiccional, en sus diferentes características (supresión de la pena impuesta a un condenado, actuación discrecional no carente de control, con un pronunciamiento – salvo que se quiere nula con carácter de cosa juzgada). Además, y en mérito a las implicancias negativas que tiene el indulto a derechos y bienes de relevancia constitucional, se demanda que, como contraparte a su concesión se realice una estricta observancia del derecho a la debida motivación (STC 00012-2010-PI/TC).

16. El indulto entonces, si bien es potestad del Presidente de la República, quien, si bien tiene un gran margen de actuación para su concesión, debe estar debidamente motivado y es pasible de control constitucional (STC 03660-2010-PHC/TC-F 10). De allí la importancia de, entre otros aspectos, un escrupuloso seguimiento del procedimiento establecido para la concesión de un indulto.
17. Por ende, y como desarrollo de lo planteado ahora en nuestra Constitución, ahora se tiene la Resolución Ministerial 0162-2010-JUS, disposición mediante la cual se aprueba el Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, órgano técnico multisectorial adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Allí, dentro de lo que coloquialmente denominado “indulto humanitario”, un indulto con características específicas, justificadas básicamente en el estado de salud de quien fuera ser indultado (a), se debe presentar un expediente para su tramitación que incluya la siguiente documentación:
 - A. Solicitud dirigida a la Comisión, con los fundamentos de hecho en su pedido
 - B. Copia certificada de la sentencia expedida por el juez (a) o la Sala Penal, con la constancia de haber quedado consentida o ejecutoriada.
 - C. Certificado de conducta otorgado por el Director del Establecimiento Penitenciario en el que se encuentre recluido el interno, debiendo consignarse
 - D. Historia clínica del solicitante
 - E. Informe médico del solicitante emitido por profesional médico perteneciente a algún centro hospitalario, organización médica,

- o particular designado por el Ministerio de Salud o EsSalud. Dicho informe se elabora con la evaluación personal al solicitante; salvo que este pudiera ser formulado con el solo mérito de la documentación alcanzada. El informe deberá consignar los datos personales del médico que lo emite.
- F. Protocolo médico del solicitante emitido por el centro hospitalario u organización médica autorizada.
 - G. Acta emitida por la Junta Médica Penitenciaria, en los casos en que sea necesario, en la que describan en forma detallada las siguientes indicaciones: datos generales del solicitante, signos y síntomas, antecedentes, diagnóstico definitivo, tratamiento, consecuencias de no seguir el tratamiento, recomendaciones y pronóstico. Los miembros de la Junta Médica Penitenciaria deberán anexar el acta de declaración jurada manifestando conocer que la razón de dicha acta la declaración jurada manifestando conocer que la razón de dicha acta se realiza en virtud de una solicitud de indulto por razones humanitarias.
 - H. Hoja penal del solicitante, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario con una antigüedad no mayor de tres (3) meses.
 - I. Informe del Instituto Nacional penitenciario sobre los intentos o existencia de fugas, y obtención de otras gracias presidenciales concedidas con anterioridad el solicitante o beneficiarios penitenciarios solicitados.
 - J. Informe social emitido por el Área Social del Establecimiento Penitenciario.
18. Ahora, como bien ha dicho este Tribunal en el fundamento 45 del expediente STC 00012-2010-PI/TC, “Mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) haya revelado la conducta típica”, mayor será la carga argumentativa para conseguir el indulto buscado”. Vamos entonces al análisis de la Resolución Ministerial 281-2017-JUS, mediante la cual se otorgó el indulto por razones humanitarias al expresidente Alberto Fujimori Fujimori, ahora restituido con la participación de los magistrados Ferrero, Blume y Sardón.
19. Este indulto fue recusado por los familiares de las víctimas y las víctimas de los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, y llevado a la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, por considerarse que impedían el pleno cumplimiento de las dos sentencias recientemente mencionadas. Fue entonces que la Corte Interamericana emite resolución con fecha 30 de mayo de 2018, emitida en la etapa de supervisión de cumplimiento de las sentencias “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

20. En la resolución de fecha 30 de mayo de 2018, la Corte establece diversas observaciones que, por su importancia, paso de describir:

“[...] Adicionalmente, esta corte identifica que existen serios cuestionamientos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano para otorgar dicho [“indulto por razones humanitarias”].

21. La Corte Interamericana comenzó a resaltar sus preocupaciones. En primer lugar, cuestiona la objetividad de la Junta Médica Penitenciaria que evaluó a Fujimori. Es más, hecho con la participación de dos de los médicos del mismo Alberto Fujimori, lo cual es manifiestamente irregular.
22. En segundo término, la Corte anota que encuentra diferencias sustanciales entre el acta de la Junta Médica Penitenciaria el 17 de diciembre de 2017 y una segunda acta denominada “acta requisitoria” suscrita dos días después. Entre estas dos fechas, el 18 de diciembre de 2017, recién se presentó a la Comisión de Gracias Presidenciales la solicitud respectiva de Alberto Fujimori y su expediente.
23. En tercer lugar, y pese a que el Tribunal Constitucional ha establecido que “mientras mayor gravedad y desprecio por la dignidad humana tenga la conducta perdonada, mayor deberá ser la carga argumentativa, sobre todo si en aquellos casos que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se consideran delitos de lesa humanidad, ni las actas médicas explican cuál o cuáles de las enfermedades señaladas constituyen “Enfermedades no terminales graves, que se encuentran en etapa progresiva, degenerativa o incurable”.
24. En cuarto término, no se justifica cómo las condiciones carcelarias en que se encontraba Fujimori podrían colocar en riesgo su vida, salud e integridad. Y a continuación, se anota que la Resolución Suprema que también contiene el indulto carece de motivación al dejar de mencionar cuáles son los hechos por los que Alberto Fujimori fue condenado, habiendo sido juzgado y condenado por delitos que, de

acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, eran considerados graves violaciones de Derechos Humanos y crímenes de lesa humanidad.

25. Finalmente, la Corte Interamericana constata que la solicitud y la concesión del indulto a Fujimori se dieron en medio de un contexto de crisis política en el Perú, donde se había iniciado un procedimiento de vacancia contra el entonces Presidente de la República Pedro Pablo Kuczynski, en tanto y en cuanto se alegaba que había incurrido en actos de corrupción. Gracias al apoyo de un grupo de congresistas encabezados por Kenji Fujimori, hijo de Alberto Fujimori Fujimori, la vacancia planteada contra Kuczynski no prosperó el 21 de diciembre de 2017. Y solamente días después, el 24 de diciembre de 2017, Kuczynski indulta a Alberto Fujimori.
26. Pero la controversia no quedaba allí. Muy pronto se dieron a conocer vídeos y audios de los cuales podría deducirse una compra de votos de algunos de los cuales se podría deducir una compra de votos de algunos congresistas, para así evitar la vacancia presidencial, motivo por el cual la Fiscalía de la Nación, cabeza del Ministerio Público peruano, inició una investigación contra Kenji Fujimori, dos congresistas muy cercanos a él y un ministro del gobierno de Pedro Pablo Kuczynski. En esa misma línea de acción, la Defensoría del Pueblo emite su informe 177, intitulado “Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial”.
27. El informe de la Defensoría del Pueblo, de enero de 2018, resaltaba la reticencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dirigido entonces por Enrique Mendoza Ramírez, de alcanzar a la Defensoría una copia del expediente donde se recogía todo el procedimiento de indulto seguido a Fujimori. Sin embargo, la Defensoría del Pueblo siguió investigando el tema, y finalmente realiza el ya mencionado informe 177, llegando en líneas generales a las siguientes conclusiones:
 - A) La Resolución Suprema número 281-2017-JUS, mediante la cual se otorgó el indulto a Alberto Fujimori, no cuenta con una motivación suficiente para sustentar la decisión tomada.
 - B) La Resolución Suprema mediante la cual se indulta a Fujimori no cuenta con suficiente información para justificar si las dolencias de Alberto Fujimori Fujimori se encontraban agravadas por su permanencia en el establecimiento penitenciario donde se encontraba recluso.

- C) La facultad del Presidente para indultar es discrecional. Sin embargo, ello no quiere decir que no se encuentra sujeta a un conjunto de límites normativos y jurisprudenciales, entre los que destaca el deber de motivación.
 - D) El Presidente de la República no actúa a título personal, y al ejercer esta atribución (el indulto) representa la nación. En virtud de esta representación, y en aras de la reconciliación nacional, citada como justificación de esta decisión, debió conceder a las víctimas y sus familias la posibilidad de conocer sobre el posible indulto al expresidente Fujimori.
28. En realidad, y a pesar de no contar en el momento del debate del caso con el expediente que recogía todas las actuaciones hechas para el indulto de diciembre de 2017, con la sola lectura de la Resolución Suprema que recogió el indulto de Fujimori puede destacarse muy fácilmente que en ese indulto no se habían cumplido con parte del trámite aquí ya explicado, pues, en todo caso, era imposible hacer tantas gestiones y pruebas en tan poco tiempo; y además, se acreditó que incluso algunas pruebas aparecían realizadas en fecha anterior a la de la solicitud de indulto de Alberto Fujimori.
29. Además, en el indulto se incluía algunos delitos que, ya sea por la normativa peruana o en base a la regulación convencional, no permiten que quien los cometió pueden ser indultado(a). Finalmente, un indulto debe precisar a qué conductas del indultado(a) se extiende la gracia presidencial: dicho con otras palabras, soy una persona que está presa por cuatro delitos, y es indultada solamente por tres, y puedo quedar encarcelado en función de los alcances del imputado en el delito número cuatro. En este apartado vemos entonces como en el indulto a Fujimori, por un lado, se peca por exceso, y en el otro, se peca por defecto.
30. En ese escenario, la Corte Interamericana pide que el organismo competente en el Perú se pronuncie por la validez del indulto del 24 de diciembre de 2017. Y en ese escenario, el organismo competente era la Corte Suprema de Justicia de la República.
31. Y es que en el ámbito doctrinario y jurisprudencial queda claro que un proceso penal no termina con la condena de la persona, como parece erradamente creer la ponencia firmada por la mayoría. Un proceso

penal concluye cuando quien es condenado(a) cumple su pena y hace el trámite de rehabilitación correspondiente. Por ende, la evaluación sobre la nulidad o la vigencia de un indulto tenía en este caso como organismo competente a la Corte Suprema.

32. La Corte Suprema, en el año 2018, a través del juez encargado de ver estos casos a nivel de aforados (altas autoridades o antiguas altas autoridades), declaró nulo el indulto concedido a Fujimori en base a razones como las ya explicadas en este texto. El indulto es pasible de control, bajo parámetros que están bastante difundidos a nivel internacional. El indulto además ha sido sujeto a control en un caso por el Tribunal Constitucional peruano. Este indulto en particular, había sido puesto en entredicho por la Corte Interamericana en su procedimiento de supervisión y cumplimiento de sentencias con condenas al Estado peruano, y casos considerados como directamente vinculados a Alberto Fujimori, como los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”. El indulto, por último, es una decisión administrativa del más alto nivel, que, en este caso, tiene un cuestionamiento a su validez sobre el cual debe pronunciarse el organismo competente para ello, la Corte Suprema.
33. Termino esta parte de mi texto para efectuar una necesaria acotación: muchas veces se ha dicho que Alberto Fujimori fue condenado del Perú por crímenes de lesa humanidad. Cuando hablamos de crímenes o delitos de lesa humanidad, o contra la humanidad, nos referimos a delitos especialmente atroces y de carácter inhumano, que forman parte de un ataque generalizado y sistemático contra un grupo de personas, con conocimiento de causa, para así aplicar las políticas de un Estado o una organización, las más de las veces generadoras de los delitos ya reseñados en este mismo apartado.
34. En ese sentido, suelen considerarse como crímenes de lesa humanidad a delitos contra las personas como el homicidio, la esclavitud (en su forma tradicional o en su expresión moderna), la violación y demás actos de violencia sexual grave, la tortura, el traslado forzoso de población, la desaparición forzada, la segregación inicial, y todos aquellos delitos cometidos con la intención de causar graves sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad o la salud física o mental de las víctimas. Muchos de estos delitos están tipificados en el Perú como delitos comunes en el Código Penal o en normas.

35. Y es que en el Perú se han tipificado muchos de estos delitos, pero como delitos comunes de la mayor gravedad. No se los ha tipificado como delitos de lesa humanidad. Por ello es que a Fujimori no se le condenó en el Perú por delitos de lesa humanidad, sino por graves delitos comunes en un Estado donde las penas no se acumulan, sino que se subsumen en la mayor condena recibida por los(as) condenados(as).
36. Seguramente alguno recordará que en el tribunal donde se juzgó los principales casos contra Alberto Fujimori, ha señalado que los delitos por los cuales se condena a Fujimori Fujimori, dentro del Derecho Comparado serían entendidos como crímenes de lesa humanidad. Un juez constitucional no puede espectacular, pero creo que el mensaje de esa afirmación es claro: en el Perú los delitos cometidos y adjudicados a Fujimori Fujimori, si son llevados al escenario de tutela supranacional de Derechos Humanos, serán considerados por los tribunales de competencia supranacional como crímenes de lesa humanidad, crímenes o delitos que, por la gravedad del perjuicio que ocasionan, son considerados imprescriptibles, o pasibles de responsabilidad por siempre, sin importar cuánto tiempo pase.
37. En síntesis, en tanto y en cuanto en el Perú no se ha tipificado delitos como delitos de lesa humanidad, no se le puede adjudicar internamente esa calificación. Ahora bien, si la comisión de esos delitos se discute en el plano supranacional, como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que cuestiona a los Estados infractores), si se habla de crímenes o de delitos de lesa humanidad, los cuales serán entendidos como imprescriptibles.

III. LA DEMANDA Y SU TRÁMITE SIN SUFICIENTE DEBATE

38. Durante todos los años de prisión de Alberto Fujimori Fujimori, han sido muchos los procesos iniciados con la intención de conseguir su excarcelación. Hasta hoy el alcanzar esa pretende habría conseguido resultados desfavorables. Incluso la defensa de Fujimori había desautorizado a un demandante, no permitiéndole asumir una procuración oficiosa.
39. Ahora bien, ingresó una demanda planteada por el abogado Gregorio Parco, que, según el sistema de sorteo de causas, le tocó como ponente al magistrado Blume. Con todo respeto, el texto que envió

el abogado Parco, le hacía honor al apellido. La demanda hacía una recopilación de los méritos de Alberto Fujimori y, al compararlo con Francisco Bolognesi¹⁶⁶ y Túpac Amaru II¹⁶⁷, señalaba que Fujimori no merecía estar preso, no solamente en mérito a sus aportes al país, sino por su avanzada edad y las enfermedades que viene padeciendo.

40. Gregorio Parco, convocado por el Tribunal Constitucional a informar en audiencia, no asistió a desempeñar tal tarea. Por ende, nosotros, salvo el ponente, no teníamos mayor idea de la existencia de este caso. Informalmente yo sí sabía que la magistrada Ledesma era ponente del caso Fujimori presentado por su abogado César Nakazaki (quien por cierto dijo desconocer del caso presentado por el abogado Parco, aunque alguien le había hecho firmar a Alberto Fujimori la procuración oficiosa¹⁶⁸ del caso presentado mediante escrito 28 de diciembre de 2021).
41. Sinceramente no entiendo cuáles fueron las razones por las que la magistrada Ledesma, teniendo un caso anterior y con más elementos para el debate, no pidió que se programe la audiencia correspondiente de su caso. En la sesión del jueves 17 de marzo, comentó que había sido convencida por otro colega de manejar el tema con prudencia, y no programarlo de inmediato. En cualquier caso, y con todo respeto, creo que su actitud fue un error.
42. El ponente Blume venía de afrontar una gran tragedia familiar (la muerte de su esposa) y nos comunicó que iba a salir de viaje dos semanas, aprovechando sus vacaciones, a primera hora del sábado 20. Sin embargo, es recién el día miércoles 16, cuando yo estaba a la mitad de una audiencia de pleno, que el personal de mi despacho me avisa que se había programado el debate de una ponencia para el día siguiente, ponencia en la cual se abordaría la permanencia de

166 Héroe nacional que entregó su vida en la Guerra del Pacífico, y más propiamente en la batalla de Arica.

167 Organizador del primer movimiento de masas que busco independizar a los peruanos de la colonia española. Fue capturado por un traidor dentro de sus seguidores, y asesinado cruelmente en la plaza mayor del Cusco.

168 Se habla de procuración oficiosa cuando alguien asume la defensa en un proceso en favor de otra persona. Ahora bien, para que esa labor de defensa siga desarrollándose, debe contarse con el consentimiento hecho en forma ineludible por quien viene siendo procesado(a).

Fujimori Fujimori en cárcel, o buscaría restituirse los efectos de un indulto, el de 2017, declarado nulo por el organismo competente (la Corte Suprema) y siguiendo la línea de interpretación planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

43. Es cierto que muchos casos vistos en audiencia los hemos resuelto en la sesión del día siguiente. Sin embargo, dentro de la dinámica dialógica que debería impulsar nuestro manejo al interior de un proceso, me parece que un tema tan importante como el del pedido de excarcelación de Fujimori merecía mayor tiempo de reflexión, y, por qué no, esperar a la programación de una audiencia donde se presente el caso Fujimori cuya ponencia tenía la magistrada Ledesma, se escuchen a las diferentes actores involucrados, y ,resuelto eso, se acumulen ambos procesos (para que respondan juntos dos procesos sustancialmente iguales): el proceso planteado por el abogado Nakazaki y el proceso presentado por el abogado Parco.
44. Tampoco se nos alcanzó, para discutir sobre la validez de un indulto, el cuaderno que recoge todas las incidencias que llevaron a la configuración de ese indulto, el dictado el 24 de diciembre de 2017. Es por ello que la magistrada Ledesma y el suscrito planteamos una Cuestión Previa, destinada a discutir el tema con reformación completa, y a acumular dos procesos que abordan lo mismo. Lamentablemente nuestra Cuestión Previa no tuvo el apoyo del Colegiado.
45. Entramos entonces al debate de la causa y los argumentos de la ponencia del magistrado Blume, que, con todo respeto, no me resultaron consistentes: Alegar que el presidente puede dar indultos sin control alguno, cuando el mismo ponente siempre ha puesto gran énfasis en que no hay zonas exentas del control constitucional, y además, cuando ya el mismo Tribunal Constitucional controló y, luego, dejó sin efecto el indulto al caso Crousillat, alegar que la Corte Suprema no tenía competencia para evaluar y declarar nulo un indulto lleno de vicios, desconociendo que mientras estamos ante una persona que ha desempeñado ciertos altos públicos, todavía se encuentra cumpliendo su pena, la competencia de la Corte Suprema se mantiene, máxime si ello es lo que se desprende del pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el particular.
46. El ponente Blume alega también tomar en cuenta la edad de Fujimori; y a su estado de salud. Curiosamente, siendo este un punto fuerte en el alegato del ponente, no solicitó un informe médico al respecto.

Entonces, los alegatos se ceñían a informes oficiales que señalaban que su salud estaba en estado no terminal.

47. En el Perú hay cien presos con más de ochenta años. Toda persona con esa edad va a tener algún problema de salud. Ahora bien, lo que permite un indulto, incluso para personas que han cometido graves delitos, es el perdón de la pena a una persona con una salud en estado terminal. Y en este caso no hay signos de ello. Fujimori se encuentra recluido en cómodas instalaciones construidas para que pueda vivir con menor riesgo y recibir a su familia y amigos(as). Cuenta además para su atención inmediata con un tópico y una enfermera para asistirle, y, finalmente, un coche de ambulancia para, de ser necesario, llevarlo a la clínica “Centenario”, clínica impulsada por la colonia japonesa en el Perú.
48. No encuentro entonces elementos vinculados a la salud de Alberto Fujimori Fujimori. Y no solamente lo digo yo. Fue su propia hija Keiko, quien en un tuit señala su alegría porque llevaban nuevamente a su padre a su espacio en la Diroes luego de haber salvado una descomposición.
49. Muy a despecho entonces de la falta de información necesaria para decidir (información la cual sí tenía el ponente, pues su ponencia hablaba de una resolución 46 y otra 48, cuyo contenido desconocíamos). En ese escenario, donde, como he sustentado en este mismo texto, la referencia a que la capacidad de indultar de un presidente no es absoluta, o que la competencia de evaluar era, como bien había indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responsabilidad de la Corte Suprema; y donde no se pidió un informe sobre la salud de Fujimori, como se ha hecho en otros casos similares, tres magistrados votaron por la excarcelación y otros tres votamos en un sentido distinto, es el voto de calidad del magistrado Ferrero el que libera de la cárcel a Alberto Fujimori Fujimori.
50. Aquí cabe señalar algunas cosas. En primer lugar, y si a alguien no le ha quedado claro, yo voté por declarar la demanda de hábeas corpus presentada por Gregorio Parco como **IMPROCEDENTE**. En segundo término, y en una Alta Corte, e independientemente de las calidades personales o profesionales de quien presida un Tribunal Constitucional, es importante no buscar contar con un Presidente o

Presidenta con un voto decisorio, pues aquello le da una fortaleza especial a alguien que en rigor es *primus inter paris*. Con esto no estoy criticando en el caso peruano a la Magistrada Ledesma o el Magistrado Ferrero, sino abogando porque se complete el número de miembros del Tribunal, Tribunal incompleto luego de la muerte del magistrado Carlos Ramos Núñez; o, en su defecto, se permita tener magistrados(as) suplentes o conjueces u con juezas, para así evitar que un empate se convierta en votación mayoritaria a una que en realidad no cuenta con dicha mayoría.

51. Otro tema que quiero acotar es el de la previsión de consecuencias, criterio muy tomado en cuenta por los Tribunales Constitucionales y Altas Cortes que hacen sus veces. Y es que la labor de jueces y juezas constitucionales es la de resolver controversias, y no la de crearlos con sus fallos. Como dirían las antiguas señoras limeñas, el remedio no puede ser peor que la enfermedad. Es por ello que todo tribunal en general, y nosotros mismos en particular, sin desviar con eso nuestra independencia e imparcialidad como jueces(zas), debemos tener presente cuáles con las consecuencias jurídicas, políticas, económicas y sociales de nuestros fallos. Con este resultado, tomado de manera muy rápida y con pocos elementos de juicio para resolver, lo único que se ha conseguido, aparte de una más notoria polarización en el Perú, es lo que lo resuelto pueda ser dejado sin efecto muy pronto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como voy a desarrollar a continuación en este mismo texto.

IV. LO QUE SE VIENE: ENTRE LAS ACCIONES INTERNAS Y LAS MEDIDAS QUE PUEDE TOMAR LA CORTE INTERAMERICANA DENTRO DEL CUMPLIMIENTO DE SUS SENTENCIAS EN LOS CASOS “BARRIOS ALTOS” Y “LA CANTUTA”

52. El voto de mayoría ha generado reacciones opuestas entre sí en diversos sectores de nuestra población, pues, quiérase o no, en el Perú la figura de Fujimori polariza y esa polarización puede recrudecer la crisis política existente, que se manifiesta cuando se constata que el Perú ha tenido cinco presidentes desde el año 2016 hasta hoy. Ahora bien, determinar si Fujimori puede acreditar que sus condiciones de salud lo convierten en un enfermo terminal o sigue en situación de detenido de la cual quiere liberarlo un sector del Tribunal Constitucional, no va a ser una decisión tomada por el Estado peruano. Quien va a tener la última palabra al respecto es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

53. Soy enfático en esta afirmación pues en algún momento se barajó la posibilidad de que el actual Presidente Castillo dejará sin efecto el indulto otorgado en el año 2017, el cual, muy a despecho de sus evidentes vicios de nulidad, habría vuelto a tener efectos gracias al pronunciamiento de algunos colegas del Tribunal.
54. Aquí hay que ser claros: la Constitución concede a un(a) Presidente(a) de la República la facultad de indultar, y no, si cabe el termino, de “desindultar”. Dicho con otras palabras, el(la) Presidente(a) puede perdonarle a alguien de parte del cumplimiento de su condena, pero carece de competencia de meter a la cárcel a quién fue indultado(a) por estar el actual Presidente en desacuerdo con el indulto otorgado por un anterior Presidente(a) en su momento. Una restricción de derechos como esa nada tiene que ver con la competencia presidencial del indulto.
55. Tampoco cabe en este caso una nulidad de oficio. Como es de conocimiento general, la nulidad de oficio es la atribución que tiene la Administración de corregir sus propios errores dentro de un plazo determinado. Sin embargo, en el Perú, el plazo para deducir la nulidad de oficio fue de un año desde la actuación administrativa cometida, y ahora es de dos. La actuación presidencial (actuación administrativa con un algún grado de discrecionalidad, pero actuación administrativa de todos modos) no puede acoger una nulidad de oficio de lo antes señalado, pues ya venció legalmente el plazo para su planteamiento.
56. El espacio para discutir si se ratifica o rectifica la sentencia del Tribunal Constitucional con la que no concuerdo es sin dudas el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Debe tenerse presente que justamente entre el 16 de marzo y el 8 de abril la Corte Interamericana se encuentra en período de sesiones, y uno de los temas programados a debatir es el de la Audiencia de Cumplimiento y Seguimiento del caso “Barrios Altos”, uno de los que implica directamente a Fujimori en su condena a nivel nacional, y su rechazo por la Comunidad Internacional dedicada a la Protección de Derechos Humanos.
57. Es más, las familias de las víctimas han pedido se apliquen medidas provisionales a Alberto Fujimori, para así tutelar el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte en “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

58. Ha trascendido que entre el 7 y el 8 de abril de la Corte Interamericana abordará el seguimiento y cumplimiento de lo que dispuso en “Barrios Altos”. Allí sin duda se pronunciará sobre la sentencia emitida en el presente caso. Siguiendo lo que ha sido la línea de actuación de la Corte en casos similares al presente, pueden pasar dos cosas:
- A) Dejar sin efecto esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú y dejar como estándar a aplicar a Alberto Fujimori el establecido por la Corte Suprema peruana en su momento con un primer pronunciamiento en el año 2018, y ratificado frente a un pedido de apelación el año 2019.
 - B) Suspender los efectos de esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y ordenar hacer una evaluación del estado de salud de Fujimori, para comprobar si realmente hoy está en situación de enfermo terminal, y que solamente podría estar a tiempo completo en una clínica o un hospital; o, caso contrario, si no se encuentra a Fujimori en situación terminal y se considera que para su tratamiento basta con las precauciones que vienen tomando hasta ahora.
59. Ahora bien, aun en el supuesto que a nivel de la Corte Interamericana ratifique el erróneo pronunciamiento emitido por mis colegas, la situación jurídica de Alberto Fujimori no está cerrada. De hecho, recientemente la Cuarta Sala Penal Superior Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia Penal Especializada dictó 18 meses de impedimento de salida del país a Alberto Fujimori, además de diversas reglas de conducta, con la posibilidad de imponer una prisión preventiva ante el incumplimiento de las mismas. Y que es el marco protector de un indulto se extiende a los casos en que alguien habría cometido antes de indultado(a). Si se comprueba que Fujimori cometió otros delitos, tendrá que ser juzgado y eventualmente condenado o absuelto por los mismos.
60. Preocupa también como queda la situación de algunos procesos actualmente en trámite, como el del cohecho imputado al expresidente Pedro Pablo Kuczynski, al ex ministro de justicia Enrique Mendoza Ramírez y a otros, generado con la intención de lograr el indulto del 24 de diciembre de 2017, el cual habría sido declarado nulo. Ahora y ante la decisión de mis colegas, que no comparto, pero que respeto, y si la misma no es cuestionada o dejada sin efecto por la Corte

Interamericana, resulta muy complejo establecer cómo continuará ese proceso, y de seguir ese proceso, cuál será el resultado del mismo. Existen pues muchas cosas por resolver, y veremos cuál es el canal al que derivan en estos días.

A MODO DE CONCLUSIÓN

61. Si hacemos memoria de lo que pasaba en el Perú hace unos diez años, no se tendría en la percepción ciudadana, lo que hoy todavía subsiste: un reconocimiento del Tribunal Constitucional peruano como una entidad que, en base a parámetros, resolvía los problemas económicos, jurídicos, sociales y culturales de la sociedad peruana. Y es que, sin falsa modestia, con la actual composición del Tribunal, se ha conseguido que el Tribunal Constitucional peruano se convirtiera en ese necesario mediador jurídico por excelencia frente a los problemas políticos, sociales, económicos y culturales de nuestro país.
62. Por eso mismo, y para no perder el importante papel conseguido, la discusión de los temas en el tribunal debería ser pública, tal como lo planteamos y conseguimos en algunos casos. De otro lado, y ante las consecuencias generadas entre quién ejerció el voto decisorio y quién hoy lo ejerce, considero que, con todo respeto, debería darse una adaptación progresiva en la jurisprudencia del Tribunal, y no cambios violentos que rompen con toda predictibilidad ante los y las justiciables, máxime en materias como la tributaria.
63. Esto es especialmente delicado si apreciamos lo resuelto en casos con mayor contacto con materias afines al quehacer político. Eso se hace notorio en casos como el de los límites de la cuestión de confianza, el del caso “El Frontón” y en este proceso. Y es que, independiente de cualquier otra consideración, el Tribunal Constitucional no puede ser entendido como un espacio que cambia de criterio en función a las partes en conflicto, sino como un espacio donde con completa neutralidad sus magistrados resuelven conforme a Derecho.
64. En ese escenario, aclaro que no es malo que existan coincidencias y discrepancias entre magistrados(as), pues el Derecho no es una ciencia exacta, y se encuentra lleno de situaciones opinables.
65. Sin embargo, y sobre todo cuando hay cambios de línea de acción, pues por diferentes razones, el grupo que tiene ciertas afinidades (que no son sometimiento a posturas políticas, sino semejanzas sobre cómo se entiende el Derecho y la interpretación constitucional) hasta

el año 2021, ya no es mayoría en el año 2022. De lo que, si es malo, y que espero no ocurra en nuestro Tribunal es distorsionar el razonamiento jurídico-constitucional, sustituyéndolo por simpatías o antipatías; o se resuelva cooptado por intereses políticos o económicos, ojalá aquello nunca ocurra en nuestra institución, pues sí así fuera, el Tribunal Constitucional perdería su razón de ser.

66. En mérito a lo expuesto, reitero mi discrepancia con quienes han declarado fundada la demanda, la cual en mi opinión es **IMPROCEDENTE**.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.3. PROCESOS DE HÁBEAS DATA



Sala Primera. Sentencia 083-2022

Exp. N.º 03951-2021-PHD/TC

LIMA SUR

JONATHAN PETER ROJAS HUAHUAMU-
LLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los tres días del mes de junio de 2022, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Montegudo Valdez, Pacheco Zerga y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jonathan Peter Rojas Huahumullo contra la sentencia de fojas 198, de fecha 14 de julio de 2021, expedida por la Sala Civil Transitoria de Chorrillos de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur que, revocando la apelada y reformándola, declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 10 de mayo de 2019, don Jonathan Peter Rojas Huahumullo interpone demanda de habeas data contra la Municipalidad Provincial de Camaná. Plantea, como pretensión principal, que en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le envíe a su correo electrónico la siguiente información:

- i) Copia de todos los contratos de concesiones, contratos de proveedores y/o cualquier documento que hubiera realizado la Municipalidad Provincial de Camaná en representación del Estado con empresas públicas y privadas nacionales e internacionales desde el periodo del 1 de enero de 2000 hasta el 15 de abril de 2019 en trámite o concluido; y

- ii) En caso de existir información privada, remitir dicha información con la respectiva supresión de la visualización de aquellos datos que no son relevantes.

Y, como pretensión accesorio, solicita el pago de los costos del proceso.

Auto de admisión a trámite

Mediante Resolución 1 [cfr. fojas 28], de fecha 1 de julio de 2019, el Juzgado Civil Transitorio –Sede Villa Marina– de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur admitió a trámite la demanda.

Contestación de la demanda

Con fecha 16 de setiembre de 2019 [cfr. fojas 35], la Municipalidad Provincial de Camaná se apersonó y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por las siguientes razones: (i) el requerimiento es genérico e impreciso; (ii) el actor no acredita que se le haya generado un registro, ni mucho menos que su pedido haya sido dirigido al funcionario responsable, en vez de ello, lo solicitó a una servidora edil a quien atribuye unilateralmente ser responsable de entregar la información pública; y (iii) no ha cumplido previamente con presentar su solicitud de acceso a la información pública.

Resolución de primera instancia o grado

Mediante Resolución 4 [cfr. fojas 92], de fecha 2 de junio de 2020, el Juzgado Civil Transitorio –Sede Villa Marina– de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur declaró infundada la demanda, tras considerar que el actor no siguió el procedimiento correcto para canalizar su solicitud de acceso a la información pública, tanto es así que ni siquiera se generó un número de expediente.

Sentencia de segunda instancia o grado

Mediante Resolución 4 [cfr. fojas 198] la Sala Civil Transitoria de Chorrillos de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur declaró improcedente la demanda por la siguiente razón:

[...] no estamos frente al pedido de una documentación respecto a periodos que comprendan un tiempo razonable sino de una documentación que comprende diecinueve años aproximadamente; tampoco estamos ante un pedido en el que se precisa que la documentación es

respecto de un determinado contrato o un pequeño o mediano grupo de determinado tipo de contratos sino que la petición además alcanza a todos los procesos contratos de concesión, de proveedores e incluso se utiliza la expresión indeterminada y absolutamente imprecisa de “cualquier otro documento” por el lapso de diecinueve años aproximadamente [...].

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. En la presente causa, el actor plantea, como pretensión principal, que en virtud de su derecho de acceso a la información pública se le entregue la siguiente información:
 - i) Copia de todos los contratos de concesiones, contratos de proveedores y/o cualquier documento que hubiera realizado la Municipalidad Provincial de Camaná en representación del Estado con empresas públicas y privadas nacionales e internacionales desde el periodo del 1 de enero de 2000 hasta el 15 de abril de 2019 en trámite o concluido; y
 - ii) En caso de existir información privada, remitir dicha información con la respectiva supresión de la visualización de aquellos datos que no son relevantes.

Y, como pretensión accesorio, solicita el pago de los costos del proceso.

Procedencia de la demanda

2. Tal como lo advierte esta Sala del Tribunal Constitucional, el a quo declaró infundada –y no improcedente– la demanda, tras asumir que el actor no cumplió con intimar a la emplazada con la entrega de la documentación solicitada conforme a lo regulado en su momento en el artículo 62 del ahora derogado Código Procesal Constitucional –vigente en aquel momento–, ya que no siguió el procedimiento establecido para tal efecto [sic].
3. Pues bien, esta Sala del Tribunal Constitucional juzga que dicha apreciación es manifiestamente errada, en tanto desconoce, por un lado, la dimensión objetiva del derecho fundamental de acceso a la información pública, así como los principios en que se basa toda actuación administrativa. Y, de otro lado, que, según el principio de in

dubio pro actione, las causales de improcedencia se interpretan de modo sumamente restrictivo.

4. En cuanto a lo primero, esta Sala del Tribunal Constitucional recuerda que la dimensión objetiva de todo derecho fundamental conlleva 3 consecuencias: (i) el efecto irradiación de su ámbito de protección en el resto del ordenamiento jurídico; (ii) el deber especial de protección –lo que implica, entre otras cosas, el deber de no entorpecer su efectividad– atribuido al Estado; y (iii) la eficacia horizontal de su ámbito de protección. Así, en lo concerniente al especial deber de protección, este Alto Colegiado considera que si dicha funcionaria –secretaria general– no era responsable de atender dicho requerimiento debió remitirlo al área correspondiente, en la medida en que se encuentra vinculada a los principios de (i) eficacia, (ii) impulso de oficio, (iii) informalismo y (iv) celeridad, que rigen el procedimiento administrativo y ha sido recogidos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, aprobado por Decreto Supremo 4-2019-JUS.
5. Ahora bien, en lo relativo a lo segundo, esta Sala del Tribunal Constitucional recuerda que, en el segundo párrafo del fundamento 4 de la sentencia emitida en el Expediente 01049-2003-PA/TC, se señaló que el principio de *in dubio pro actione* “impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo”.
6. En esa lógica, esta Sala del Tribunal Constitucional opina que la interpretación realizada –por el *a quo*– del artículo 62 del ahora derogado Código Procesal Constitucional, según la cual, entiende por no presentado el requerimiento de acceso a la información pública que no ha sido canalizado a través de su portal institucional, no resulta constitucionalmente admisible. Dicha disposición, como cualquier otra subordina la procedencia de la demanda de un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales al cumplimiento de un requisito de procedencia, y debe ser interpretada de modo restrictivo.
7. En tal sentido, esta Sala del Tribunal Constitucional entiende cumplido el mencionado requisito de procedencia de la demanda de autos.

Sobre la teleología institucional del derecho de acceso a la información pública y el abuso del derecho

8. El artículo 2, inciso 5 de la Constitución establece 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.
9. Desde una perspectiva subjetiva, que un derecho fundamental pueda ejercerse sin expresión de causa —es decir, sin tener que alegar el interés subjetivo que subyace a su ejercicio— no significa que, desde una perspectiva objetiva, el ejercicio de los derechos fundamentales carezca de una causalidad, pues todos ellos, en tanto manifestaciones del principio—derecho de dignidad humana, se encuentran orientados a optimizar dicho valor, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución).
10. A su vez, comúnmente, en el ejercicio de cada derecho fundamental, individualmente considerado, es posible advertir razonablemente una teleología institucional que contribuye a la consecución de la finalidad suprema antes enunciada.
11. En el caso específico del derecho fundamental de acceso a la información pública, dicha teleología institucional consiste en coadyuvar en la promoción de la transparencia de la información que tiene en su poder la administración pública, en el entendido de que, como sostenía N. Bobbio, la democracia debe ser concebida como “el gobierno del público en público”, y de que ello contribuye a la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática.
12. Por otra parte, el artículo 103 in fine de la Constitución es enfático en estipular que ella no ampara el abuso del derecho. El abuso del derecho se produce cuando, dadas las circunstancias de un caso, es posible verificar que el ejercicio de un derecho es lícito solamente en apariencia, puesto que aunque la conducta se ajusta a la tipicidad de la norma que reconoce el derecho, objetivamente, ella no ha tenido por propósito contribuir a la finalidad institucional por la que el derecho existe, sino alcanzar una finalidad subalterna ilícita, como, por ejemplo, causar un daño o la procura de un beneficio indebido.
13. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha definido el abuso del derecho como una conducta tendiente a “desnaturalizar las finalidades

u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas”; e indica que “los derechos no pueden usarse de forma ilegítima (...), sino de manera compatible con los valores del propio ordenamiento” (sentencia emitida en el Expediente 052962007-PA/TC, F. J. 12).

14. Así las cosas, si dadas las características de un caso concreto, es posible determinar que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a pesar de ajustarse a la tipicidad del artículo 2, inciso 5 de la Constitución, no se ha llevado a cabo con el objetivo de contribuir a la transparencia informativa y a la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática, sino, por el contrario, con el írrito propósito de generar un beneficio indebido y/o causar un daño, entonces, lejos de ser considerado como un actuar jurídicamente válido por resultar acorde con los valores constitucionales, será, con todo motivo, considerado un abuso del derecho y, en esa medida, catalogado como una conducta constitucionalmente prohibida y sancionable.

Análisis del caso concreto

15. Este tribunal recuerda que, en virtud de lo establecido en el artículo 13 del TUO de la LTAP, tercer párrafo, la solicitud de información “no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuenten o no tengan la obligación de contar [...]”. De similar forma, en el cuarto párrafo del artículo se establece que los solicitantes no están facultados para requerir que las entidades evalúen o analicen la información que posean.
16. De este modo, los pedidos de acceso a la información pública no deberían contener solicitudes orientadas a la creación o producción de información con la que no cuenten las entidades obligadas por la LTPA. A ello es importante agregar que aquellos pedidos excesivamente genéricos también pueden ser rechazados por parte de la administración, ya que no se identifica con prolijidad la información que debe ser otorgada, lo cual es una obligación que debe asumir el solicitante.
17. En el presente caso, el recurrente solicita que se le brinde: i) ii) Copia de todos los contratos de concesiones, contratos de proveedores y/o cualquier documento que hubiera realizado la Municipalidad

Provincial de Camaná, en representación del Estado con empresas públicas y privadas nacionales e internacionales desde el periodo de 1 de enero de 2000 hasta el 15 de abril de 2019 en trámite o concluido; y En caso de existir información privada, remitir dicha información con la respectiva supresión de la visualización de aquellos datos que no son relevantes.

18. El Tribunal advierte que el pedido planteado por la parte recurrente no solo se relaciona con una brecha temporal considerablemente importante (de aproximadamente diecinueve años), sino que, además, se caracteriza por ser impreciso, ya que, además de una referencia genérica a los contratos de concesiones y de proveedores que hubiera realizado la municipalidad con empresas públicas, privadas (nacionales y extranjeras), sea que se encuentren culminados o en trámite, también se requiere que se entregue “cualquier otro documento” que hubiera sido producido por la Municipalidad Provincial de Camaná. Se trata, en consecuencia, de un pedido excesivamente amplio o genérico, por lo que su no entrega no supone una vulneración de los derechos expuestos en la demanda.
19. Por todo ello, esta Sala del Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho de acceso a la información pública.
20. Sin perjuicio de lo expuesto, esta Sala Primera del Tribunal Constitucional advierte que el demandante don Jonathan Peter Rojas Huahumullo tiene un importante número de procesos de habeas data en esta instancia.
21. La excesiva e indebida utilización de demandas de habeas data, para esta Sala, evidencia claramente un propósito muy específico, este es, conseguir el pago de costos procesales. En efecto, el negativo proceder del recurrente se advierte en la presentación de demandas habeas data con pretensiones considerablemente genéricas, lo cual no solo demuestra que su conducta se encuentra lejos de promover una cultura de transparencia, sino que comprueba que su verdadera intención es evitar una respuesta concreta de la Administración a todas las solicitudes presentadas y obtener así un pronunciamiento favorable en relación con el pago de los costos procesales, lo cual no hace sino comprobar el ejercicio abusivo del derecho. Y, además, tal comportamiento genera sobrecarga procesal, por consiguiente, constituye un obstáculo en la tutela de los derechos fundamentales de muchas personas que ven postergadas las respuestas a sus casos debido a que

la justicia constitucional debe resolver las demandas planteadas por el actor en el ejercicio abusivo de su derecho, generando también un perjuicio en los gastos públicos del Estado.

22. Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta que los costos procesales están constituidos por el honorario del abogado de la parte vencedora más el 5 % destinado al colegio de abogados del distrito judicial respectivo (artículo 411 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo IX del Código Procesal Constitucional), es posible advertir que el actor está obteniendo que se le paguen honorarios por casos que además él mismo crea, ya que las referidas demandas de habeas data son llevadas por el propio demandante como abogado.
23. Así las cosas, esta Sala del Tribunal Constitucional advierte que el objetivo con el que el demandante Jonathan Peter Rojas Huahuamullo ha ejercido el derecho de acceso a la información pública, no se encuentra ligado con la teleología institucional de generar una cultura de transparencia, sino con la llana finalidad dañina e ilícita de lucrar con la obtención de honorarios, generando sobrecarga procesal y perjudicando los recursos públicos del Estado.
24. En consecuencia, en el presente caso, corresponde multar al accionante por la conducta procesal desplegada.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la vulneración al derecho de acceso a la información pública.
2. **SANCIONAR** a don Jonathan Peter Rojas Huahuamullo con una multa de treinta (30) unidades de referencia procesal por su conducta procesal temeraria y de mala fe.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MONTEAGUDO VALDEZ

PACHECO ZERGA

OCHOA CARDICH

PONENTE MONTEAGUDO VALDEZ



Sala Primera. Sentencia 119/2022

Exp. N.º 03041-2021-PHD/TC

SAN MARTÍN

MIGUEL ARÉVALO RAMÍREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de junio de 2022, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Monteagudo Valdez, Pacheco Zerga y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Arévalo Ramírez contra la sentencia de fojas 2232, de fecha 6 de marzo de 2020, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Liquidación y Apelaciones de Mariscal Cáceres-Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de octubre de 2016 [cfr. fojas 792], don Miguel Arévalo Ramírez interpuso demanda de *habeas data* exclutorio contra:

- Google Perú SRL
- Empresa Editora El Comercio SA
- Grupo La República Publicaciones SA
- Asociación de Periodismo de Investigación Ojo Público
- Editora Novolexis SAC, Productora de Ilustración Peruana Caretas
- Agencia Perú Producciones SAC, Productora Willax TV y propietaria “Mira Quien Habla”

- Compañía Peruana de Radiodifusión SAC, propietaria de América Televisión Canal 4 y Canal N.
- César Augusto Hildebrandt Pérez Treviño, director del semanario *Hildebrandt en sus Trece*
- Cable Video Perú SAC, propietaria de Canal Alfa Televisión.

Plantea, como petitorio principal, lo siguiente:

- Respecto de Google Perú SRL, se le ordene: a) proceder a retirar, eliminar y cancelar sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” de los índices o sitios indexados, enlaces y páginas capturadas en el resultado del motor de búsquedas Google, donde se le imputa ser narcotraficante a nivel internacional a efectos de impedir que terceros accedan a ellos; b) realizar los procedimientos necesarios que imposibiliten el acceso futuro a sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” e imagen de su persona en su buscador; y c) abstenerse de incurrir a futuro en la misma conducta u otra similar, que lesionen irreparablemente su honor y buena reputación.
- Respecto a la Empresa Editora El Comercio SA (Grupo empresarial Diario El Comercio, Diario El Correo, Diario Perú 21, Diario Gestión, Diario El Trome y demás), el Grupo La República Publicaciones SA, la Asociación de Periodismo de Investigación Ojo Público, Editora Novolexis SAC, Productora de Ilustración Peruana Caretas, la Agencia Perú Producciones SAC (Willax TV – Programa Mira Quien Habla), Compañía Peruana de Radiodifusión SAC (América Televisión Canal 4 y Canal N), Cable Video Perú SAC (Canal Alfa Televisión) y César Augusto Hildebrandt Pérez Treviño (Semanaario Hildebrandt en sus Trece), se les ordene: a) proceder a retirar, eliminar y cancelar sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” e imagen de las publicaciones electrónicas donde se le imputa como narcotraficante; b) realizar los procedimientos necesarios de identificación y eliminación de los índices o sitios indexados, enlaces, blogs y páginas electrónicas que difunden sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” e imagen de su persona sobre la base de las noticias difundidas en la cual imputan hechos falsos como el de ser narcotraficante; y c) suspender la difusión y abstenerse en el futuro de publicar sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” así como la imagen de su persona mediante cualquier medio físico o electrónico.

El recurrente manifiesta que los demandados han vulnerado su derecho a la autodeterminación informativa, en específico el derecho al olvido, previsto en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política, por cuanto, a través de sus servicios informáticos están suministrando información no veraz que refiere que el demandante es un narcotraficante internacional, líder de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, lo que afecta su honor y su buena reputación. Señala que la información publicada es falsa, lo que se demuestra con el archivamiento de la investigación realizada por la Fiscalía de Criminalidad Organizada, sus antecedentes policiales y penales con resultado negativo, entre otros documentos. Agrega que los demandados exponen su imagen personal con calificativos humillantes, pues lo presentan como un delincuente.

Con fecha 9 de enero de 2017 (cfr. fojas 881), el Grupo La República Publicaciones SA se apersona al proceso, deduce la excepción de prescripción extintiva y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Señala que únicamente ha difundido una noticia de interés y/o relevancia nacional, consistente en investigaciones realizadas por la DEA (máxima oficina gubernamental antidrogas de Estados Unidos) y la Dirandro (su par en Perú) al demandante, lo cual no puede considerarse inconstitucional. Asimismo, indica que en ninguna de las notas periodísticas publicadas se realizan comentarios despectivos o denigrantes hacia el demandante o su familia. Finalmente, expresa que la información publicada no es falsa, pues se refiere a investigaciones que sí existieron y que se encuentra protegida por el derecho a la libertad de información.

Con fecha 11 de enero de 2017 (cfr. fojas 977), la Compañía Peruana de Radiodifusión SA se apersona al proceso, deduce la excepción de incompetencia por razón de territorio y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Sostiene que la demanda es improcedente porque la vía idónea para resolver la pretensión es un procedimiento administrativo, que se tramita ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. De otro lado, alega que la demanda es infundada por cuanto la información que el actor solicita suprimir y/o eliminar es de interés público, lo cual se encuentra protegido por el derecho a la libertad de expresión e información. Finalmente, alega que su publicación se ha ajustado a la normativa vigente de protección de datos personales, ya que se ha reconocido que la información contenida en su página web provino de otro medio de comunicación, lo que impide que

el demandante solicite su retiro, toda vez que no fue necesario obtener su consentimiento para difundir esta.

Con fecha 13 de enero de 2017 (cfr. fojas 1009), Cable Video Perú SAC se apersona al proceso y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Afirma que no ha vulnerado los derechos del actor dado que ha procedido voluntariamente a excluir los datos del demandante de los sitios indexados, enlaces de su página web y de su red social; asimismo, procedió a disponer que se imposibilite el acceso de incurrir a futuro en prácticas que lesionen sus derechos. Aunado a ello, indica que no es responsable del reportaje periodístico sobre el recurrente y que, en todo caso, este debió usar las acciones legales contra los autores de la noticia.

Con fecha 19 de enero de 2017 (cfr. fojas 1037), la Asociación de Periodismo de Investigación Ojo Público se apersona al proceso, deduce la excepción de prescripción extintiva y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Sostiene que no ha vulnerado el derecho a la buena reputación del actor, puesto que únicamente ha difundido información de carácter público sobre investigaciones realizadas por la DEA y la Dirandro, que no es falsa, y en ninguna de ellas ha realizado despectivos o denigrantes comentarios hacia el demandante ni su familia.

Mediante escrito de fecha 23 de enero de 2017 (cfr. fojas 1156), la Empresa Editora El Comercio SA deduce la excepción de incompetencia y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Indicó que la demanda es improcedente porque este proceso no es la vía idónea para proteger el derecho que se alega ha sido vulnerado, pues es en el procedimiento administrativo que se tramita ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, donde se pueden adoptar medidas correctivas como la eventual orden de retiro de información, que es el más idóneo. Por su parte, sostiene que la demanda es infundada porque la investigación publicada sobre el demandante no vulnera su esfera íntima, sino que resulta de central importancia para la opinión pública en la medida en que se refiere a supuestos delitos graves imputados al actor, vinculados incluso con el poder político. Finalmente, indica que su publicación se ha ajustado a la normativa vigente de protección de datos personales.

A través del escrito de fecha 28 de febrero de 2017 (cfr. fojas 1447), Google Perú SRL deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado, incompetencia, oscuridad en el modo de proponer

la demanda, interpone denuncia civil y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que la demanda es improcedente dado que ni ella ni su motor de búsqueda son responsables del contenido de terceros, pues no puede controlar ni manipular el contenido que existe en las páginas web que indexa. De otro lado, sostiene que la demanda es infundada porque la publicación cuya eliminación se solicita está protegida por el derecho a la libertad de expresión e información y no afecta la dignidad, el honor y la buena reputación o imagen del actor.

Con Resolución 48 (cfr. fojas 1847), de fecha 30 de noviembre de 2018, el Juzgado Mixto de Tocache de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró infundadas las excepciones de prescripción extintiva, incompetencia por razón de territorio, falta de legitimidad para obrar del demandado y oscuridad en el modo de proponer la demanda, así como improcedente la demanda. La razón por la que el juzgado declaró infundada la excepción de prescripción extintiva se sustenta en que los actos que constituyen la supuesta afectación son continuados. Asimismo, la razón por la que se declaró infundada la excepción de incompetencia por razón de territorio, se sustenta en que el domicilio principal del actor es la provincia de Tocache, donde interpuso la demanda. En cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado esta deviene en infundada por cuanto los demandados sí tienen relación jurídica procesal con el demandante, al hacer viable el acceso a la información a través de los bancos de datos y motores de búsqueda que proveen. Considera, por último, infundada la excepción de oscuridad en el modo de proponer la demanda porque no contiene defectos de forma, no presenta vaguedad o confusión en su redacción, y se vislumbra la existencia de claridad y transparencia de esta.

Sin embargo, el juzgado declaró improcedente la demanda —en virtud de lo regulado en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, vigente en aquel momento— tras considerar que la vía igualmente satisfactoria para dilucidar la controversia es el procedimiento administrativo de protección de datos personales, ante la Dirección General de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, indica que no se ha vulnerado el derecho a la autodeterminación informativa tutelado por el proceso de *habeas data*, puesto que las publicaciones que se pretenden excluir no afectan la vida privada del actor, dado que únicamente transmiten hechos de connotación pública, ligados al narcotráfico y lavado de activos.

Mediante Resolución 38 (cfr. fojas 2232), de fecha 6 de marzo de 2020, la Sala Mixta Descentralizada de Liquidación y Apelaciones de Mariscal Cáceres – Juanjuí, de la Corte Superior de Justicia de San Martín, confirmó la apelada, tras considerar que la demanda se encuentra incurso en la causal de improcedencia prevista en el numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional –vigente en aquel momento–, pues los agravios que expone el actor se encuentran relacionados con el derecho al honor, buena reputación e imagen, así como el derecho al olvido, los cuales, a su juicio, no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos tutelados por el proceso de *habeas data*.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En la presente causa, el demandante solicita:
 - Respecto de Google Perú SRL, se le ordene: a) proceder a retirar, eliminar y cancelar sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” de los índices o sitios indexados, enlaces y páginas capturadas en el resultado del motor de búsquedas Google, donde se le imputa ser narcotraficante a nivel internacional a efectos de impedir que terceros accedan a ellos; b) realizar los procedimientos necesarios que imposibiliten el acceso futuro a sus datos personales”Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” e imagen de su persona en su buscador; c) abstenerse de incurrir a futuro en la misma conducta u otra similar, que lesionen irreparablemente su honor y buena reputación.
 - Respecto a la Empresa Editora El Comercio SA (Grupo empresarial Diario El Comercio, Diario El Correo, Diario Perú 21, Diario Gestión, Diario El Trome y demás), el Grupo La República Publicaciones SA, la Asociación de Periodismo de Investigación Ojo Público, Editora Novolexis SAC, Productora de Ilustración Peruana Caretas, la Agencia Perú Producciones SAC (Willax TV – Programa Mira Quién Habla), Compañía Peruana de Radiodifusión SAC (América Televisión Canal 4 y Canal N), Cable Video Perú SAC (Canal Alfa Televisión) y César Augusto Hildebrandt Pérez Treviño [Semanao Hildebrandt en sus Trece], se les ordene: a) proceder a retirar, eliminar y cancelar sus

datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” e imagen de las publicaciones electrónicas donde se le imputa como narcotraficante; b) realizar los procedimientos necesarios de identificación y eliminación de los índices o sitios indexados, enlaces, blogs y páginas electrónicas que difunden sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” e imagen de su persona sobre la base de las noticias difundidas en las cuales le imputan hechos falsos como el de ser narcotraficante; y c) suspender la difusión y abstenerse en el futuro de publicar sus datos personales “Miguel Arévalo Ramírez” o “Miguel Arévalo” así como la imagen de su persona mediante cualquier medio físico o electrónico.

Procedencia de la demanda

2. De acuerdo con el artículo 60 del nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCo.) –antes regulado en el artículo 62 del Código Procesal Constitucional hoy derogado–, para la procedencia del *habeas data* se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de su derecho y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del plazo establecido.
3. Se observa de autos que el accionante ha cumplido con requerir a los emplazados, a nivel prejurisdiccional, la adopción de una serie de medidas orientadas al respeto de su derecho a la autodeterminación informativa, el cual consideraba lesionado. Así: a) con relación a Google, obra el requerimiento mediante carta notarial a fojas 58 y 74 de autos; b) respecto a la Empresa Editora El Comercio SA, obra el requerimiento mediante carta notarial a fojas 91; c) en relación con La República, obra el requerimiento mediante carta notarial a fojas 101; d) con relación a la Asociación de Periodismo de Investigación Ojo Público, obra la solicitud mediante carta notarial a fojas 108; e) respecto de la Editora Novolexis SAC, obra la solicitud mediante carta notarial a fojas 118; f) en relación con la Agencia Perú Producciones SAC, obra la solicitud mediante carta notarial a fojas 125; g) en referencia a la Compañía Peruana de Radiodifusión SAC, obra la solicitud mediante carta notarial a fojas 132; h) con respecto a César Augusto Hildebrandt Pérez Treviño, obra el requerimiento mediante carta notarial a fojas 139; y i) en relación con Cable Video Perú SAC, obra la solicitud mediante carta notarial a fojas 147.

4. En consecuencia, el presupuesto procesal previsto en el artículo 60 del NCPCo. se encuentra debidamente cumplido, motivo por el cual corresponde ingresar al fondo del asunto.

Análisis del caso concreto

5. El demandante manifiesta que la publicación de información sobre su persona en los servicios informáticos de los demandados vulnera su derecho a la autodeterminación informativa, que acogería el derecho al olvido, en concordancia con su derecho al honor y buena reputación, habida cuenta que es falsa y expone su imagen personal con calificativos humillantes al presentarlo como un delincuente.
6. El proceso de *habeas data* (artículo 200, inciso 3 de la Constitución) tutela los derechos de acceso a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución, respectivamente).
7. En cuanto al derecho a la autodeterminación informativa, el Tribunal Constitucional ha establecido que “consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos” (cfr. sentencia recaída en el Expediente N.º 4739-2007- PHD/TC, fundamento 2).
8. En tal sentido, el artículo 59 del NCPCo. identifica una serie de posiciones *iusfundamentales* que son protegidas por este derecho. Entre ellas se encuentran, el derecho:
 - 7) A modificar la información contenida en el banco de datos, si se trata de información falsa, desactualizada o imprecisa.
 - 8) A incorporar en el banco de datos información que tengan como finalidad adicionar una información cierta pero que por el transcurso del tiempo ha sufrido modificaciones.
9. En ese orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular de la información de posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de datos personales contenidos en registros ya sean públicos o privados.
10. En las últimas décadas, el avance vertiginoso de la tecnología ha generado la proliferación de información y datos de toda índole mediante diversos motores de búsqueda, sistemas informáticos, bases de datos o

dispositivos tecnológicos que se encuentran al alcance de toda persona de forma global. Esta hipervisibilización de data, en ocasiones, puede intervenir en el contenido protegido del derecho a la protección de datos personales, en conexidad con otros derechos fundamentales.

11. En cuanto al que suele denominarse derecho al olvido, sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales, puede afirmarse que este garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto al contenido de su derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental).
12. De modo tal que se trata de una cuestión en la que se entabla una estrecha conexidad entre el contenido protegido del derecho a la autodeterminación informativa y el contenido protegido de los mencionados derechos fundamentales.
13. Sin embargo, y como todo derecho fundamental, el derecho al olvido también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, esencialmente, de la necesidad de que sea armonizado con otros derechos o bienes constitucionales.
14. En particular, es evidente que dicho derecho fundamental puede ingresar en tensión con el derecho fundamental a la libertad de información, reconocido en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución, el cual es, además, una garantía institucional crucial para el mantenimiento de un sistema democrático.
15. Tal como tiene expuesto este Tribunal, el derecho a la libertad de información “garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz” (cfr. sentencia recaída en el Expediente n.º 1797-2002-PHD/TC, fundamento 8).

16. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “las restricciones que se impongan a la libertad de información deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho. En este sentido, la Corte observa que las autoridades estatales se deben regir por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones” (cfr. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia del 19 de setiembre de 2006, párrafos 91-92).
17. En el presente caso, el actor presenta la demanda de autos con el propósito de que se elimine o suprima la información sobre su persona que se encuentra publicada y disponible al público mediante los servicios electrónicos de los demandados, por considerarla falsa y por, supuestamente, contener calificativos humillantes.
18. La información publicada por los demandados da cuenta de la existencia en su momento de investigaciones policiales y fiscales que vinculaban presumiblemente al recurrente con hechos delictivos relacionados con una red de narcotráfico de la que sería un alto jefe, y de sus supuestos nexos con el principal financista de una persona que en su oportunidad fue candidata en las elecciones presidenciales (cfr. fojas 309, 438, 458 y 641). Asimismo, se informa sobre su relación con el alcalde de la región San Martín (cfr. fojas 309, 439 y 564).
19. De otro lado, en la información publicada por los demandados también se da a conocer que la policía ha sindicado al demandante como financista del grupo terrorista Sendero Luminoso (cfr. fojas 443 y 468, entre otros). Asimismo, se informa que la Administración de Control de Drogas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DEA) venía investigando al actor por, presumiblemente, liderar una red de narcotráfico (cfr. fojas 177, 309, 439, 446, 457, 461, 563, 636, 709 y 717). Por último, se informa que la Dirección de la Policía Antidrogas de Perú ha realizado investigaciones por delito de narcotráfico al actor (cfr. fojas 184, 309 y 721, entre otros).

20. Así las cosas, se observa en autos que la información difundida por los demandados se basa en datos objetivos y contrastables, constituidos por las investigaciones relacionadas con el narcotráfico y el financiamiento del terrorismo, realizadas por el Ministerio Público, la Policía Nacional y la DEA, las cuales incluyen reportes, testigos, fotografías, sindicaciones, entre otros (cfr. fojas 177-217 y 304-724).
21. El artículo 8 de la Constitución dispone que “[e]l Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas”. El Tribunal Constitucional ha señalado que el referido artículo “proyecta desde la propia Constitución una política de interés nacional en la erradicación absoluta de este flagelo social. Tal como ocurre con el terrorismo (artículos 2°24.f, 37° y 173°) el espionaje (artículo 2°24.f), la traición a la patria (artículo 117° y 173°), la corrupción (artículo 41°) y el genocidio (artículo 37°), por la especial afectación que el tráfico ilícito de drogas produce al cuadro material de valores previsto en la Constitución, ésta en sus artículos 2°24.fy 8°, lo contempla como un ilícito penal especial. En concreto, su existencia y propagación afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas en todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1°), la familia (artículo 4°), la educación (artículos 13° a 18°), el trabajo (artículos 22° y 23°), la paz social (inciso 22 del artículo 2°), entre otros” (cfr. sentencia recaída en el Expediente n.° 0020-2005-PI / 0021-2005-PI -acumulados, fundamento 118).
22. Con relación al terrorismo, el Tribunal Constitucional tiene dicho que este “se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia. Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de ‘construir’, para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-PI, fundamento 1).

23. De esta manera, toda investigación dirigida contra una persona, en cualquier nivel, acerca de sus supuestos vínculos con la supuesta comisión de los delitos de narcotráfico y terrorismo, goza de la más alta relevancia e interés público, y constituye, a todas luces, un hecho noticioso que debe ser objeto de escrutinio a través del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información.
24. A ello se agrega que el demandante no ha presentado documentación alguna que acredite la falsedad de lo indicado, esto es, que demuestre que no existieron tales investigaciones. Y si bien es posible que algunas de ellas o todas puedan haberse archivado, ello no enerva la posibilidad de su reapertura como consecuencia del eventual surgimiento de nueva evidencia o nuevas líneas de investigación. En todo caso, el ostensible interés público que reviste la información aludida, parte de la cual se encuentra incluso vinculada con hechos que se produjeron en el marco de un proceso electoral en curso y relacionada con supuestos nexos con personajes políticos, impide que pueda considerarse constitucionalmente válido ordenar su eliminación.
25. De otro lado, en cuanto a la alegada información degradante o humillante, el actor manifiesta:

El Grupo El Comercio (Diario El Comercio) y El Grupo La República (Diario La República) y otros medios de comunicación masiva, (...) exponen mi imagen personal con calificativos humillantes presentándome como un vil delincuente, como puede apreciar en las siguientes imágenes, y que con un solo click puede verlos:

(...)

Acusado de capo de la droga de Perú junto a financista de Keiko están en la mira de la DEA.

(...)

LA HISTORIA DE 'ETECO'. Una investigación de Ojo- Público.com y La República reveló la investigación de la DEA contra Miguel Arévalo por lavado de dinero del narcotráfico, el mismo caso que involucró a Joaquín Ramírez, congresista de Fuerza Popular.

(...)

BAJO SOSPECHA. Miguel Arévalo fotografiado en el aeropuerto Jorge Chávez el 2004 durante una operación de seguimiento mientras ingresaba al Perú desde EE.UU.

(...)

FOTO INÉDITA. Miguel Arévalo Ramírez ‘Eteco’ y su cuñado Marco Antonio Ruiz Fonseca ‘Tony’, en una foto tomada antes del 2003, cuando este último cayó preso por narcotráfico.

(...)

Miguel Arévalo Ramírez, “Eteco”, primo hermano de alcalde fujimorista de Tocache, a quien la DEA tiene en la mira.

(...)

“Eteco”, el sucesor de Fernando Zevallos: Historias Nunca Contadas

(...)

Capo de la droga “ETECO” es investigado por la DEA. El hilo de la madeja.

Miguel Arévalo Ramírez, “Eteco”, es sindicado por la DEA y Dirandro como uno de los principales cabecillas del narcotráfico y lavado de dinero de las drogas.

Entre las personas investigadas por el caso “Eteco” se encuentran Fidel Ramírez y su sobrino, el secretario general del fujimorismo, Joaquín Ramírez.

(...)” (cfr. fojas 821-824).

26. Este Tribunal Constitucional advierte de las citadas glosas que no constituyen en modo alguno un insulto o crítica abusiva que represente un trato que humille o degrade a la persona del recurrente. Se trata de informaciones que, con el componente propio del ejercicio periodístico, se limitan a dar cuenta de las investigaciones que se le han realizado y que han sido publicadas o difundidas en el marco del ejercicio de la libertad de información.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MONTEAGUDO VALDEZ

PACHECO ZERGA

OCHOA CARDICH

PONENTE MONTEAGUDO VALDEZ



Sala Segunda. Sentencia 238-2022

EXP. N.º 02839-2021-PHD/TC

LIMA

SEBASTIÁN CARLOS AGUEDO
ZÚÑIGA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de agosto de 2022, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Morales Saravia y Domínguez Haro, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Sebastián Carlos Aguedo Zúñiga contra la Resolución 10, de fojas 149, de fecha 17 de junio de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 7 de junio de 2019, el demandante interpone demanda de *habeas data* contra el Ministerio del Interior, debidamente representado por su procurador público, con el objeto de que se disponga la eliminación del Registro 12041435, que se encuentra insertado en el Sistema SIDPOL-PNP, al ser el ente regulador la Dirección de Criminalística de la PNP, encargada del Registro de las Denuncias a cargo de las comisarías PNP por afectación de su derecho a la intimidad personal y al trabajo.

Refiere que fue investigado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, conducta que no encuadra en el tipo penal investigado, y que el caso fue finalmente archivado en forma definitiva. Sostiene que como dicha información se encuentra en el Sistema de Datos de la Dirección de Criminalística de la PNP, se afecta su derecho al trabajo, puesto que las empresas contratistas chequean las denuncias que podrían tener los concursantes.

La Procuraduría Pública del Sector Interior sostiene que la información obrante en el Registro 12041435, no constituye un dato personal

ni genera antecedentes policiales al actor, por lo que dicha información pertenece a su representada, tal como lo establece el literal B) de la VII Disposición Complementaria de la Directiva 13-10-2015- DIRGEN/DIRECTIC-PNP-B. Asimismo expresa que la obtención del registro que cuestiona el recurrente por parte de la empresa VOCATI CONSULTING es ilegal, ya que no puede manipular información de propiedad de la Policía Nacional del Perú.

El Segundo Juzgado Constitucional Transitorio de Lima declaró infundada la demanda, por considerar que los datos registrados en el SIDPOL no generan requisitoria ni antecedentes penales y que, por ende, la respuesta dada por la emplazada no resulta arbitraria, toda vez que no se puede eliminar el Registro 12041435 del Sistema Informático de Denuncias Policiales.

La Segunda Sala Constitucional de Lima confirmó la apelada, por estimar que la información contenida en el Registro SIDPOL es de carácter reservado, salvo solicitud del titular, de la unidad policial encargada de la investigación y del fiscal o juez competente. Por tanto, hace notar que el personal de la PNP deberá guardar en estricta reserva la información, bajo responsabilidad penal o administrativa-disciplinaria.

III. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que el Ministerio del Interior disponga la eliminación del Registro 12041435, que se encuentra insertado en el Sistema SIDPOL-PNP, a cargo de la Dirección de Criminalística de la PNP y donde se encuentran registradas las Denuncias realizadas en las comisarías PNP, tras considerarse que se vienen afectando el derecho a la intimidad personal y al trabajo del demandante, pues una empresa privada estaría teniendo acceso a dicho registro y transmitiéndolo a poder de terceros. Asimismo, se solicita que se condene al emplazado al pago de costas y costos del proceso.
2. De acuerdo a la descripción de los hechos realizados tanto en la demanda (fojas 26) como en el escrito ampliatorio de la misma (fojas 56), se puede apreciar, que aunque la vulneración concreta a los derechos por los que se reclama, estaría siendo provocada por la empresa privada VOCATI CONSULTING al venir accediendo de alguna

forma al Registro 12041435 insertado en el Sistema SIDPOL- PNP de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y derivando la información o los datos contenidos en el mismo a diversas entidades públicas y privadas, no deja de ser menos cierto que la discusión se centra, no tanto en quien vendría oficiando como ente transmisor de la información o los datos de tipo personal, sino principalmente en la existencia misma de la fuente originaria, lo que en efecto, justificaría su cuestionamiento o como luego se verá, el correcto manejo de la misma.

Requerimiento mediante documento de fecha cierta

3. De acuerdo con el artículo 60, inciso b, del Nuevo Código Procesal Constitucional, para la procedencia del *habeas data* se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de su derecho y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del plazo establecido.
4. Al respecto, se observa de autos que el accionante ha cumplido con requerir, a nivel prejurisdiccional la anulación del Registro 12041435 insertado en el Sistema SIDPOL-PNP de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú conforme se aprecia de su comunicación de fecha 17 de abril del 2019 (fojas 5 de los autos) recibiendo por otra parte y como respuesta la negativa a los términos de su pedido, de acuerdo con el documento de fecha 17 de mayo del 2019 (fojas 7 de los autos). En tales circunstancias, queda claro que se ha cumplido con el trámite pre contencioso señalado en la antes citada normativa procesal.

Derecho a la autodeterminación informativa y límites temporales de los datos negativos

5. En diversas ocasiones este Tribunal se ha referido al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación informativa. Últimamente, en la Sentencia 00746-2010-PHD/TC, recordando a su vez lo que expresó en la Sentencia 04739-2007- PHD/TC, manifestó que este derecho garantiza una serie de facultades, pues es el derecho “*que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos*” [FJ. 4].

6. La finalidad de este derecho, como también indicó en la Sentencia 01797-2002- HD/TC, es garantizar a la persona frente a los excesos derivados del uso, manipulación y difusión de los datos personales o familiares registrados mediante medios informáticos o electrónicos. Tal garantía trasciende los abusos o riesgos que pudieran involucrar la esfera personalísima y se extiende a los efectos que pudieran ocasionar en la totalidad de los ámbitos de su vida.
7. Entre las facultades garantizadas por este derecho cabe mencionar el control de la legalidad de la obtención de la información, que la información no contenga aspectos íntimos, pero también, entre otros, que los datos que legítimamente se hallen almacenados satisfagan criterios de veracidad, integridad, utilidad y caducidad.
8. La necesidad de que la información almacenada satisfaga los criterios de veracidad, integridad, utilidad y caducidad fue destacada tempranamente por este Tribunal en las Sentencias 00666-1996-HD/TC y 01797-2002-PHD/TC. En el nuevo Código Procesal Constitucional, el artículo 59 señala que el proceso de *habeas data* procede en defensa del derecho a la autodeterminación informativa y establece las modalidades de defensa.

El derecho fundamental al olvido como manifestación de la autodeterminación informativa.

9. En lo que respecta específicamente a la temporalidad de la información objeto de almacenamiento y a la posibilidad de que aquella pueda ser delimitada en el contexto de lo que pueda individualizarse como un derecho fundamental al olvido, este Colegiado se ha pronunciado en fecha reciente, reconociendo que en las últimas décadas, el avance vertiginoso de la tecnología ha generado la proliferación de la información y datos de toda índole mediante diversos motores de búsqueda, sistemas informáticos, bases de datos o dispositivos tecnológicos que se encuentran al alcance de toda persona de forma global. Considerando que esta hipersensibilización de data, en ocasiones, puede intervenir en el contenido protegido del derecho a la protección de datos personales, en conexidad con otros derechos fundamentales. (STC 03041-2021-PHD/TC. FJ. 10).
10. En efecto, la concretización de un derecho al olvido puede decirse que “garantiza la eliminación, supresión, o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre

de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto del contenido de su derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental)” (STC 03041-2021-PHD/TC. FJ. 11).

11. De esta forma, el derecho al olvido surge pues con la finalidad de que el desarrollo tecnológico, cualquiera que sea las variantes que adopte, se realice de forma tal que no implique por efectos del tiempo una intervención arbitraria que, producto de la exhibición o difusión de la información personal a través de los sistemas informáticos, pueda producir lesividad permanente en el ejercicio de derechos fundamentales esenciales para desarrollar una vida en dignidad. En tales circunstancias, dicho atributo supone un contenido del derecho a la autodeterminación informativa, reconocido en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución y como tal tiene inevitable protección constitucional.
12. Por otra parte, y desde la perspectiva de su desarrollo o tratamiento legal el derecho al olvido también entraña o presupone obligaciones para todo sujeto, estatal o privado, encargado o que participe en el tratamiento de los datos rigurosamente personales particularmente en relación a su correcto manejo. Y es que si bien el inciso 19 del artículo 2 de la Ley N° 29733 o Ley de protección de datos personales, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 3 de julio de 2011, señala que el tratamiento de datos personales consiste en “[c]ualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales” tampoco significa ello que la instrumentalización de los mismos, pueda ser pretexto para generar

intervenciones injustificadas o abiertamente desproporcionadas en el ámbito de los demás derechos fundamentales.

Las particularidades del caso y la necesidad de establecer medidas adecuadas respecto de la fuente originaria de datos.

13. En el presente caso, nos encontramos sin embargo con determinadas particularidades sobre las que conviene tomar atención, pues aunque el Ministerio del Interior alega que el registro que efectivamente posee la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, no tiene carácter público ni debería ser de acceso a terceros, no ha podido evitar en los hechos que el mismo pueda ser utilizado por empresas como VOCATI CONSULTING, siendo totalmente irrelevante que califique dicho acceso como simplemente ilegal sin que a su turno haya podido tomar las previsiones del caso.
14. Por otra parte, tampoco es de recibo aceptar como justificación que el mismo citado registro no genera antecedentes policiales ni mucho menos requisitorias, pues en la práctica está claro que su acceso, indebido o no, viene generando efectos negativos o perjuicios más que evidentes en quienes como el recurrente ven perjudicadas sus expectativas laborales por el solo hecho de figurar en el mismo a razón de valoraciones o estigmatizaciones de tipo social (fojas 11 y siguientes) que no pueden ser minimizadas o peor aún ignoradas, apelando a consideraciones de tipo meramente formal.
15. Por lo demás y si como lo sostiene el Ministerio del Interior, las informaciones consignadas en el registro materia de cuestionamiento no tienen el carácter de antecedentes de ninguna índole, no termina de entenderse ni mucho menos justificarse, su permanente almacenamiento a título de base de datos. O se trata de un registro que sirve para evaluar de alguna forma el comportamiento de las personas que en algún momento fueron intervenidas o denunciadas a nivel policial o simplemente su carácter objetivo carece de todo sustento.
16. Este Colegiado, sin embargo, con independencia de que para efectos del trabajo policial sea pertinente un almacenamiento de datos personales como el que se cuestiona mediante la presente demanda, se debe verificar si la situación descrita puede estar vulnerando derechos fundamentales.
17. Por consiguiente y a la luz de lo señalado anteriormente en relación con lo que representa el contenido del derecho al olvido y sus

alcances, este Colegiado entiende que si el registro de datos que almacena la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú no cumple con una función justificada objetivamente, el mismo debe quedar totalmente encriptado bajo expresa responsabilidad –no solo administrativa sino incluso penal– de sus administradores en caso de ser mal utilizado para fines distintos de los estrictamente policiales, todo ello sin perjuicio de ser progresivamente depurado cuando transcurrido un tiempo razonable, no exista justificación para continuar almacenando datos de tipo eminentemente personal. En este contexto, una pauta perfectamente razonable y que podría ser utilizada para supuestos similares al que aquí se analiza, la constituye la razón esgrimida y acreditada por el demandante, en el sentido de que la investigación a la cual fue sometido en su día, fue totalmente desestimada a nivel del Ministerio Público (fojas 18 y siguientes).

18. Desde luego, nada de lo sostenido en la presente sentencia significa enervar las funciones y responsabilidades de la Policía Nacional del Perú en su importante tarea de prevención, investigación y combate a la delincuencia en los términos proclamados por el artículo 166 de la Constitución Política del Estado, sino la necesidad de compatibilizarlas aquellas con la totalidad de derechos fundamentales y principalmente con aquellos referidos a su autodeterminación informativa e intimidad personal.
19. Cabe recordar que un Estado Constitucional de Derecho, no es aquel en el que unos bienes jurídicos se priorizan por encima de otros so pretexto de circunstancias meramente coyunturales, sino aquel en el que se tiende a una correcta delimitación, pero también y con mucha mayor razón, una sensata armonización entre todos ellos.

Efectos de la presente sentencia

20. A efectos de poder concretizar el mandato de tutela contenido en la presente sentencia, la entidad emplazada, esto es, el Ministerio del Interior, deberá proceder a lo siguiente **a)** el encriptamiento definitivo de la base de datos personales contenida en el en el Sistema SID-POL- PNP de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, resguardando que su utilización solo sirva a los propósitos de las funciones policiales expresamente reconocidas en la Constitución, bajo responsabilidad expresa tanto administrativa como penal por parte de sus administradores en caso de que terceros ajenos a la entidad policial puedan acceder al mismo, **b)** la depuración del

registro 12041435 de los datos personales del recurrente, habida cuenta del archivo definitivo de la investigación realizada en su contra por parte del Ministerio Público, c) la remisión de la presente sentencia y de los actuados a la Inspectoría General de la PNP, respecto a la filtración de información a la empresa VOCATI CONSULTING, con la finalidad de que realice las indagaciones correspondientes y se determinen las responsabilidades del caso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de *habeas data* interpuesta por vulneración del derecho a la autodeterminación informativa.
2. Ordenar al Ministerio del Interior proceder conforme a los términos de lo establecido en el fundamento 20 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GUTIÉRREZ TICSE

MORALES SARA VIA

DOMÍNGUEZ HARO

PONENTE MORALES SARA VIA



Sala Segunda. Sentencia 298/2022

EXP. N.º 04792-2017-PHD/TC

LIMA

MARCO GAMARRA GALINDO

**SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 16 días del mes de setiembre de 2022, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Morales Saravia y Domínguez Haro, quienes participaron en la audiencia pública, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Aníbal Ruivo Rodríguez Salazar, abogado de don Marco Gamarra Galindo, contra la resolución de fojas 499, de fecha 14 de junio de 2017, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de octubre de 2014, el recurrente interpone demanda de *habeas data* contra el Ministerio de Energía y Minas. Solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le entregue la siguiente información: «Correos electrónicos recibidos por el Sr. Ministro Eleodoro Mayorga Alba a su cuenta de correo oficial o a cualquier otra que le haya sido creada por el ministerio, con sus respectivas respuestas, en las cuales el titular del pliego se haya comunicado con cualquiera persona para tratar cualquier asunto relacionado con el Nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o sus similares».

Manifiesta que mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2014 solicitó a la demandada que cumpla con proporcionarle la información requerida; sin embargo, el secretario general del Ministerio de Energía y Minas

deniega su solicitud basándose en el Informe 101-2014-MEM/OGJ, de fecha 1 de septiembre de 2014, cuyo principal argumento es que la información solicitada está protegida por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones e intimidad. Considera por ello que se ha vulnerado su derecho de acceso a la información pública.

El procurador público adjunto del Ministerio de Energía y Minas propuso las excepciones de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer demanda y de falta de legitimidad pasiva del secretario general de la entidad demandada, y contestó la demanda. Recordó que, en la sentencia emitida en el Expediente 01058-2004-AA/TC, se establece que la información contenida en los correos electrónicos no es pública, toda vez que terceras personas deben respetar los derechos inherentes al titular de la cuenta tales como el derecho a la privacidad.

El Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de marzo de 2015, desestimó las excepciones propuestas y, con fecha 24 de junio de 2015, declaró fundada la demanda. A criterio del Juzgado, la información contenida en un correo electrónico institucional tiene naturaleza pública en la medida en que la ley establece que puede constar en cualquier soporte material. En ese sentido, considera que la información solicitada se encuentra referida a la promulgación de un nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos. En otras palabras, es una información relacionada con una decisión de naturaleza administrativa, por lo que se trata de información pública relevante que nada tiene que ver con la intimidad personal del exministro de Energía y Minas.

La Sala revisora revocó la resolución apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda. La Sala considera que, en armonía con la Directiva 001-2006-MEN-OGP, la información contenida en el correo institucional de los funcionarios públicos es de carácter personal. Sin perjuicio de ello, indica que, si bien es cierto que puede existir información pública en los correos institucionales, el acto de determinar qué información es de carácter privado y cuál de naturaleza pública llevaría necesariamente a revisar todos los correos dentro de la cuenta oficial del funcionario público, lo cual desencadenaría inevitablemente en una afectación a su derecho a la privacidad. Agrega que, de conformidad con dicha directiva, a la fecha, la información solicitada por el recurrente se encontraría eliminada.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. De acuerdo con el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, la procedencia del *habeas data* se encuentra supeditada a que el demandante previamente haya reclamado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de su derecho, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del plazo establecido. Tal documento obra en autos (f. 3), por lo que se tiene por satisfecho dicho presupuesto procesal.

Delimitación del petitorio

2. En el presente caso, el actor solicita que se le otorgue copia de los correos electrónicos recibidos por el señor Eleodoro Mayorga Alba, en su condición de ministro de Energía y Minas, en su cuenta de correo oficial o en cualquier otra que le haya sido creada por dicho ministerio, con sus respectivas respuestas, en las cuales el titular del pliego se haya comunicado con cualquier persona para tratar cualquier asunto relacionado con el nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos o sus similares.
3. La entidad demandada, mediante Informe 101-2014-MEM/OGJ, de fecha 1 de septiembre de 2014 (f. 5), contestó el requerimiento de acceso a la información pública y lo denegó con la consideración de que «[...] el pedido de acceso de información relativa a los correos electrónicos del Ministerio de Energía y Minas, independientemente de su procedencia y destino, [...] se encuentra calificada como confidencial, en reconocimiento de los derechos constitucionales a la intimidad personal y la inviolabilidad de las comunicaciones, que asiste a toda persona, al amparo de la Constitución Política del Perú».
4. Por tanto, es necesario determinar si la información solicitada encuadra en alguna de las excepciones establecidas para el acceso a la información pública y, con base en ello, establecer si existe o no vulneración del derecho fundamental de acceso a la información pública y si corresponde o no su entrega al demandante.

El derecho al acceso a la información pública

5. El artículo 2, inciso 5, de la Constitución Política del Perú dispone que toda persona tiene derecho «a solicitar sin expresión de causa la

información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido». La Constitución ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información pública, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento del derecho que le asiste a toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública. No existe, por tanto, entidad del Estado o persona de derecho público excluida de la obligación respectiva (sentencia emitida en el Expediente 00937-2013-PHD/TC).

6. El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 01797-2002-HD/TC, ha señalado que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión:

10. [...] 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. [...]. 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. [...]

11. En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de *todas* las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la *res* pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o,

lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no solo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1.º de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el “gobierno del público en público” (Norberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109.º o 139.º, inciso 4), de la Constitución (por citar solo algunas), no son sino concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional más general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal.

Correos electrónicos de los funcionarios públicos y el derecho de acceso a la información pública

7. La controversia traída a esta sede constitucional se encuentra centrada en la posibilidad de que sea posible acceder al contenido de los correos electrónicos de los funcionarios públicos a través del derecho de acceso a la información pública.
8. Ciertamente, en la actualidad, el uso de los correos electrónicos ha cobrado importancia como un canal de comunicación de los funcionarios públicos y un mecanismo para el envío de contenidos y documentos relacionados con el quehacer cotidiano en el cumplimiento de los fines constitucionales. En la práctica, los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración pública o pertenecientes a otras entidades públicas han venido a reemplazar, en parte, a las comunicaciones en formato papel, tales como memorándums, oficios, circulares u otros documentos, por lo que el uso de este tipo de herramientas permite acelerar la toma de decisiones públicas y también reducir las ritualidades de otras formas de comunicación formales. En suma, los correos electrónicos institucionales hoy en día son herramientas de gestión administrativa.

9. En esa línea, cabe determinar si los correos electrónicos institucionales califican como documentos que contienen información pública. El artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece los requisitos que debe cumplir una información a fin de ser considerada de naturaleza pública:

Artículo 10.- Información de acceso público

Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Por su parte, el artículo 61, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala que el *habeas data* procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución; en consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para

- 1) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.
10. De la normativa antes detallada se infiere que la información pública no solamente se encuentra comprendida en documentos físicos (escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital), sino también en «cualquier otro formato» o «que obre en cualquier otro tipo de soporte material», como sería la que obra bajo el formato electrónico. Tal es el caso de los correos electrónicos, que se definen según la

Ley 28493, ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (*spam*), como «[t]odo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar. También se considera correo electrónico la información contenida en forma de remisión o anexo accesible mediante enlace electrónico directo contenido dentro del correo electrónico». Entonces, debe entenderse que toda información obrante en las entidades públicas, en principio, es pública independientemente del soporte en que se encuentre, como es el caso de los correos electrónicos institucionales.

11. Al respecto, los correos electrónicos institucionales son proporcionados a los funcionarios públicos por las entidades para una finalidad de carácter público y no para el uso de comunicaciones privadas. Así, la Directiva 005-2003-INEI/DTN, «Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública» establece que el correo electrónico es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial entre personas (artículo 5.1) y que las cuentas de correo para empleados de las instituciones públicas deben usarse para actividades que estén relacionadas con el cumplimiento de su función en la institución (artículo 5.2).
12. Por otro lado, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado «que lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva» (sentencia emitida en el Expediente 02579-2003-HD/TC). En el caso de la información contenida en los correos electrónicos institucionales resulta claro que se trata de una información que se encuentra bajo la posesión y el control de la Administración pública. Ello es así porque ha sido generado a través de una cuenta institucional habilitada y proporcionada al funcionario o servidor público para el cumplimiento de su función pública.
13. Entonces, la información generada, recibida o transmitida por un funcionario o servidor público desde su cuenta de correo electrónico institucional debe presumirse pública, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública,

según el cual todas las actividades y disposiciones de las entidades están sometidas al principio de publicidad y, en consecuencia, toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de dicha Ley.

14. Sobre el principio de publicidad, este Tribunal en su jurisprudencia ha señalado que «[...] la responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual toda la información producida por el Estado es, *prima facie*, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado. Como ya se dijo en la sentencia emitida en el Expediente 04912-2008-PHD/TC, el tener acceso a los datos relativos al manejo de “la *res pública* resulta esencial para que exista una opinión pública verdaderamente libre que pueda fiscalizar adecuadamente la conducta de los gobernantes” (fundamento 3)» (sentencia emitida en el Expediente 02814-2008-PHD/TC).
15. A consideración de este Colegiado, el principio de publicidad se encuentra complementado con el principio de máxima divulgación, según el cual «[...] la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general; y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (sentencia emitida en el Expediente 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas» (sentencia emitida en el Expediente 03035-2012-PHD/TC).
16. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Claude Reyes y otros vs. Chile) también ha puesto de relieve que «en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones», las cuales

89. [...] en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

[...]

90. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo

13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

91. Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

17. Por último, cabe tener en cuenta que los correos electrónicos suponen un costo de financiación que se encuentra a cargo de la entidad pública, lo cual también otorga el carácter público a la información contenida en los correos institucionales. Ello es así porque la disposición para el funcionario o servidor público de una cuenta de correo electrónico acarrea una serie de gastos que se financia con el presupuesto público y que se materializa en la adquisición del *software* que se utilizará para el envío de los mensajes, la capacidad de almacenamiento para los correos, así como de personal especializado en informática que la mantiene, administra y protege.
18. De acuerdo a lo expuesto, este Tribunal concluye que el correo electrónico institucional es un soporte electrónico creado por el Estado en donde, en principio, su uso está destinado para asuntos de carácter público, por lo que se debe presumir que los correos electrónicos institucionales contienen información de naturaleza pública, puesto que dichas cuentas han sido creadas con la finalidad de facilitar la comunicación relacionada con las actividades que realizan los funcionarios o servidores públicos, y, por lo tanto, se trata de información que ellos generan, producen y poseen en el ejercicio de sus funciones y que sirve de base para la adopción de decisiones administrativas. En

consecuencia, la información contenida en las cuentas institucionales es susceptible de acceso a la información pública conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a menos que se encuentren sujetas a algunas de las excepciones previstas en sus artículos 15, 16 y 17.

Correos electrónicos de los funcionarios públicos y el derecho al secreto de las comunicaciones

19. En el presente caso se ha alegado que las cuentas de los correos institucionales se encontrarían protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y por el derecho a la intimidad personal. Cabe recordar que este Tribunal ha dejado claro que «el derecho a la información no es un atributo carente de límites en su ejercicio, sino que se encuentra condicionado, desde la propia Constitución, a respetar determinados derechos o bienes de relevancia constitucional, como ocurre con la intimidad, la seguridad nacional o aquellos otros que de manera razonable y proporcional sean considerados por la ley» (sentencia emitida en el Expediente 0007- 2003-AI/TC).
20. En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02863-2002-AA/TC ha precisado que «[t]al derecho se encuentra reconocido en el inciso 10 del artículo 2.º de la Constitución e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o que acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia *erga omnes*, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares ajenos al proceso de comunicación». El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo —clásico o electrónico— o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de interrupción en su curso (sentencia emitida en el Expediente 00774- 2005-HC/TC)
21. De lo expuesto, entonces, se infiere que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados constituye una manifestación del derecho a la vida privada, el cual protege las

comunicaciones y documentos privados de las personas. Además, cabe considerar lo que este Tribunal ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente 03599-2010-PA/TC:

9. [...] para que un proceso comunicativo se encuentre protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, no es suficiente con que dicha comunicación se haya realizado a través de un medio físico o técnico, sino que es preciso que dicho medio haya sido utilizado con el objeto de efectuar una comunicación destinada a una persona en particular o un grupo cerrado de participantes y que, adicionalmente a ello, se realice por medios que objetivamente hagan asumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. Estos dos elementos son los que configuran una “*expectativa de secreto o confidencialidad*” en la comunicación, como concepto clave para delimitar cuándo nos encontramos ante una “comunicación privada” protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones.
22. Conforme se ha precisado *supra*, las cuentas de los correos electrónicos institucionales son habilitadas y proporcionadas al funcionario o servidor público para el cumplimiento de su función pública. Por consiguiente, la información contenida en ellos no se encuentra incluida en el ámbito del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, dado que no puede generarse sobre medios que no son privados –sino para el cumplimiento de las funciones públicas– una expectativa razonable de secreto o confidencialidad respecto de los correos electrónicos institucionales, más aún cuando la Directiva 005-2003-INEI/DTN establece que el correo electrónico es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial y que los funcionarios públicos la deben usar para actividades que estén relacionadas con el cumplimiento de su función en la entidad pública.
23. Empero, no debe descartarse que los correos electrónicos de los funcionarios públicos también puedan contener información privada. En ese caso se debe tener presente el artículo 19 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el cual establece que «[e]n caso de que un documento contenga, en forma parcial, información que, conforme a los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley, no sea de acceso público, la entidad de la Administración Pública deberá permitir el acceso a la información disponible del documento».

24. En efecto, si el correo electrónico institucional contiene información pública e información privada protegida por las excepciones previstas por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, solamente se entregará la información pública. Esto es, si el correo institucional contiene tanto información pública como información que debe ser protegida bajo el régimen de excepciones, deberá entregarse solo la información de carácter público y restringirse el acceso a aquella información protegida por ley, al ser de información confidencial, reservada o secreta según corresponda.
25. En caso de que la entidad considerara que la información solicitada se encuentra protegida por el régimen de las excepciones, debe justificar de manera suficiente por qué es de carácter reservado y, por tanto, susceptible de excluirse del conocimiento público, pues como este Tribunal ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente 03035- 2012-PHD/TC, «[...] la destrucción de tal presunción [de que la información almacenada en los registros de la Administración se presume pública] requiere de una motivación cualificada en atención al carácter restrictivo con que dichas excepciones deben ser interpretadas».
26. Por último, cabe tener en cuenta que el primer párrafo del primigenio artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, incorporado por el Decreto Supremo 019-2017- JUS, establecía que la información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público. Sin embargo, mediante el Decreto Supremo 011-2018-JUS se ha modificado dicha disposición, cuyo texto es el siguiente:

La información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N.º 043- 2003-PCM.

En su Exposición de Motivos se consideró lo siguiente:

En esa línea, la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que toda información que posee el Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por ley. Siendo así, los correos electrónicos institucionales se encuentran bajo dicha presunción.

Asimismo, se debe tener presente que los correos electrónicos institucionales son recursos tecnológicos que el Estado proporciona a sus funcionarios y servidores para el cumplimiento adecuado de la función pública asignada y, como tal, tiene carácter público.

Es preciso destacar que la información contenida en los correos asignados a los funcionarios y servidores públicos se rige por el principio de publicidad y máxima divulgación; por lo tanto, no recae en el ámbito del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, toda vez que este derecho protege los documentos y comunicaciones privadas, es decir, información emitida en ejercicio del derecho a la vida privada.

27. En consecuencia, también a nivel de la normativa reglamentaria se ha reafirmado que la información contenida en los correos institucionales no necesariamente incide en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, en la medida en que sobre ella existe una presunción de publicidad, salvo las excepciones previstas en la ley.

Análisis del caso concreto

28. En el presente caso, se advierte que el demandante solicita que se le otorgue copia de los correos electrónicos recibidos por el señor Eleodoro Mayorga Alba, en su condición de ministro de Energía y Minas, en su cuenta de correo oficial o en cualquier otra que le haya sido creada por dicho ministerio, con sus respectivas respuestas, en las cuales el titular del pliego se haya comunicado con cualquier persona para tratar cualquier asunto relacionado con el nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos
29. Sobre el particular, la solicitud de acceso a la información pública a que se contrae el presente caso se encuentra referida al acceso a la información de la cuenta del correo institucional de un funcionario

público, sobre la cual debe presumirse que tiene carácter público porque se encuentra relacionada con la información enviada y recibida por el exministro de Energía y Minas sobre un asunto que se relaciona exclusivamente con el ejercicio de sus funciones públicas: la emisión del nuevo Reglamento Nacional de Hidrocarburos, sobre todo si se trata de un asunto de interés público como lo es la dación de un reglamento relacionado con el sector de hidrocarburos.

30. Por otro lado, esta Tribunal Constitucional advierte que lo pretendido por el demandante no se circunscribe a solicitar información del correo electrónico personal del exministro de Energía y Minas o información relacionada con su intimidad o vida privada, sino a solicitar información contenida en la cuenta de correo institucional del referido funcionario público que guarda estricta relación con el desempeño de sus funciones públicas, por lo que no se encuentra sujeta a alguna excepción prevista en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
31. Sin embargo, y aunque de la solicitud no se desprenda que el pedido de información esté vinculado a una esfera de información privada; será deber de la entidad que proporciona la información, conforme a los fundamentos 19 a 27 de la presente sentencia, salvaguardar que no se vulneren los derechos a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones e intimidad de las personas involucradas; entregando solo la información que tenga el carácter de pública.
32. Además, cabe tener en cuenta que cuando la denegatoria de la entidad se sustente en que la información solicitada constituye información confidencial es necesario justificar razonablemente cuál es el fundamento de tal confidencialidad. De no ser así, no podría justificarse una respuesta negativa, como ocurrió en el caso de autos.
33. En efecto, no es suficiente alegar que determinada información es confidencial o reservada, sino que corresponde motivar la decisión denegatoria con argumentos razonables y coherentes. En el caso de autos, no se advierte que la emplazada haya justificado la confidencialidad de la información solicitada, sino que simplemente ha alegado que las cuentas de los correos institucionales se encontrarían protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y por el derecho a la intimidad personal.

34. Asimismo, la entidad demandada ha alegado que la información solicitada por la recurrente es información confidencial por estar incurso dentro de la excepción del numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. En efecto, esta disposición establece que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Agrega dicha norma que, una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la Administración pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.
35. En el presente caso, la parte demandada no ha señalado de forma clara y precisa las razones por las cuales lo solicitado se encuentra inmerso en la causal de excepción de confidencialidad prevista en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ni mucho menos ha referido si la información que solicita, en efecto, contiene consejos, recomendaciones u opiniones para la toma de una decisión de gobierno, o que exista una amenaza cierta o inminente a la capacidad de decisión en caso de revelarse los correos electrónicos solicitados.
36. Sin perjuicio de ello, la norma en mención establece que dicha excepción cesa cuando la decisión de gobierno ya ha sido tomada. Ahora bien, en el presente caso el proceso deliberativo para la emisión del Reglamento Nacional de Hidrocarburos ya había concluido, puesto que el Ministerio de Energía y Minas ha emitido diversas normas reglamentarias en materia de hidrocarburos con posterioridad a la solicitud del demandante (20 de agosto de 2014), las que se indican seguidamente:
- Decreto Supremo 039-2014-EM, que aprueba el Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos (publicado el 12 de noviembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano*).
 - Decreto Supremo 019-2015-EM, que modifica el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos aprobado por el Decreto Supremo 081-2017-EM (publicado el 17 de julio de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).

- Decreto Supremo 023-2015-EM, que modifica el Reglamento de normas para la refinación y procesamiento de hidrocarburos aprobado por el Decreto Supremo 051-93-EM (publicado el 18 de julio de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).
 - Decreto Supremo 035-2015-EM, que modifica el Reglamento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos aprobado por el Decreto Supremo 032-2004-EM (publicado el 16 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).
 - Decreto Supremo 037-2015-EM, que modifica el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos aprobado por Decreto Supremo 081-2007-EM (publicado el 20 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*).
37. Por último, es menester pronunciarse sobre una de las consideraciones de la Sala superior para desestimar la presente demanda, referida a que los mensajes almacenados en el servidor de la entidad demandada habrían sido eliminados, conforme a la Directiva 001-2006-MEM-OGP, «Políticas de comunicación electrónica, correo electrónico e internet del Ministerio de Energía y Minas». Esta directiva establece, en su artículo 6.1.5, que los mensajes de correo almacenados en el servidor con más de 45 días de antigüedad serán eliminados.
38. Sin embargo, la parte demandada no ha hecho ninguna mención de que la información contenida en el correo institucional del exministro de Energía y Minas haya sido eliminada. Sin perjuicio de ello, cabe tener en cuenta que el artículo 21 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que «[e]s responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea».
39. Conforme se ha señalado, los correos electrónicos que obran en poder de las entidades públicas contienen información pública, dado que permiten conocer la actuación de los servidores públicos en sus cargos públicos, por lo que las entidades públicas tienen el deber de conservar conforme al artículo 21 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Además, se debe tener presente que la Resolución Jefatural 386-2002-INEI, que aprueba la Directiva 016-2002- INEI/DTNP, sobre «Normas Técnicas para el almacenamiento

y respaldo de la información procesada por las entidades de la administración pública», regula el deber de contar con un sistema de respaldo de la información. Así, en su artículo 6.4 establece lo siguiente:

6.4 DEL RESPALDO

6.4.1 La institución dispondrá de un sistema de respaldo de información para minimizar los daños y proteger la información procesada, al nivel de base de datos, aplicaciones, configuración de los sistemas operativos y de comunicaciones.

6.4.2 Dependiendo de la importancia del servicio que preste la institución y con la finalidad de asegurar la continuidad de sus operaciones, ésta dispondrá de un sistema de respaldo de información en línea (dos sistemas de respaldo de información simultáneos), de acuerdo a su disponibilidad presupuestal.

6.4.3 Se realizarán copias de seguridad de la información en medios de almacenamiento cada vez que los archivos o bases de datos se actualicen, estas copias se podrán efectuar en tres formas: a) Respaldo Total: copia completa de todos los archivos en un solo medio de almacenamiento. b) Respaldo Incremental: copia de todos los cambios o adiciones que se realizan a determinados archivos cada día. c) Respaldo Diferencial: copia de cambios o adiciones que se realizan a determinados archivos respecto al respaldo total, después de cierto período de tiempo.

[...].

40. De lo expresado se colige que los correos electrónicos institucionales deben ser almacenados en los archivos de las entidades públicas, por lo que aun cuando se haya dado de baja la cuenta institucional subsiste en la entidad la obligación de preservarlos en sus archivos. Caso contrario se correría el riesgo de que las solicitudes de acceso a las cuentas institucionales de los funcionarios públicos no sean atendidas por la pérdida de la información, puesto que supeditar el acceso efectivo del derecho a la información a las capacidades tecnológicas para la gestión, soporte y conservación de su información digital supone desconocer las normativas que el Estado ha emitido sobre el particular, como la Directiva 016-2002- INEI/DTNP. Existe, por tanto, una obligación de las instituciones públicas de mejorar sus sistemas informáticos con el fin de facilitar y garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

41. A propósito de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, este Tribunal, en la sentencia emitida en el Expediente 04865-2013-HD/TC, ha desarrollado los contenidos del derecho de acceso a la información pública:
- (1) Si una entidad pública posee la información que se le solicita en un determinado soporte o formato, cuando menos tiene la obligación de entregarla en ese mismo soporte, a menos que se trate de uno palmariamente caduco o que hace impracticable su acceso (mandato definitivo).
 - (2) Las entidades públicas tienen el deber de mantener en condiciones idóneas la información que poseen: es decir, en condiciones que permitan su acceso, uso y aprovechamiento efectivo y futuro. Esto último implica que las entidades –en el marco de sus demás deberes y compromisos constitucionales– deben actualizar los medios o soportes en los que la información pública se encuentra almacenada, salvaguardando en todo caso la integridad y fidelidad de su contenido (mandato de optimización).
 - (3) Las entidades públicas tienen el deber de crear y conservar toda información en soportes actuales y bajo estándares accesibles. En otras palabras, deben facilitar que la información que poseen pueda ser entregada y reproducida de la forma más sencilla, económica, idónea y segura posible (mandato de optimización).
42. En tal sentido, se advierte que la divulgación de la información requerida no se encuentra protegida en las excepciones que dispone el artículo 2, numeral 5, de la Constitución Política del Perú, ni en las establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, caso en el cual podría justificarse una respuesta negativa.
43. Respecto a los costos procesales, se advierte que la parte emplazada tuvo razones justificadas para litigar, por lo que corresponde exonerarla del pago de los costos procesales.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por acreditarse la vulneración del derecho de acceso a la información pública del recurrente.

2. En consecuencia, **ORDENA** a la entidad demandada entregar a don Marco Gamarra Galindo la información solicitada, previo pago del costo de reproducción.
3. **EXONERAR** a la emplazada del pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GUTIÉRREZ TICSE

MORALES SARA VIA

DOMÍNGUEZ HARO

PONENTE MORALES SARA VIA



B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.4. PROCESOS DE CUMPLIMIENTO



Sala Segunda. Sentencia 112/2022

EXP. N.º 03701-2018-PC/TC

LIMA

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 27 de octubre de 2021, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por el magistrado Blume Fortini y con la participación de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, llamados sucesivamente para dirimir la discordia suscitada por los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada, ha dictado la sentencia en el Expediente 03701-2018-PC/TC, por el que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda por haberse acreditado la vulneración al derecho de eficacia de los mandatos legales.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores de cumplimiento del numeral 3.1 del inciso 3) del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
3. **ORDENAR** a la entidad emplazada el pago de costos procesales a favor del recurrente, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.

Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera ha emitido fundamento de voto, el cual se agrega.

La secretaria de la Sala Segunda deja constancia que el presente caso tuvo audiencia pública el 8 de febrero de 2021, con la participación de los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Sardón de Taboada. Asimismo, hace constar fehacientemente que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de ella en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Rubí Alcántara Torres

Secretaria de la Sala Segunda

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2021, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por el magistrado Blume Fortini y con la participación de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, llamados sucesivamente para dirimir la discordia suscitada por los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia. Y con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA contra la resolución de fecha 18 de julio del 2018, expedida por la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 11 de febrero del 2015, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA interpuso proceso de cumplimiento contra la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, solicitando que cumpla lo dispuesto en los mandatos legales que establecen la obligación de la entidad demandada, de prestar el servicio de limpieza pública a los ciudadanos de su distrito. Los mencionados mandatos legales son los siguientes:

- Numeral 3.1 del inciso 3) del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades

“3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios”.

- Artículo 10 de la Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos

Las municipalidades provinciales son responsables por la gestión de los residuos sólidos de origen domiciliario, comercial y de aquellas actividades que generen residuos similares a éstos, en todo el ámbito de su jurisdicción, efectuando las coordinaciones con el gobierno regional al que corresponden, para promover la ejecución, revalorización, adecuación, de infraestructura para el manejo de los residuos sólidos, así como para la erradicación de botaderos que pongan en riesgo la salud de las personas y del ambiente.

(...)

Las municipalidades distritales y provinciales en lo que concierne a los distritos del cercado, son responsables por la prestación de los servicios de recolección y transporte de los residuos sólidos municipales y de la limpieza de vías, espacios, monumentos públicos en su jurisdicción. Los residuos sólidos en su totalidad deberán ser conducidos directamente a infraestructuras de residuos autorizadas por la municipalidad provincial, estando obligados los municipios distritales al pago de los derechos correspondientes (...).

La recurrente señala, que se encuentra legitimada de interponer el presente recurso en mérito al artículo 67 del Código Procesal Constitucional.

Contestación de la demanda

La Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, no contestó la demanda; por tal motivo, con resolución de fecha 10 de junio del 2016, el juzgado de primera instancia declaró la rebeldía de la entidad emplazada.

Resolución de primera instancia o grado

El Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 13 de julio del 2017, declaró fundada la demanda, por considerar que los mandatos legales son de conocimiento público, y claramente establecen a la Municipalidad emplazada el deber legal de proveer el servicio de limpieza.

Resolución de segunda instancia o grado

Con fecha 18 de julio del 2018, la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que el accionante es un Organismo Público Técnico Especializado, que al ser parte del Estado, no

es titular del derecho fundamental alegado, por lo tanto, carece de legitimidad para promover la demanda, correspondiendo en todo caso a los vecinos titulares o a las entidades sin fines de lucro, cuya finalidad sea la defensa de los derechos relativos al medio ambiente u otros derechos difusos.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. De acuerdo con el artículo 69 del Código Procesal Constitucional (vigente a la fecha de interposición de la demanda), la procedencia del proceso de cumplimiento se encuentra supeditada a que el demandante previamente haya reclamado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de su derecho y que el demandado se ratifique en su incumplimiento o no conteste dentro del plazo establecido. En el presente caso se aprecia que el cumplimiento del mencionado requisito de procedibilidad.
2. No obstante, la Sala Superior ha declarado la improcedencia de la demanda, pues considera que el accionante carece de legitimidad para exigir por vía de este proceso constitucional, el cumplimiento de los mandatos legales establecidos en la Ley 27972 y Ley 27314.
3. Al respecto, este Colegiado considera que el artículo 67 del Nuevo Código Procesal Constitucional no establece restricciones para ejercer la defensa de intereses difusos, como aquellos que corresponden a la defensa del medio ambiente, pues su titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, dentro de las cuales se encuentra también las personas jurídicas de derecho público; por lo tanto, no existe razón justificada para privarlas de legitimidad activa para obrar. Máxime, si el mandato legal cuyo cumplimiento se exige, es formulado por una entidad que conforme a la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, se constituye como el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
4. El razonamiento de la Sala Superior, anula la dimensión objetiva del derecho constitucional a la salud y un medio ambiente equilibrado, pues impide “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 especial de protección” de dichos derechos”. (Expediente 05270-2005-PA/

TC, Fundamento Jurídico 15). Por las consideraciones expuestas, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de este proceso.

Delimitación del asunto litigioso

5. En líneas generales, el accionante solicita que se ordene a la entidad emplazada el cumplimiento de los mandatos legales establecidos en el numeral 3.1 del inciso 3) del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; y el artículo 10 de la Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos, que establece la obligación de las Municipalidades Distritales de prestar el servicio de limpieza pública, debiendo evaluar si corresponde o no, estimar las pretensiones señaladas.

Análisis del caso concreto

6. El proceso de cumplimiento es un mecanismo para ejercer el control de regularidad del sistema jurídico, que coadyuva al cumplimiento de los fines de la Constitución Política. No obstante, su implementación está sujeta a que el mandato legal o administrativo cumpla con las exigencias establecida por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante contenido en la sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC; estos requisitos fueron desarrollados en el fundamento 14 de dicho precedente:

“Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a. Ser un mandato vigente.
- b. Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c. No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d. Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e. Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
 - g) Permitir individualizar al beneficiario.”
7. En el presente caso, la recurrente solicita el cumplimiento de dos mandatos legales relacionados con la obligación de las municipalidades distritales de brindar el servicio de limpieza pública; al tratarse normas distintas corresponde analizar de forma independiente, la exigibilidad de los mandatos mencionados.
8. Con relación al mandato legal establecido en el numeral 3.1 del inciso 3) del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, contiene un mandato vigente, pues a la fecha no ha sido derogado por otra norma legal; es cierto y claro, pues reconoce de manera precisa la obligación de proveer el servicio de limpieza pública; no está sujeto a controversias, pues el contenido del mandato no ha sometido a un proceso de inconstitucionalidad; no está sujeto a interpretaciones dispares, pues no obra en autos una interpretación diferente del mandato legal, a la realizada por la emplazada; reconoce un derecho incuestionable de la recurrente, al tratarse de un interés difuso está plenamente legitimada de solicitar el cumplimiento de los mandatos legales, no existiendo, además, una razón justificada para excluirla de los alcances del artículo 67 del Nuevo Código Procesal Constitucional, permite individualizar al beneficiario, que en el presente caso, dada la naturaleza indivisible del bien constitucional tutelado por el mandato legal, sería la comunidad en su conjunto, pues la satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad (Exp. 05270-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico 07); y finalmente es un mandato incondicional puesto que la *“norma que lo reconoce no establece excepciones a su contenido o alcances”* y su *“efectivización, no se encuentra sujeta a la presencia de unas circunstancias determinadas o a la observancia discrecional de quienes son sus destinatarios, sino que es plenamente incondicional en su cumplimiento”* (Expediente 02695-2006-PC/TC, f.j 10 y 11).
9. De otro lado, el accionante solicita también se ordene a la demandada el cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 10 de la Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos, apreciándose que el

citado mandato legal fue derogado por el Decreto Legislativo 1278, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos; es decir, el mandato legal invocado carece de vigencia y no cumple con las condiciones establecidas en el Expediente 00168-2005-PC/TC; por lo tanto corresponde a este Colegiado estimar en parte la demanda.

10. Finalmente, en cuanto al pago de los costos procesales, estos deben ser abonados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Nuevo 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 EN PARTE** la demanda por haberse acreditado la vulneración al derecho de eficacia de los mandatos legales.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores de cumplimiento del numeral 3.1 del inciso 3) del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
3. **ORDENAR** a la entidad emplazada el pago de costos procesales a favor del recurrente, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. Como he señalado en otros pronunciamientos, en líneas generales, cuando se hace referencia a los “precedentes” se alude generalmente a reglas establecidas por un organismo u órgano competente para resolver controversias puestas en su conocimiento, reglas que, por su naturaleza, no solamente serán utilizados para resolver una controversia en particular, sino que también buscarán constituirse en líneas de acción de obligatorio cumplimiento para aquellas situaciones sustancialmente iguales que pudiesen presentarse en el futuro. Así visto, aunque con matices, un precedente tiene como finalidad permitir que lo decidido para en el caso concreto sirva de pauta de referencia obligatoria para resolver futuros casos similares. Su vinculatoriedad (o por lo menos su vocación de vinculatoriedad) es, pues, a todas luces manifiesta.
2. En el caso peruano, el artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional regula el “precedente constitucional” y establece cuáles son las pautas que deben tenerse en cuenta para su emisión. En efecto, esta disposición señala lo siguiente:

“Artículo VI. Precedente Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente (...)”
3. El Tribunal Constitucional establece entonces en qué caso existe un precedente constitucional y precisa sus alcances normativos, los cuales, reiteramos, son vinculantes. Así, el “precedente constitucional” constituye una regla o criterio obligatorio del que no pueden desvincularse los órganos judiciales, e incluso los poderes públicos y particulares cuando sea el caso. Esto ha sido señalado y explicado por el

Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia (cfr. STC Exp. N° 1333- 2006-PA, f. j.24; STC Exp. N° 0024-2003-AI; STC Exp. N° 3741-2004- AA, f. j. 49).

4. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de cierre de la interpretación vigente y vinculante de la Constitución, emitió el denominado precedente “Maximiliano Villanueva” (Sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC) que reguló, en esencia, los requisitos mínimos comunes que debe cumplir el mandato contenido en una norma legal y en un acto administrativo para que sea exigible mediante el proceso de cumplimiento.
5. En los fundamentos 14 a 16 de esta sentencia, que constituye precedente, este Tribunal estableció que para que el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo sean exigibles a través de este proceso que, como se sabe, carece de estación probatoria, es preciso que, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo reúna los siguientes requisitos: a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y e) Ser incondicional excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante, y g) Permitir individualizar al beneficiario.

Así también, en los fundamentos 15 y 17 estableció que:

“15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.”

“17. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. (...)”

6. La emisión de este precedente constitucional generó en los órganos encargados de impartir justicia, predictibilidad en sus decisiones y ordenamiento de la jurisprudencia.
7. En este contexto, el 23 de julio de 2021 se publicó el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31367, que en su artículo 66, acerca del proceso de cumplimiento, dispone:

Artículo 66. Reglas aplicables para resolver la demanda

1. Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:

- 1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.
- 1.2) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.

2. Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:

- 2.1) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.
- 2.2) Asimismo, y de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.

3. Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia.

(...)

8. Como puede verse, el legislador, en los incisos 1 a 3 del artículo 66 del Nuevo Código Procesal Constitucional, ha regulado en sentido contrario a lo establecido en precedente “Maximiliano Villanueva”, obligando al juez constitucional, según sea el caso, a ingresar al fondo de la controversia, en desmedro de su naturaleza sumaria, breve y urgente. Así, el inciso primero del artículo 66 de Nuevo Código Procesal Constitucional colisiona con la causal “b” del citado precedente (que el mandato sea cierto y claro). El inciso 2 contraviene lo estipulado en la causal “c” del precedente (no estar sujeta a controversia compleja ni a interpretaciones dispares); y el inciso 3 contradice lo estipulado en la causal “d” del precedente citado (ser de ineludible y obligatorio cumplimiento).
9. Como lo he señalado en otras ocasiones (mi voto en la sentencia recaída en el Expediente 00001-2018-PI/TC) el legislador, en este caso el Congreso de la República, es el intérprete ordinario vinculante de la Constitución (al corresponderle dictar las leyes, tiende a ser el primero que va a efectuar una interpretación vinculante del texto Constitucional), pero esa interpretación puede ser revisada por entidades de naturaleza jurisdiccional como el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. Se repite entonces aquí también lo que mencioné al inicio de mi voto y que actualmente es una constante a nivel mundial: encomendar a los jueces ordinarios, y, sobre todo, a los jueces constitucionales de un Tribunal Constitucional el rol de intérpretes de cierre de la Constitución, pues es necesario dar un fin o término a ello.
10. Podemos concluir entonces que el legislador, al regular el artículo 66 del Nuevo Código Procesal Constitucional (i) viola la primacía que tiene el precedente frente a la ley, pues como se dijo, es el Tribunal Constitucional el intérprete calificado, vinculante y de cierre de la Constitución; (ii) obliga al órgano encargado de impartir justicia a ingresar al análisis del fondo del asunto, para lo cual permite al juez realizar actividades o trámites que son impropios para un proceso de tutela urgente. Como recordamos el proceso de cumplimiento es un proceso de condena, de ejecución, breve y sumario.

11. Esta desnaturalización del proceso de cumplimiento, permitirá, no solo el incremento innecesario de la carga procesal, sino que terminará por conocerse controversias que, en rigor, debían verse en un proceso ordinario como es el proceso contencioso-administrativo, proceso declarativo en la que se actúan diversos medios probatorios.
12. Por otro lado, a pesar de coincidir con la ponencia que se nos alcanza, estoy obligado a señalar las siguientes consideraciones en relación a la expresión “precedente vinculante”, contenida en el fundamento jurídico 6.
13. En efecto, en el presente proyecto, como en otros, se suele hacer referencia a las expresiones “precedente vinculante”, “precedente constitucional vinculante” o “doctrina jurisprudencial vinculante”, entre otras similares.
14. 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. Además, debe corregirse en sede de la interpretación constitucional cualquier lectura formalista y en puridad técnicamente incorrecta de la normatividad vigente, máxime si se trata de tutelar los derechos.
15. Es pues, en este contexto, que en aras a la precisión conceptual que le corresponde mantener a este órgano colegiado, y sobre la base de lo dispuesto por nuestra legislación y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la palabra “vinculante” en el escenario de las expresiones arriba señaladas es innecesaria por redundante. Incluso puede generar cierta indeseable confusión, en la medida que podría entenderse que algunas de dichas decisiones no tendrían dicho carácter.
16. Y es que, en líneas generales, cuando se hace referencia a los “precedentes” se alude generalmente a reglas establecidas por un organismo u órgano competente para resolver controversias puestas en su conocimiento, reglas que, por su naturaleza, no solamente serán utilizados para resolver una controversia en particular, sino que también buscarán constituirse en líneas de acción de obligatorio cumplimiento para aquellas situaciones sustancialmente iguales que pudiesen presentarse en el futuro. Así visto, aunque con matices, un precedente tiene como finalidad permitir que lo decidido para el caso concreto sirva de pauta de referencia obligatoria para resolver futuros casos

similares. Su vinculatoriedad (o por lo menos su vocación de vinculatoriedad) es, pues, a todas luces manifiesta.

17. El Tribunal Constitucional establece entonces en qué caso existe un precedente constitucional y precisa sus alcances normativos, los cuales, reiteramos, son vinculantes. Así, el “precedente constitucional” constituye una regla o criterio obligatorio del que no pueden desvincularse los órganos judiciales, e incluso los poderes públicos y particulares cuando sea el caso. Esto ha sido señalado y explicado por el Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia (cfr. STC Exp. N° 1333-2006-PA, f. j.24; STC Exp. N° 0024-2003-AI; STC Exp. N° 3741- 2004- AA, f. j. 49).
18. En este sentido, constituye en rigor un error el calificar adicionalmente a este “precedente constitucional” como uno “vinculante”, pues es claro que no existe uno que no sea. Por el contrario, denominarlo de esa forma equivocada podría además hacer entender que un “precedente constitucional” puede, en algún caso, tener alcances no vinculantes (que se trate de un precedente constitucional solo “persuasivo” por ejemplo), situación inadmisible en nuestro país en función de lo que hemos planteado.
19. Lo antes dicho, desde luego, no obsta la posibilidad para que, *mutatis mutandis*, en un determinado caso los jueces o las juezas puedan apartarse del criterio, regla o interpretación establecida por el Tribunal Constitucional. Aquello se materializa a través de la operación conocida como *distinguishing*. A mayor abundamiento, esto es posible siempre que exista una diferencia sustantiva entre lo establecido como precedente constitucional o como doctrina jurisprudencial y lo alegado o discutido en el nuevo caso. Empero, así visto, el *distinguishing* no resta entonces en absoluto eficacia al precedente constitucional o a la doctrina jurisprudencial, y menos aun cuestiona su obligatoriedad, sino que a través de dicha operación tan solo se determina que la regla o criterio que estas contienen no son aplicables al caso específico, por estar fuera de los alcances allí se regula.
20. Hechas estas salvedades, espero haber dejado en claro por qué, a pesar de estar de acuerdo con el proyecto de resolución que suscribo, considero que no debió agregarse la expresión “vinculante”, conforme ha sido sustentado en este fundamento de voto.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, el mismo que se sustenta en las consideraciones siguientes:

1. El recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, a fin de que se cumpla con: i) El numeral 3.1. del inciso 3) del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que dispone que las municipalidades distritales deben proveer del servicio de limpieza pública a su jurisdicción; y, ii) El artículo 10 de la Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos, que establece que las municipalidades distritales deben prestar servicios de recolección y transporte de los residuos sólidos municipales, limpieza de vías, espacios y monumentos públicos en su jurisdicción.
2. Refiere que mientras ejercía sus funciones de supervisión, se verificó: i) la existencia de diferentes puntos de inadecuada disposición de residuos sólidos en las principales avenidas y calles ubicadas cerca de restaurantes, mercados y viviendas; y, ii) la existencia de focos infecciosos que atraen vectores (moscas y roedores) capaces de transmitir enfermedades, poniendo en riesgo la salud de los vecinos de la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores. Como consecuencia de ello, el demandante exhortó mediante Oficio 2040-2014- OEFA/DS, de fecha 01 de diciembre de 2014 (f. 4), a la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores a realizar acciones inmediatas conforme a la normativa señalada en el fundamento 1 *supra*; sin embargo, la referida municipalidad distrital viene incumpliendo sus funciones.
3. Sobre el particular, se advierte que el recurrente solicita que la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores cumpla con normas que establecen determinadas competencias generales en materia de manejo de residuos sólidos, las cuales al no constituir mandatos ciertos y claros, contradicen los supuestos de procedencia establecidos en la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC, máxime si a través del presente proceso no se puede dilucidar un conflicto de

competencias, en el que precisamente se denuncia que la municipalidad demandada se rehúsa a ejercer sus atribuciones en materia de limpieza pública.

4. Es pertinente señalar que de autos se observa que en el caso traído a esta sede existe una controversia planteada, puesto que el ente municipal emplazado sostiene que, aun cuando lo denunciado por el OEFA es real, su gestión (actual) se encuentra realizando las funciones para remediar dicha situación. Al respecto, la demandada señala que el distrito se encontraba en estado de emergencia sanitaria, el cual culminó con fecha 10 de enero de 2015, pues conforme al Informe 3757-2014/DSB/DIGESA, de fecha 27 de noviembre de 2014, se estimó que el riesgo sanitario promedio de 53.79% ha disminuido. De esta manera afirma que está cumpliendo sus funciones, lo que se acredita con los informes sobre recolección de residuos sólidos que se adjunta en autos (ff. 146-151). Como contraparte de ello, la entidad demandante presenta argumentos que expresan lo contrario, situación que pone al descubierto una controversia que no puede ser dilucidada vía el proceso de cumplimiento.

Por las razones expuestas, considero que se debe declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito este voto singular, al no concordar con los argumentos ni con la decisión tomada en la presente sentencia de mayoría.

El organismo recurrente solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores que cumpla con: i) proveer el servicio de limpieza pública a su jurisdicción, de conformidad con el numeral 3.1 del inciso 3 del artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; y, ii) prestar servicios de recolección y transporte de los residuos sólidos municipales, limpieza de vías, espacios y monumentos públicos en su jurisdicción, de conformidad con el numeral 12 del artículo 10 de la Ley 27314, Ley General de Residuos Sólidos.

Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 0168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005, se estableció con carácter de precedente que para el cumplimiento de un mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo, se deberá reunir los requisitos siguientes: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y, e) ser incondicional, aunque excepcionalmente podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, se estableció que, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mencionados, se deberá: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante; y g) permitir individualizar al beneficiario.

Ahora bien, con relación al numeral 3.1 del inciso 3 del artículo 80 de la Ley 27972, se aprecia que este establece determinadas competencias generales en materia de limpieza pública, lo que no constituye un mandato cierto ni claro. Por su parte, respecto del artículo 10 de la Ley 27314, se advierte que el citado mandato legal fue derogado por el Decreto Legislativo 1278, que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos;

es decir, el mandato legal invocado no se encuentra vigente. Por tanto, no se presentan los supuestos de procedencia establecidos en la sentencia emitida en el Expediente 0168-2005-PC/TC.

En consecuencia, considero que corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA



Pleno. Sentencia 116/2022

EXP. N.º 02811-2021-PC/TC

ÁNCASH

FERRETERÍA INDUSTRIAL RÍO NILO
EIRL

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 10 de marzo de 2022, los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada (con fundamento de voto), Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) y Ledesma Narváez (con fundamento de voto), han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de cumplimiento de autos, al haberse acreditado la renuencia de la Municipalidad Distrital de Independencia al cumplimiento del mandato contenido en la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Independencia dar cumplimiento al mandato contenido en la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI y, en consecuencia, que otorgue al demandante, en un plazo máximo de 10 días, la suma de S/ 10 040.00, reconocida a su favor, con el pago de los costos del proceso y los intereses legales, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas previstas en el artículo 27 del *nuevo* Código Procesal Constitucional.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, en fecha posterior, votó a favor 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.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de marzo de 2022 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada, Blume Fortini y Ledesma Narváez que se agregan. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa Ferretería Industrial Río Nilo EIRL, representada por doña Evarista Luciana Cruz Rodríguez contra la Resolución 9, de fojas 68, de fecha 6 de julio de 2021, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash que, revocando la apelada y reformándola, declaró improcedente la demanda de autos

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de diciembre de 2020, la parte recurrente interpone demanda de cumplimiento en contra de la Municipalidad Distrital de Independencia, con el objeto de que se disponga el cumplimiento de la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI, de fecha 27 de octubre de 2014, mediante la cual se ha reconocido la deuda proveniente del ejercicio presupuestal 2013, por el importe de S/ 10 040.00, por la adquisición de 15 estantes metálicos, más el pago de los costos y las costas del proceso.

Alega esencialmente que pese a los constantes requerimientos verbales y escritos la comuna emplazada no ha dado cumplimiento al mandato contenido en la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI.

El procurador público de la Municipalidad Provincial de Huaraz contesta la demanda considerando que el pago dispuesto está sujeto a disponibilidad financiera, no pudiendo afectar partidas ajenas para el cumplimiento de la obligación requerida.

El Segundo Juzgado Civil de Huaraz, declara fundada la demanda, disponiendo el pago de la obligación contenida en la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI.

La Sala Civil de Áncash revoca la apelada y reformándola declara improcedente la demanda, al considerar que el pedido no corresponde ser exigido en esta vía constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se dé cumplimiento al acto administrativo contenido en la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI, de fecha 27 de octubre de 2014 (f. 8), y que, en consecuencia, se disponga el pago inmediato de la suma ascendente a S/ 10 040.00, por la adquisición de 15 estantes metálicos; las cuales han sido reconocidas por dicha resolución.

Requisito especial de la demanda

2. Con el documento de fecha cierta obrante a fojas 12 se acredita que la recurrente ha cumplido el requisito especial de la demanda de cumplimiento previsto en el artículo 69 del *nuevo* Código Procesal Constitucional.

Análisis del caso concreto

3. El artículo 200, inciso 6 de la Constitución Política establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal *o un acto administrativo*. Por su parte, el artículo 65, inciso 1 del *nuevo* Código Procesal Constitucional señala que el proceso de cumplimiento tiene por objeto que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme.
4. Asimismo, el anotado artículo 65 del *nuevo* Código Procesal Constitucional, en su segundo párrafo indica que:

No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional.” (resaltado agregado)

Ahora bien, en interpretación *a contrario sensu* del apartado antes citado, serán objeto del proceso de cumplimiento solo los actos administrativos que contengan reconocimiento de pago o devengados ya determinados. Presupuesto que se cumple en el presente caso ya que se pretende el pago de una suma de dinero determinada por la autoridad administrativa respectiva, contenida en la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI.

No cabe pues otra interpretación que permita garantizar a través de los mecanismos procesales pertinentes la vigencia efectiva del derecho a defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos, esto sin interferir en competencias atribuidas constitucional o legalmente a ciertos poderes del Estado –por referirnos a aquellos casos en los que corresponde a la autoridad, sea administrativa (rama ejecutiva) o judicial ordinaria (rama judicial), la determinación de los montos a abonar–.

5. De otro lado, es importante mencionar que la regulación contenida en el *nuevo* Código Procesal Constitucional respecto al proceso de cumplimiento debe ser comprendida en comunión con lo estatuido como precedente por este Tribunal en la STC 0168-2005-PC/TC, en tal sentido todo mandato cuyo cumplimiento que se pretenda debe reunir los requisitos indicados en tal sentencia. Mención aparte merecen los referidos a claridad, controversia compleja y obligatoriedad, y es que estos deberán ser analizados caso a caso, no siendo este uno en el que sea relevante efectuar el mismo, pues, como será expuesto a renglón seguido, el *mandamus* que se pretende materializar no adolece de tales requisitos.
6. En el caso de autos, se advierte que la pretensión de la parte demandante está dirigida al cumplimiento de lo establecido por la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI, de fecha 27 de octubre de 2014, que reconoce en favor de la recurrente la deuda proveniente del ejercicio presupuestal 2013, por el importe de S/ 10 040.00, por la adquisición de 15 estantes metálicos. Al respecto, la referida resolución, obrante a fojas 8, resuelve:

(...)

Artículo 1º. - RECONOCER los la Deuda proveniente del Ejercicio Presupuestal 2013 por el importe total de *DIEZ MIL CUARENTA CON 00/100 NUEVOS SOLES* (S/. 10 040.00), a

favor de FERRETERÍA INDUSTRIAL RÍO NILO EIRL, por la Adquisición de Estantes Metálicos detallados en la parta analítica de la presente Resolución.

Deuda que queda incorporada al Presupuesto Institucional del Año 2014 (...)

7. De lo anterior se sigue que mediante la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI, de fecha 27 de octubre de 2014, la entidad demandada ha reconocido a favor de la recurrente el pago de la suma ascendente a S/ 10 040.00, por la “[a]dquisición de [e]stantes [m]etálicos”. Esta resolución administrativa individualiza de manera clara al recurrente, a la vez que determina de manera directa el monto que debe pagársele, configurándose un mandato cierto y claro. Asimismo, no se verifica que dicho acto administrativo haya sido dejado sin efecto por ningún acto posterior, por lo que se colige que se trata de un mandato vigente y de obligatorio cumplimiento.

Asimismo, se advierte de los actuados que no se ha dado respuesta al requerimiento formulado por el recurrente, siendo incluso que mediante Oficio 0320-2020-MDI/GAyF/SGT (f. 29), de fecha 17 de noviembre de 2020, el sub gerente de la oficina de Tesorería de la Comuna señala que “(...) efectuada la búsqueda en el SIAF sobre pagos realizados a *Ferretería Industrial Río Nilo E.I.R.L.* por la adquisición de estantes metálicos se tiene como resultado que desde el año 2013 hasta la fecha **no se ha efectuado pago alguno**, manteniéndose como una deuda pendiente de pago” [sic]. Por tanto, se evidencia la renuencia de la entidad demandada.

8. Ahora bien, la entidad demandada deja entrever que el *mandamus* contenido en la resolución materia del presente proceso estaría sujeto a una condición: la disponibilidad presupuestaria y financiera de la emplazada. Sin embargo, este Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia (sentencias emitidas en los Expedientes 03771-2007AC, 01203-2005-PC/TC, 03855-2006-PC/TC y 06091-2006-PC/TC) que dicho argumento resulta irrazonable, más aún teniendo en cuenta que desde la expedición de la resolución materia de cumplimiento hasta la fecha de emisión de la presente sentencia han transcurrido más de siete años sin que se haga efectivo el pago reclamado.
9. Asimismo, y de conformidad con el artículo 28 del *nuevo* Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos

procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia; y, de conformidad con los artículos 1236 y 1244 del Código Civil, deben abonarse los intereses legales generados desde la fecha en que se determinó el pago de los derechos al recurrente hasta la fecha en que se haga efectivo.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de cumplimiento de autos, al haberse acreditado la renuencia de la Municipalidad Distrital de Independencia al cumplimiento del mandato contenido en la Resolución de Alcaldía 0764- 2014-MDI.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Independencia dar cumplimiento al mandato contenido en la Resolución de Alcaldía 0764-2014-MDI y, en consecuencia, que otorgue al demandante, en un plazo máximo de 10 días, la suma de S/ 10 040.00, reconocida a su favor, con el pago de los costos del proceso y los intereses legales, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas previstas en el artículo 27 del *nuevo* Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

LEDESMA NARVÁEZ

PONENTE MIRANDA CANALES

**FUNDAMENTO DE VOTO
DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA**

Me aparto de la referencia a la existencia de un derecho a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, supuestamente tutelado por el proceso de cumplimiento. En efecto, el objeto de este proceso es el acatamiento de una obligación legal o administrativa, no la protección de un derecho concebido en el precedente Villanueva (Expediente 0168-2005-PC/TC). Sostengo esta postura, además, porque va en la línea de oposición al reconocimiento *indiscriminado* de derechos.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

En el presente caso, si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto de lo señalado en la primera parte de su fundamento 5, en el que se señala que la regulación contenida en el Nuevo Código Procesal Constitucional respecto al proceso de cumplimiento debe ser comprendida en comunión con lo estatuido como precedente por el Tribunal Constitucional en el expediente 00168-2005-PC/TC, por lo que todo mandato cuyo cumplimiento que se pretenda debe reunir los requisitos indicados en tal sentencia.

Mi apartamiento se basa en que las reglas contenidas en dicho precedente han sido, en parte, dejadas sin efecto por las nuevas reglas aplicables para resolver la demanda, contenidas el mencionado Nuevo Código Procesal Constitucional, el que, para evitar la avalancha de improcedencias liminares producidas por el citado precedente, tiene una regulación más garantista o tutelar, pues además de eliminar la improcedencia liminar, específicamente en relación con el proceso de cumplimiento, impone la obligación a los jueces constitucionales de dar trámite a la demanda así el mandato sea genérico o poco claro, o esté sujeto a controversias o interpretaciones dispares, por ejemplo (Cfr. artículo 66, incisos 1 y 2); supuestos que con el precedente 00168-2005-PC/TC, constituían verdaderas causales de improcedencia para rechazar las demandas sin contradictorio, lo cual ahora ya no es posible.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso coincido con el sentido de la ponencia, que resuelve declarar fundada la demanda; sin embargo, estimo pertinente efectuar las siguientes precisiones:

1. Teniendo en cuenta que en el presente caso se aplica el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021, es mi deber de jueza constitucional dejar constancia de que dicha ley es manifiestamente contraria a la Constitución y que cuando ha sido sometida a control del Tribunal Constitucional mediante un proceso de inconstitucionalidad [Expedientes 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC], tres magistrados, en una motivación sin ningún sustento y tan sólo de tres párrafos, han hecho posible que dicha ley, pese a su inconstitucionalidad, se aplique sin ningún cuestionamiento.
2. En otras palabras, ***el poder de los votos y no el de las razones jurídicas*** ha caracterizado la historia de esta ley: el Poder Legislativo tenía los votos, así es que sin mayor deliberación e incumpliendo su propio reglamento, aprobó la ley.
3. Luego, el Tribunal Constitucional, con tres votos que no tenían mayor justificación y alegando un argumento sin fundamento, convalidó dicho accionar del Poder Legislativo.
4. Serán la ciudadanía, la opinión pública o la academia, entre otros, los que emitirán su punto de vista crítico para que estas situaciones no se repitan.
5. Un Código Procesal Constitucional, que se debería constituir en una de las leyes más importantes del ordenamiento jurídico peruano, dado que regula los procesos de defensa de los derechos fundamentales y el control del poder, **tiene hoy una versión que está vigente por el poder de los votos y no de las razones jurídicas**. Es claro que ello deslegitima el Estado de Derecho y en especial la justicia constitucional.

6. Este nuevo código es inconstitucional, irrefutablemente, por vicios formales (más allá de los vicios materiales). Lo voy a exponer de modo breve: La Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, por ser una **Ley Orgánica** (artículo 200 de la Constitución), no de debió ser exonerada del dictamen de comisión.
7. El artículo 73 del Reglamento del Congreso regula las etapas del procedimiento legislativo así como la excepción para que la Junta de Portavoces pueda exonerar a algunas etapas de tal procedimiento, pero además, y esto es lo más relevante, establece de modo expreso que **“Esta excepción no se aplica a** iniciativas de reforma constitucional, **de leyes orgánicas** ni de iniciativas sobre materia tributaria o presupuestal”.
8. Asimismo, concordante con el artículo antes citado, el artículo 31-A, inciso 2, del Reglamento del Congreso de la República, regula, entre otras competencias de la Junta de Portavoces, “La exoneración, previa presentación de escrito sustentado del Grupo Parlamentario solicitante y con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación”, y luego, expresamente, establece que **“Esta regla no se aplica a** iniciativas de reforma constitucional, **de leyes orgánicas** ni de iniciativas que propongan normas sobre materia tributaria o presupuestal, de conformidad con lo que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso”.
9. Como se aprecia, el Reglamento del Congreso, en tanto norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, dispone que en los casos de leyes orgánicas, **la Junta de Portavoces no puede exonerar del envío a comisiones en ningún supuesto.**
10. En el caso de las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa de una proposición aprobada, éstas **“se tramitan como cualquier proposición” [de ley]** (artículo 79 del Reglamento del Congreso).
11. Por tanto, ante las observaciones del Presidente de la República a una proposición de ley correspondía tramitarla como cualquier proposición de ley y, como parte de dicho trámite, enviarla a la respectiva comisión, resultando prohibido que la Junta de Portavoces exonere del trámite de envío a comisión cuando se trata de leyes orgánicas.

12. En el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, mediante sesión virtual de la Junta de Portavoces celebrada el 12 de julio de 2021 se acordó exonerar del dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley, pese a que se trataba de una ley orgánica.
13. Esta exoneración resultaba claramente contraria al propio Reglamento del Congreso y con ello al respectivo bloque de constitucionalidad, por lo que correspondía declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional por haber incurrido en vicios formales. El Congreso de la República no respetó el procedimiento de formación de la ley que el mismo fijó.
14. Carece de fundamento el argumento de los tres magistrados que salvaron esta ley. Ellos sostienen que conforme al último párrafo del artículo 79 del Reglamento del Congreso, el trámite de una autógrafa de ley observada por el Presidente de la República debe pasar a comisión sólo si fue exonerada inicialmente de dicho trámite, de modo que en el caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, al haber pasado ya por una comisión dictaminadora [antes de su primera votación], podía exonerarse a la autógrafa observada de dicho código.
15. Este argumento de los tres magistrados es incorrecto pues dicho párrafo es aplicable sólo cuando se trata de leyes distintas a las leyes orgánicas o de reforma constitucional, entre otras.
16. Lo digo una vez más. En el caso de las leyes orgánicas, la Junta de Portavoces del Congreso de la República está prohibida de exonerar el envío a comisiones. Las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa del Nuevo Código Procesal Constitucional debieron recibir un dictamen de la comisión respectiva y, por tratarse de una ley orgánica, no podían ser objeto de ninguna exoneración sobre el trámite a comisión.
17. Pese a la manifiesta inconstitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional y atendiendo a que, formalmente, una sentencia del Tribunal Constitucional, con el voto de tres magistrados, ha convalidado, **en abstracto y por razones de forma**, dicho código, debo proceder a aplicarlo en el caso de autos, reservándome el pronunciamiento en los casos que por razones de fondo se pueda realizar el respectivo control de constitucionalidad.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

**VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Coincido con el sentido de la ponencia presentada en este caso concreto,
en virtud de los argumentos que allí se encuentran expresados.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

A large, light gray, stylized logo consisting of the letters 'C' and 'D' intertwined, serving as a background for the page.

C. PRECEDENTES



Pleno. Sentencia 1/2022

EXP. N.º 03432-2018-PA/TC

LIMA

FELIPE NOLBERTO GONZALES RODRÍ-
GUEZ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de diciembre de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la pensión del demandante.
2. **ORDENAR** que el Ministerio de Educación y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) cumplan con restituir la pensión de cesantía del actor, con el abono de los intereses legales y los costos procesales respectivos.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido al pago de la indemnización por daño moral y material.
4. Establecer como **PRECEDENTE**, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 13 de esta sentencia.

Asimismo, el magistrado Ferrero Costa, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

Por su parte, el magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular expresando que no concuerda con el cuarto punto resolutivo de la sentencia, que establece un precedente en materia de doble percepción de ingresos.

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 16 días del mes de diciembre 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 agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Ferrero Costa votó en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez contra la sentencia de fojas 334, de fecha 20 de junio de 2018, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de setiembre de 2015, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Secretaría General del Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de que se restituya su pensión de cesantía conforme al Decreto Ley 20530, por encontrarse suspendida su pensión desde febrero del año 2015. Asimismo, solicita el abono de los montos dejados de percibir y el pago indemnizatorio por el daño moral y material ascendente a la suma S/ 10 000.00. Manifiesta ser docente cesante del régimen del Decreto Ley 20530, y haber reingresado al Estado (Poder Judicial) bajo un contrato administrativo de servicios (CAS), por lo que no podía suspenderse su pensión de cesantía de conformidad con el artículo 8 de la Ley 20530.

El procurador adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas formula denuncia civil contra el Ministerio de Educación y su extromisión del presente proceso, propone las excepciones de incompetencia por razón de la materia, de prescripción, de falta de legitimidad para obrar del demandado y de falta de agotamiento de la vía previa, y contesta la demanda expresando que la controversia no versa sobre el contenido constitucionalmente del derecho a la pensión, pues el demandante ya goza de una pensión como docente, la cual habría sido suspendida por el Ministerio

de Educación (entidad a cargo de la misma), por lo que al tratarse de una controversia de orden legal, debe ser dilucidado en un proceso contencioso-administrativo. Agrega que el artículo 3 de la Ley Marco del Empleo Público y en el artículo 7 del Decreto Legislativo 276 (antes de la entrada en vigor de este último texto legal), el artículo 54 del Decreto Ley 20530, refiere que se suspende el derecho a la pensión, sin derecho a reintegro, en caso de reingreso al servicio del Estado, por lo que sí existe incompatibilidad entre la percepción de remuneración y pensión.

La procuradora pública adjunta a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación propone las excepciones de falta de legitimidad para obrar y de incompetencia por razón de la materia, y contesta la demanda señalando que lo pretendido por el actor no se encuentra dentro de lo constitucionalmente protegido, por lo que deberá recurrir al proceso contencioso-administrativo.

El Décimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 7 de abril de 2017, declaró infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada. Con fecha 31 de agosto de 2017 declaró infundada la demanda por considerar que en aplicación de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 03480- 2007-PA/TC, existe incompatibilidad de la percepción simultánea de pensión y remuneración por servicios prestados al Estado, salvo que este último provenga por servicios docentes, situación que en el caso concreto no se presenta toda vez que la remuneración que percibe el recurrente no es derivada de sus servicios como docente, sino como trabajador de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La Sala Superior revisora confirmó la apelada por similar argumento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Educación y otro, con el objeto de que se le restituya su pensión de cesantía del régimen del Decreto Ley 20530, suspendida desde febrero de 2015 hasta la actualidad, y que se le indemnice por el monto de S/ 10 000 (diez mil soles). Refiere ser docente cesante y trabajador en la modalidad de contratación administrativo de servicios (CAS), y la pensión de cesantía que venía percibiendo fue suspendida injustamente, bajo el argumento de la incompatibilidad de doble percepción de ingresos provenientes del Estado.

2. De acuerdo con lo dispuesto por el fundamento 107 de la sentencia emitida en el Expediente 00050-2004-PI/TC y otros acumulados, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión constituye un elemento del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, el cual encuentra protección a través del proceso de amparo, de conformidad con los supuestos de procedencia establecidos en reiterada jurisprudencia. En consecuencia, corresponde efectuar la evaluación del caso concreto en atención a lo precitado, considerando, además, que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento.
3. A su vez, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho fundamental, y que por su naturaleza requiere de regulación legal para establecer las condiciones necesarias para su goce, debe concluirse que aquellas limitaciones o restricciones temporales o permanentes a su ejercicio han de estar debidamente sustentadas, a efectos de evitar arbitrariedades en la intervención de este derecho. Por ello, este Tribunal estima que en el presente caso procederá a emitir pronunciamiento sobre el objeto y contenido de la pretensión (por el fondo de la controversia), tomando en cuenta la avanzada edad del demandante.

Análisis de la cuestión controvertida

4. Ambas instancias o grados del Poder Judicial han desestimado la demanda argumentando que, de acuerdo a la normativa sobre la materia y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado, salvo que la remuneración derive de servicios docentes. Por ende, advirtiéndose que el actor percibe remuneración como trabajador de la Corte Superior de Justicia de Lima y no como docente, alegan que su caso no se encuentra dentro del mencionado supuesto de excepción, razón por la cual, la medida de suspensión de su pensión de cesantía se encuentra conforme a ley.

Respecto a la percepción simultánea de pensión y remuneración en el Estado

5. Con relación a la “doble percepción de ingresos”, este Tribunal se pronunció en la sentencia emitida en el Expediente 00009-2015-PI/TC, constatando que el legislador ha establecido diferencias irrazonables

entre los regímenes previsionales de lo que podría llamarse el “sistema civil” y un sector del sistema previsional militar-policial. (Fundamento Jurídico 86), puesto que al pensionista que se encuentra en el primer caso se le suspende su pensión si reingresa a laborar nuevamente para el Estado, lo que no sucede en el caso del pensionista militar o policial del Decreto Ley 19846, sin que se aprecie alguna razón que justifique esta diferencia.

6. Habiendo este, Tribunal identificado un tratamiento legislativo dispar e injustificado en cuanto a la prohibición de la doble percepción de ingresos de los pensionistas del Estado, declaró un estado de cosas inconstitucional en cuanto a dicho tratamiento legislativo y dispuso que el Congreso adopte las medidas adecuadas para corregir dicho estado de cosas inconstitucional en el plazo de un año:

“Teniendo en cuenta lo expuesto, en el sentido de haberse identificado un tratamiento legislativo dispar e injustificado en cuanto a la prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado, el Tribunal Constitucional estima que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a dicho tratamiento legislativo por lo que corresponde que el Poder Legislativo adopte las medidas necesarias para corregir dicho estado en el plazo de 1 año. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.” (Fundamento Jurídico 87)

7. El segundo párrafo del fundamento 86 de esta sentencia de inconstitucionalidad, reviste una enorme importancia no solo para resolver la presente controversia. En efecto, al analizar el artículo 40 de la Constitución Política del Estado, el Tribunal interpreta que, cuando este artículo prescribe que “Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”, no cabe margen de duda en el sentido que lo que la Constitución prohíbe es la doble percepción de remuneraciones, salvo la remuneración docente, pero no la doble percepción de ingresos, esto es, la percepción simultánea de remuneración y pensión.
8. Esta disposición constitucional lo que busca es impedir que una misma persona acapare dos o más cargos remunerados por el Estado, dando lugar a una situación de privilegio inaceptable y desplazando a

otras personas con iguales aspiraciones laborales. Pero también busca generar ahorro público.

9. En este escenario, la situación del pensionista que reingresa a laborar al Estado tiene una connotación muy distinta, por diversas razones; tales como que la pensión a que se ha hecho acreedor después de haber aportado su fuerza laboral y las aportaciones dinerarias que prescribe la ley de la materia, ha pasado a formar parte de su patrimonio y no le pertenece al Estado, el cual únicamente se encarga de administrarlo.
10. Por otro lado, la remuneración que percibe el pensionista que se reincorpora al Estado corresponde estrictamente a la contraprestación por el servicio que le brinda, y no es una dádiva de la Administración. En este sentido, el hecho que el pensionista se reinserte laboralmente al Estado, lejos de ocasionarle perjuicio al Estado, le aporta el valioso *expertise* que ha logrado durante su vida laboral previa a su jubilación.
11. También debe tenerse en cuenta la tendencia actual hacia la re inserción laboral del adulto mayor jubilado, motivada por la necesidad no solo de conservar en la medida de lo posible su nivel de vida previo a la jubilación, sino a renovar el sentido de su vida, haciéndole sentirse útil nuevamente a la sociedad.
12. No es menos importante tener presente que en muchos casos, el pensionista opta por la reincorporación laboral al Estado debido a lo exiguo del monto de las pensiones, situación que es generalizada; es por ello que resulta particularmente injusto que el legislador opte por suspenderle su diminuta pensión, vulnerando su derecho a la pensión.

Precedente

13. Teniéndose en cuenta que el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente ante la situación de grave injusticia que generan el mencionado tratamiento legislativo dispar y la interpretación inconstitucional del artículo 40 de la Constitución, está en la obligación de adoptar criterios que garanticen la vigencia de los derechos fundamentales a la pensión y a la igualdad ante la ley; por consiguiente, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal

Constitucional, estima pertinente establecer un precedente respecto a la prohibición arbitraria e injustificada de la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado:

- a. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativa.
- b. Regla sustancial: En el caso que el pensionista de jubilación o cesantía decida reincorporarse al servicio del Estado, la Administración Pública observará las siguientes reglas:

Regla sustancial 1: No existirá incompatibilidad entre la percepción simultánea de la pensión de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, y la remuneración por servicios prestados al Estado, sean docentes o de cualquier índole.

Regla sustancial 2: La Administración Pública no podrá suspender las pensiones de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, en el supuesto previsto en la Regla Sustancia 1, deviniendo en inaplicables las normas que se opongan a estas reglas.

Análisis del caso concreto

14. En el presente caso, la Administración Pública suspendió la pensión de cesantía del actor, aduciendo que existía incompatibilidad entre su pensión y la remuneración que percibía simultáneamente de la Corte Superior de Justicia de Lima.
15. Habiéndose establecido que la alegada incompatibilidad es arbitraria e injustificada, debe concluirse que la parte emplazada vulneró el derecho a la pensión del actor, motivo por el cual debe estimarse la demanda
16. Con relación a las pensiones devengadas, corresponde indicar que el demandante señala que, desde el mes de febrero de 2015, debe ser abonado dicho concepto, no obstante, en su recurso de agravio constitucional (f. 364), refiere que *se le otorgó su pensión por dos (2) meses (...) y nuevamente me suspendió la pensión hasta el día de hoy*". Así, este Tribunal estima que, en etapa de ejecución, se debe verificar desde febrero de 2015 hasta la actualidad, los meses en que el recurrente no percibió pensión de cesantía conforme al Decreto Ley 20530.

17. Respecto a los intereses legales, este Tribunal, mediante auto emitido en el Expediente 02214-2014-PA/TC, ha establecido en calidad de doctrina jurisprudencial, aplicable incluso a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil. Asimismo, corresponde el pago de los costos de acuerdo al artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
18. En cuanto al extremo del pago de una indemnización por daño moral y material por el monto de S/ 10 000.00 (diez mil soles), es oportuno reiterar que dicho concepto, por tener naturaleza resarcitoria y no reparatoria, no resulta estimable en el proceso de amparo, razón por la que debe rechazarse dicho pedido.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la pensión del demandante.
2. **ORDENAR** que el Ministerio de Educación y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) cumplan con restituir la pensión de cesantía del actor, con el abono de los intereses legales y los costos procesales respectivos.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido al pago de la indemnización por daño moral y material.
4. Establecer como **PRECEDENTE**, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 13 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. Discrepo y me aparto del fundamento 17, por cuanto, conforme lo he señalado en el voto singular que emití en el Auto 02214-2014-PA/TC, a cuyo texto me remito, y en los que emití en diversos procesos de amparo cuando se ha dado el caso, considero que en materia pensionaria es de aplicación la tasa de interés efectiva, que implica el pago de intereses capitalizables en el caso de pensiones no pagadas oportunamente por el Estado.
2. De otro lado, discrepo y me aparto del fundamento 11, pues, a mi juicio, resulta innecesario su contenido, toda vez que el sentido de la vida en sociedad de un adulto mayor jubilado no, necesariamente, es el retorno al trabajo, como se deja entrever en dicho fundamento; máxime si se tiene en cuenta que el ser humano tiene muchas potencialidades y cuando se encuentra en una etapa de retiro laboral, estas pueden ser desarrolladas con mayor dedicación y éxito.
3. Finalmente, enfatizo que, pese al avance que implica el precedente contenido en la sentencia emitida en autos respecto de los derechos de los pensionistas, aún queda pendiente de tratamiento y solución al caso de los trabajadores que, contando con la edad necesaria y habiendo cumplido los años de aportes que la ley establece para jubilarse, aún no han optado por hacerlo y el Estado decide contratarlos a través de cualquier tipo de contrato laboral; caso en el cual, injusta e inconstitucionalmente, se persiste en descontarles de su remuneración las aportaciones pensionarias y de salud, las mismas que en realidad son aportadas a fondo perdido, en detrimento del patrimonio del trabajador y en beneficio indebido del Estado.
4. Me explico: un adulto mayor no pensionista pero que ha cumplido con todos los requisitos de ley para tener una pensión y ha aportado lo que le corresponde al fondo solidario para ganar su pensión, ya no está obligado a seguir aportando si continúa trabajando para

el Estado o reingresa a laborar a su servicio, por cuanto ya ganó el derecho a la pensión y a la cobertura de salud, resultando totalmente irrazonable, injusto e inconstitucional insistir con dicho descuento; más aún si se tiene en cuenta que tales aportaciones no incrementarán su pensión ni sus prestaciones de salud.

5. En tal sentido, considero que una vez que el trabajador que aún no ha optado por jubilarse, pero que ya cumple con los requisitos para ello, reingresa a laborar para el Estado a través de cualquier tipo de contratación laboral, su remuneración no debe estar sujeta a descuento pensionario ni de cobertura de salud, los cuales, de haberse producido, deben ser devueltos al trabajador como descuentos indebidos, incluyéndose en la devolución los intereses respectivos.

S.

BLUME FORTINI

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Emito el presente voto con fecha posterior, a fin de precisar el sentido de mi voto y expresar que coincido con el sentido de la ponencia presentada en los siguientes términos:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión del demandante.
2. **ORDENAR** que el Ministerio de Educación y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) cumplan con restituir la pensión de cesantía del actor, con el abono de los intereses legales y los costos procesales respectivos.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido al pago de la indemnización por daño moral y material.
4. Establecer como **PRECEDENTE**, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 13 de esta sentencia.

Lima, 27 de diciembre de 2021.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito este voto singular, al no concordar con el cuarto punto resolutivo de la presente sentencia de mayoría, que establece un precedente en materia de doble percepción de ingresos.

La regla que se ha creado extiende la posibilidad de recibir dos ingresos del Estado (sean remunerativos o pensionarios) a servicios provenientes no solo del ejercicio de la docencia, sino de cualquier otra índole.

Considero que el establecimiento de dicha regla excede las atribuciones constitucionales asignadas a este alto Tribunal, pues, si bien la doble percepción de remuneración proveniente del Estado se encuentra proscrita por el artículo 40 de la Constitución –con la excepción de aquella derivada de la función docente–, la percepción simultánea de remuneración y pensión estatales es una figura que corresponde delimitar al legislador, de conformidad con los artículos 10 a 12 de la misma Constitución.

Mis colegas magistrados sostienen su decisión en una supuesta diferencia irrazonable realizada por el legislador entre los regímenes previsionales “civiles” y un sector del “militar-policial”, alegando que al pensionista del primer caso se le suspende su pensión si reingresa a laborar para el Estado, mientras que no ocurre lo mismo para el segundo caso. Sin embargo, como sostuve en el voto singular que emití en el Expediente 00009- 2015-PI/TC, dicha afirmación es errada:

(...) no es cierto que exista la prohibición absoluta de doble ingreso en los regímenes glosados en la sentencia en mayoría. Todos tienen excepciones que esta no menciona. El Decreto Ley 19990, por ejemplo, permite doble percepción de ingresos, siempre y cuando la suma de la remuneración más la pensión no supere el 50% de una UIT.

El Decreto Ley 20530, la Ley 28175 y la Ley 30057 permiten tener una pensión o remuneración más otro ingreso por docencia, o por dietas de Directorios en empresas estatales, tribunales administrativos u otros órganos colegiados. *Lo único prohibido*

es la doble percepción por dedicación a tiempo completo en más de una entidad pública.

La sentencia en mayoría imagina, pues, que solo existe una excepción y que esta recae en los militares y policías del Decreto Legislativo 19846. La realidad es más compleja [*énfasis agregado*].

A lo dicho entonces basta agregar una reciente modificación realizada al Sistema Nacional de Pensiones, precisamente sobre la continuidad laboral de los pensionistas: la Ley 31301, publicada el 22 de julio de 2021, establece en su artículo 6 que la realización o reinicio de actividades laborales por parte del pensionista no suspende la pensión obtenida y que todas las deudas generadas en virtud del artículo 45 del Decreto Ley 19990 quedan extinguidas.

Por tanto, es función del legislador, y no del Tribunal Constitucional, establecer las reglas sobre doble percepción de ingresos en la que se involucre el cobro de una pensión de cesantía o jubilación proveniente del Estado. Al ser este derecho uno de configuración legal, tiene el legislador un margen de discrecionalidad amplio para su desarrollo, con los límites que supone el contenido esencial del propio derecho a la pensión, así como los demás principios y valores contenidos en la Constitución.

Finalmente, no se advierte la presencia de alguno de los supuestos establecidos –precisamente con calidad de precedente– en la sentencia emitida en el Expediente 03741-2004-PA/TC para la emisión de un precedente. En efecto, a) no se ha constatado la existencia de contradicciones latentes en la interpretación de derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional; b) no se ha constatado que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; c) no se ha constatado la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales; y, d) no se evidencia la necesidad de cambiar de precedente.

S.

SARDÓN DE TABOADA



Pleno. Sentencia 320/2022

EXPEDIENTE 03324-2021-PHC

TUMBES

INMER ISRAEL VILLENA UCEDA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de noviembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Inner Israel Villena Uceda contra la resolución de fojas 2304, de fecha 3 de setiembre de 2021, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de abril de 2021, don Inner Israel Villena Uceda interpone demanda de *habeas corpus* (f. 2) y la dirige contra los señores Víctor Burgos Mariños, Norma Carbajal Chávez y Manuel Loyola Florián, jueces integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Denuncia la vulneración de los derechos a la libertad personal, al debido proceso, de defensa, a la pluralidad de instancias y a la debida motivación de resoluciones judiciales.

Solicita que se declare nulas: (i) la Resolución 65, de fecha 6 de marzo de 2020 (f. 58), que declaró inadmisibile por extemporáneo el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia condenatoria, Resolución 64, de fecha 22 de enero de 2020 (f. 17), en el extremo que lo condenó a cinco años de pena privativa de la libertad en su condición de cómplice primario de delito de colusión; y (ii) la Resolución 2, de fecha 7 de setiembre de 2020 (f. 67), que declaró infundado el recurso de queja de

derecho que interpuso contra la Resolución 65. En consecuencia, solicita que se retrotraigan los actos hasta el concesorio del citado recurso de apelación, y que se declare nulo el oficio que ordena su ubicación y captura para que ingrese al establecimiento penitenciario El Milagro de Trujillo (Expediente 01193-2010-97-1601-JR-FE-05-Acumulado al Expediente 3551-2013/01193-2010-69-1601-JR-PE-05).

Sostiene que la sentencia condenatoria le fue notificada a su exabogado defensor de elección con fecha 23 de enero de 2020 en su casilla electrónica 19955 (Sinoe), quien interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia el 3 de febrero de 2020, a las 15:55 horas, el cual fue declarado inadmisibile por extemporáneo mediante la Resolución 65, y además declaró consentida la sentencia; que, en cuanto a las notificaciones electrónicas, el plazo para impugnar comienza desde el segundo día en que el justiciable es notificado, que en el presente caso fue el 27 de enero de 2020 y concluyó el 31 de enero de 2020, por lo que el citado recurso fue interpuesto de forma extemporánea por la actuación negligente de su defensor de elección; y que el abogado no le informó acerca del citado plazo ni lo convocó para que firme el recurso.

Aduce que ante tal actuación negligente de su defensor, contrató los servicios profesionales de otro abogado, quien interpuso recurso de queja de derecho contra la Resolución 65, que fue declarado infundado bajo la consideración de que ya se había cumplido con notificar la sentencia en la casilla electrónica perteneciente al abogado defensor de elección, quien hasta la última audiencia del juicio oral se encontraba apersonado al proceso y ejerció su derecho a impugnar la sentencia, y que no se podía retrotraer el proceso al acto de notificación de la sentencia mediante cédula física, pues el abogado dejó consentir la notificación. Sobre la notificación electrónica, afirma que, al calcular el plazo para impugnar, se debió considerar el Acuerdo 15-2018-SPS-CSJLL, acuerdo de jueces titulares de las salas penales superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 19 de octubre de 2018; la Casación 3450-2017-JUNÍN, de fecha 13 de setiembre de 2017, y la Queja NCPP 969-2018-Arequipa, de fecha 6 de agosto de 2019, emitidas por la Corte Suprema de la República. Asimismo, indica que, pese a que hizo el alegato, no se tomó en cuenta su argumento de que nunca se le notificó la sentencia mediante cédula a su domicilio, conforme correspondía en aplicación de los artículos 155-C y 155-E, inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, a fojas 134 de autos, contesta la demanda y solicita que sea

declarada improcedente. Sostiene que el actor no alegó ningún supuesto de falta de notificación o notificación errada, con lo cual dejó consentir la presunta falta de notificación a su domicilio real; que no presentó sus fundamentos en el plazo oportuno; y que, además, hubo una actuación negligente de la defensa técnica, al interponer de forma extemporánea el recurso de apelación contra la sentencia.

El Juzgado Penal Unipersonal de Zarumilla, con fecha 21 de junio de 2021 (f. 2242), declara improcedente la demanda, por considerar que el recurrente tuvo el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor particular, quien fue válidamente notificado en su casilla electrónica 19955 señalada como domicilio procesal, e interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, con lo cual se garantizó sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancia, pues tuvo la oportunidad de que lo resuelto por el órgano jurisdiccional de primera instancia sea revisado por un órgano superior. Concluye, por ello, que la deficiencia del abogado particular alegada por el recurrente no configura la vulneración de los citados derechos fundamentales; y que las citadas resoluciones se encuentran debidamente motivadas.

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes confirma la apelada por similares consideraciones.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente acude a esta sede para solicitar la nulidad de la Resolución 65, de fecha 6 de marzo de 2020 (f. 58), que declaró inadmisibles por extemporáneo el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia condenatoria (Resolución 64), en el extremo que lo condenó a cinco años de pena privativa de la libertad en su condición de cómplice primario de delito de colusión, así como la Resolución 2, de fecha 7 de setiembre de 2020 (f. 67), que declaró infundado el recurso de queja de derecho que interpuso contra la Resolución 65.
2. Denuncia que se han vulnerado sus derechos a la libertad personal, al debido proceso, de defensa, a la pluralidad de instancias y a la debida motivación de resoluciones judiciales; ello porque los órganos jurisdiccionales demandados consideraron que el recurrente consintió la sentencia penal contenida en la Resolución 64, al no impugnarla oportunamente, cuando en realidad lo que habría ocurrido es que se

contabilizó mal el plazo para demandar, tomando en cuenta que la notificación fue electrónica, y además que no se le notificó la sentencia mediante cédula, conforme está previsto legalmente.

Sobre la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales

3. Nuestro ordenamiento constitucional admite la procedencia del amparo (y otros procesos constitucionales, como el hábeas corpus) contra resoluciones judiciales. Si bien la Constitución prescribe que el amparo “[n]o procede contra (...) resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular” (artículo 200, inciso 2), se ha entendido tempranamente que, *a contrario sensu*, sí cabe el amparo contra resoluciones judiciales cuando provengan de “procesos irregulares”. En lo que respecta al hábeas corpus, la vulneración del debido proceso puede alegarse si existe conexidad con el derecho a la libertad personal (artículo 200, inciso 2 de la Constitución).
4. Conforme al artículo 9 del nuevo Código Procesal Constitucional, el amparo contra resoluciones judiciales procede en caso de “manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva”, que incluye la eventual interferencia en diversos derechos procesales, entre ellos, los derechos de “libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”. Asimismo, en relación con las vulneraciones del derecho a la motivación que pueden ser alegadas en esta vía, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se tiene los siguientes supuestos: (1) Vicios de motivación interna o externa (Sentencia 00728-2008-HC/TC, fundamento 7, b y c; Sentencia 03213-2015-PA/TC, fundamento 4.1; Sentencia 00445-2018-PHC/TC, fundamentos 3 y siguientes). (2) Supuestos de motivación inexistente, aparente, insuficiente o incongruente (cfr. Resolución 03943-2006-PA/TC, fundamento 4; Sentencia 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7, a, d, e y f; Sentencia 08506-2013-PA/TC, fundamento 20, entre otras).
5. En el marco del presente hábeas corpus, el recurrente sostiene que se habría producido un manifiesto agravio a su derecho a la tutela

procesal efectiva, debido a que: (1) no fue notificado debidamente con la sentencia condenatoria (mediante cédula), y (2) se habría contabilizado mal el plazo que existía para impugnar la sentencia, incluso tomando en cuenta la notificación electrónica, lo cual, en esencia, habría vulnerado sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias. A decir del recurrente, las resoluciones judiciales cuestionadas consideraron, de modo indebido, que la sentencia condenatoria fue debidamente notificada y consentida, pues no fue oportunamente impugnada.

Análisis del caso

6. Se han delimitado ya las cuestiones que corresponde ingresar a analizar en esta sentencia, tales como la notificación de las sentencias y su relación con los derechos a la pluralidad de instancias y a la defensa.
7. En relación con el acto de notificación, a este subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso el contenido de las resoluciones judiciales. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha indicado que la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera, *per se*, una violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva, pues para que ello ocurra es indispensable que se constate o acredite de manera indubitable que, debido a la falta de una debida notificación, se vulneró de modo real y concreto el derecho de defensa u otro derecho constitucional directamente implicado en el caso en concreto (cfr. Sentencias 00789-2018-PHC/TC, 01443-2019-PHC/TC y 03401-2012-PHC/TC).
8. Asimismo, respecto al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Tribunal Constitucional ha dejado sentado (Sentencia 04235-2010-PHC/TC) que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”. (Cfr., también Sentencias 03261-2005-PA/TC, 05108-2008-PA/TC y 05415-2008-PA/TC). Por ello, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con

el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución.

9. En relación con el derecho a no quedar en estado de indefensión, este se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Cfr. Sentencias 00582-2006-PA/TC y 05175-2007-PHC/TC).
10. Además de lo expuesto, es necesario precisar que los derechos antes mencionados son de configuración legal y, por ende, la delimitación de su contenido o alcances no queda al arbitrio de los juzgadores o del sistema de impartición de justicia. En efecto, como también aparece desarrollado en copiosa jurisprudencia de este Tribunal, tanto el proceso (y procedimiento), como los órganos jurisdiccionales, se encuentran *predeterminados por la ley*, lo cual forma parte de las garantías constitucionales establecidas en favor de los justiciables.
11. De manera más concreta, existen específicas normas procesales que se encargan de prever la forma o modo en que deben notificarse las resoluciones judiciales, así como el plazo para interponer los medios impugnatorios que correspondan y la manera de contabilizar dichos plazos.
12. En lo que corresponde a la regulación aplicable al caso concreto, se tiene, en primer lugar, lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta regulación admite la existencia de la notificación electrónica (artículo 155-A) y precisa desde cuándo dicha notificación surte efectos (artículo 115-C). Además de lo anterior, estipula que, a pesar de que pudiera efectuarse una notificación electrónica, cuando se trate de sentencias que pongan fin al proceso en cualquier instancia deberán ser necesariamente notificadas mediante cédula (artículo 155-E):

Artículo 155-A. Notificación electrónica

La notificación electrónica es un medio alternativo a la notificación por cédula y **se deriva a casilla electrónica de manera**

obligatoria en todos los procesos contenciosos y no contenciosos tramitados ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

(...)

Artículo 155-C. Efectos

La resolución judicial **surte efectos desde el segundo día siguiente en que se ingresa su notificación a la casilla electrónica**, con excepción de las que son expedidas y notificadas en audiencias y diligencias especiales y a las referidas en los artículos 155-E y 155-G.

(...)

Artículo 155-E. Notificaciones por cédula

Sin perjuicio de la notificación electrónica, **las siguientes resoluciones judiciales deben ser notificadas solo mediante cédula**:

1. La que contenga el emplazamiento de la demanda, la declaración de rebeldía y la medida cautelar.
2. **La sentencia o auto que pone fin al proceso en cualquier instancia.**

La resolución notificada por cédula surte efecto desde el día siguiente de notificada.

13. Adicionalmente, resulta aplicable lo previsto en el Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957. En lo que concierne a la notificación de las sentencias penales, este cuerpo normativo indica que ella se produce con la lectura de la sentencia, y prevé, como excepción, que los acusados que no hubieran concurrido a dicha audiencia deberán ser notificados a su domicilio procesal. Asimismo, y en sentido complementario, señala que, salvo excepciones, bastará con notificar con las disposiciones o resoluciones al abogado defensor o al apoderado de las partes (resaltados agregados):

Artículo 127.- Notificación

1. Las Disposiciones y las Resoluciones deben ser notificadas a los sujetos procesales, dentro de las veinticuatro horas

después de ser dictadas, salvo que se disponga un plazo menor.

2. La primera notificación al imputado detenido o preso será efectuada en el primer centro de detención donde fue conducido, mediante la entrega de copia a la persona, o si no es posible el Director del Establecimiento informará inmediatamente al detenido o preso con el medio más rápido.
3. Salvo que el imputado no detenido haya fijado domicilio procesal, **la primera notificación se hará personalmente**, entregándole una copia, en su domicilio real o centro de trabajo.
4. **Si las partes tienen defensor o apoderado, las notificaciones deberán ser dirigidas solamente a estos, excepto si la Ley o la naturaleza del acto exigen que aquellas también sean notificadas.**
5. **Cuando la notificación deba practicarse por medio de lectura, se leerá el contenido de la resolución** y si el interesado solicita copia se le entregará.
6. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Procesal Civil, con las precisiones establecidas en los Reglamentos respectivos que dictarán la Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el ámbito que les corresponda.

(...)

Artículo 396.- Lectura de la sentencia

1. El Juez Penal, Unipersonal o Colegiado, según el caso, se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias, después de ser convocadas verbalmente las partes, y **la sentencia será leída ante quienes comparezcan.**
2. Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo

de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.

3. **La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella.**

(...)

Artículo 401.- Recurso de apelación

1. Al concluir la lectura de la sentencia, el Juzgador preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación. No es necesario que en ese acto fundamente el recurso. También puede reservarse la decisión de impugnación.
 2. **Para los acusados no concurrentes a la audiencia**, el plazo empieza a correr desde el día siguiente **de la notificación en su domicilio procesal**. (...).
14. Así vista, se aprecia que la regulación procesal penal prescribe que, en el caso de las audiencias de lectura de sentencia, si la parte o su abogado hubieran asistido a ellas, se les tendrá como debidamente notificados. Asimismo, prevé que las notificaciones inicialmente deben ser remitidas únicamente al abogado defensor, lo cual bastará para considerar como notificada a la parte; empero, se prevé una importante salvedad: cuando “la Ley o la naturaleza del acto exigen que aquellas [las partes] también sean notificadas”. Finalmente, cabe mencionar que dicha regulación no prevé expresamente la notificación a través de las casillas electrónicas.
 15. De acuerdo con lo anotado hasta aquí, es claro que existen diferencias entre lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (que si bien regula la notificación electrónica, exige que las sentencias que pongan fin a la instancia sean siempre notificadas mediante cédula) y el Nuevo Código Procesal Penal (que no regula expresamente la notificación electrónica y, más bien, dispone la notificación directa a través de la lectura de la sentencia, o en los domicilios procesales de los abogados o las partes).
 16. A pesar de los contrastes detectados, al sistema de justicia le ha correspondido articular la legislación procesal que acaba de ser reseñada. En dicho sentido, por ejemplo, en el ámbito procesal penal se viene empleando ampliamente la notificación electrónica prevista en

la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar de que no fue prevista expresamente en el Nuevo Código Procesal Penal.

17. Sin embargo, en lo que concierne específicamente a la notificación de las sentencias penales, existe un grado de antinomia entre la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Nuevo Código Procesal Penal, por lo que es necesario que este Tribunal Constitucional esclarezca el criterio que corresponde tomar en cuenta en torno a la notificación de sentencias penales, de cara a los bienes constitucionales que pueden encontrarse comprometidos.
18. Al respecto, es menester mencionar que el propio Nuevo Código Procesal Penal prescribe en su título preliminar que:

Artículo VII. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal

(...)

3. **La Ley** que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la **que limite un poder conferido a las partes** o establezca sanciones procesales, **será interpretada restrictivamente**. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.
4. **En caso de duda insalvable** sobre la Ley aplicable **debe estarse a lo más favorable al reo**.

(...)

Artículo X. Prevalencia de las normas de este Título

Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.

19. Las disposiciones antes citadas del Nuevo Código Procesal Penal indican, de manera enfática, que en el ámbito de la interpretación y de la aplicación de la legislación procesal penal debe estarse, necesariamente, a aquello que resulte más favorable al procesado, previsión estrechamente relacionada con lo previsto en el artículo 139, inciso 11 de la Constitución, que dispone que “La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”. Asimismo, el mencionado Título Preliminar señala

expresamente que sus prescripciones tendrán prevalencia frente al resto de disposiciones que se ubican en las siguientes partes de dicho cuerpo normativo, con la finalidad de no dejar dudas en relación con el modo en que debe interpretarse o aplicarse las normas procesales penales en caso de dudas. Dicha regulación, desde luego, puede considerarse como una genuina expresión del denominado principio *pro persona* o *pro homine*.

20. Al respecto, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina sobre la materia, el principio *pro persona* implica que, en caso de duda o de incertidumbre con respecto de qué disposición utilizar (entre varias aplicables), o sobre qué significado se le debe atribuir a una disposición (es decir, al intentar establecer cuál es la norma que se desprende de un enunciado jurídico, cuando existan varios significados posibles), debe escogerse aquella disposición o significado (norma) que favorezca más a la persona y a sus derechos.
21. En el presente caso, este Tribunal considera que, efectivamente, existe una incertidumbre sobre la pauta que corresponde tomar en cuenta para notificar una sentencia penal. Al respecto, *prima facie*, se verifica que la regulación contenida en el artículo 155-E de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone la notificación mediante cédula de las sentencias que ponen fin a la instancia, es más favorable al procesado, considerando que, por lo general, le garantizaría en mayor medida al procesado que pueda conocer efectivamente la sentencia, que acceda a su contenido de manera oportuna, antes de que surja alguna consecuencia irreparable, y que cuente con un tiempo suficiente para preparar su defensa para impugnarla, de ser el caso.
22. Por cierto, valga mencionar que en diversas ocasiones este Tribunal, al resolver, ha empleado un criterio que, a partir de la legislación procesal aplicable, ha preferido finalmente aquellas disposiciones o normas que favorecerían más al justiciable. De este modo, por ejemplo, ha enfatizado que, si bien las normas procesales indicaban que debía entenderse como notificado al procesado a partir de la lectura de la sentencia, en los hechos dicha notificación no le permitiría tomar conocimiento debidamente del contenido íntegro de la sentencia con miras a fundamentar su recurso impugnatorio, en especial si en el acto de lectura no se le entregó una copia de la sentencia. En dicha

oportunidad este Colegiado precisó que: “la sola lectura en audiencia de la sentencia penal no es una notificación válida. La sentencia contiene una decisión que incide gravemente sobre la libertad personal del procesado, por lo que se requiere que aquel tenga conocimiento pleno y certero de las razones por las que su libertad está siendo coactada”, y agregó que “En este caso, ello solo ocurrió con la notificación electrónica, de modo que el cómputo del plazo otorgado para fundamentar el recurso de apelación interpuesto debe ser contabilizado a partir de dicha actuación procesal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 155-A de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)”. (Sentencia 03000-2021-PHC/TC, fundamentos 18 y 1).

23. En otro caso, este Tribunal constató que la sentencia condenatoria fue leída sin la participación del procesado, a quien se le designó un abogado de oficio para que ejerza su defensa en dicho acto, letrado que únicamente cumplió con reservarse el derecho de impugnar la decisión en el plazo legal. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional resolvió que no debería tomarse en cuenta la lectura de la sentencia como acto desde el cual empezaba a correr el plazo para impugnar la sentencia, sino más bien, en el caso concreto, debería tomarse en cuenta la fecha en que se le notificó con la sentencia al procesado (Sentencia 01177-2021-PA/TC, *passim*).
24. Asimismo, en otra ocasión, ante la falta de notificación formal de la sentencia tras el acto de lectura, el Tribunal Constitucional consideró que el plazo para fundamentar por escrito el recurso impugnatorio (de diez días) únicamente podía empezar a contabilizarse desde que el recurrente pudo acceder a las copias certificadas de la sentencia. En efecto, este Tribunal indicó que “el plazo legal correspondiente debió correr a partir del día siguiente, fecha a partir de la cual este pudo leer y conocer no solo los agravios que a su criterio le habría causado la referida sentencia, sino también pudo advertir, detenidamente, los supuestos defectos de dicha resolución: lo cual fue necesario porque el actor debía cumplir con fundamentar por escrito la referida impugnación” (Sentencia 01321-2014-HC/TC, fundamento 14). En todos estos casos el Tribunal optó, en el marco de la legislación procesal penal aplicable al caso, o bien por emplear las disposiciones más favorables, o bien por acudir a la interpretación más beneficiosa a la persona.

25. Con ocasión de lo que acaba de ser glosado, es necesario reconocer asimismo que, en lo que concierne al momento en que debe considerarse como válida la notificación de la sentencia penal con miras a contabilizar el plazo para impugnarla, este Tribunal venía emitiendo jurisprudencia con criterios muy disímiles entre sí. Siendo así, a partir de todo lo que ha venido siendo analizado hasta ahora, corresponde fijar la posición de este Colegiado en torno a ello, teniendo como base la interpretación de la legislación procesal a la luz de los derechos y los principios constitucionales pertinentes.
26. Como ya fue indicado antes, inicialmente la notificación a través de cédula de las sentencias penales que ponen fin a la instancia, prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial, es más beneficiosa que las otras formas de notificación previstas en la legislación procesal. Al respecto, además de lo ya explicado, este Tribunal considera necesario ahondar en la relación entre la notificación de las decisiones en sede penal y el derecho de defensa, mencionada someramente *supra* (en especial, fundamento 7), antes de fijar un criterio sobre esta materia.
27. Al respecto, el 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 (Sentencia 06648-2006-HC, fundamento 4).
28. Este Tribunal Constitucional tiene dicho que el derecho a no quedar en estado de indefensión en el ámbito jurisdiccional es un derecho que se irradia transversalmente durante el desarrollo de todo el proceso judicial. Garantiza así que una persona que se encuentre comprendida en una investigación judicial donde estén en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento de tales derechos e intereses. Por tanto, se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa (Resolución 0582-2006-PA, fundamento 3).
29. Asimismo, no cabe duda de que el derecho de defensa, por su naturaleza, presupone que quienes participan en un proceso judicial tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan (v.g. interponer medios impugnatorios). (Sentencia

00475-2020-PA/TC, fundamento 5). Más aun, este órgano colegiado tiene indicado que la oportunidad para defenderse no puede ser meramente nominal, sino real, siendo la notificación un acto de máxima importancia a tales efectos:

Las exigencias que se derivan del significado constitucional del derecho de defensa no se satisfacen con la posibilidad de que, *in abstracto*, las partes puedan formalmente hacer ejercicio de los recursos necesarios previstos en la ley, sino también con la garantía de que puedan interponerse de manera oportuna. Por ello, el artículo 155 del Código Procesal Civil dispone, en su segundo párrafo, que “[l]as resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código (...)”; de modo que la falta de notificación es considerada como un vicio que trae aparejada la nulidad de los actos procesales, salvo que haya operado la aquiescencia.

30. Aunado a lo anterior, el Tribunal Constitucional tiene indicado en copiosa jurisprudencia (Sentencias 1323-2002-HC/TC, fundamento 2; 06260-2005-HC/TC, fundamento 3, y 04926-2007-HC/TC, fundamento 2) que el ejercicio del derecho de defensa tiene una dimensión *formal*, pues supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso, y otra *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. Desde luego, esta última implica la posibilidad de participar activamente en el proceso, con la capacidad de contradecir las alegaciones, y presupone la posibilidad de conocer la acusación, y en etapa de impugnación, conocer del texto de la sentencia (o auto, de ser el caso), a fin de poder impugnarla. Ciertamente, mientras mayor y más definitivo sea el efecto de una decisión judicial, en especial si restringe derechos, mayor será la necesidad de contar con dicha resolución para poder ejercer el derecho de defensa.
31. Tal como fue indicado, el artículo 127 del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, señala que la primera notificación al imputado privado de libertad se dará en el centro de detención mediante la entrega de la copia de la resolución a la persona (inciso 2) y, en caso de que no se encuentre privado de libertad, dicha notificación deberá hacerse en el domicilio real o en el centro de trabajo (inciso

- 3). Asimismo, se indica que inicialmente las notificaciones deben ser dirigidas exclusivamente a los abogados de las partes, a menos que la ley o la naturaleza del acto exijan que ellas mismas también sean notificadas (inciso 4).
32. De este modo, para todas las resoluciones distintas a la primera notificación se establece, como regla general, que la notificación debe dirigirse a la defensa técnica del acusado, salvo que la ley, o la *naturaleza del acto*, exija algo distinto. Un ejemplo de estas excepciones previstas por la propia ley se encuentra el artículo 292 del Nuevo Código Procesal Penal, que establece que el mandato de comparecencia y las demás restricciones impuestas serán notificadas al imputado mediante citación que le entregará el secretario por intermedio del auxiliar judicial correspondiente, o que se dejará en su domicilio a persona responsable que se encargue de entregarla, sin perjuicio de notificársele por la vía postal, adjuntándose a los autos constancia razonada de tal situación. Otra excepción legalmente establecida se ubica en el artículo 396 *in fine* del mismo cuerpo normativo, que establece que la sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública.
33. Ahora bien, ya fue resaltada antes la importancia de que las sentencias penales sean notificadas a las partes, pues solo de esa forma se garantiza el derecho de defensa. En este sentido, un requisito indispensable para impugnar toda sentencia, pero también cualquier medida de coerción personal (v. gr., la prisión preventiva) o cualquier otra resolución judicial que incida negativamente sobre el derecho a la libertad del procesado (por ejemplo: autos que revocan la comparecencia o el carácter suspendido de la pena, autos que inciden negativamente en la reserva de fallo condenatorio o en los beneficios penitenciarios) es contar con el texto de la sentencia o auto respectivo.
34. Si bien es cierto, que conforme a la legislación procesal penal antes reseñada la notificación de las resoluciones judiciales podría realizarse de diversas modalidades (v. gr.: en la audiencia de lectura de sentencia, a través de notificación electrónica, mediante notificación por cédula, en el domicilio real o el centro de trabajo), también es verdad que no todas ellas garantizan igualmente que, efectivamente, al imputado acceda a conocer la resolución penal y, por ende, la posibilidad de que este pueda ejercer realmente su derecho de defensa (en especial, la defensa material, tal como fue indicado) ni acceder

a interponer los recursos impugnatorios que corresponda de manera oportuna, de ser el caso.

35. En este orden de ideas, con base en el antes mencionado artículo 127, inciso 4 del Código Procesal Penal, que autoriza a efectuar otros modos de notificación atendiendo a la naturaleza del acto —modos distintos a notificar únicamente a la defensa técnica letrada—, este Tribunal Constitucional considera que sentencias tales como la condenatoria, y otras resoluciones que producen efectos graves e inmediatos en la libertad de la persona imputada, deben ser notificadas en domicilio real, pues es la interpretación más tuitiva para los procesados en el ámbito penal.
36. Así, a efectos de generar seguridad jurídica y predictibilidad en los casos futuros, este Tribunal considera necesario establecer como precedente vinculante la regla jurídica que se desprende del caso, con base en el artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional. En tal sentido, este Tribunal Constitucional reitera que, con sustento en las diferentes normas procesales que resultan aplicables a la notificación de las sentencias penales o autos que incidan negativamente sobre el derecho a la libertad de todo procesado, la interpretación más favorable para los procesados es aquella que dispone que la notificación de la sentencia o autos que produzcan efectos severos en la libertad de la persona imputada deben realizarse a través de cédula, conforme a lo previsto en el artículo 155-E de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y esto en el domicilio real señalado en el expediente; ello al margen de que la sentencia (o auto) haya sido leído en audiencia, que haya sido notificada al abogado en la casilla electrónica o que haya sido notificada en el domicilio procesal (en caso este no coincida con el domicilio real).
37. Siendo así, el plazo para impugnar las mencionadas resoluciones deberá contarse desde dicha notificación física, a través de cédula, al domicilio real del imputado consignado en los actuados del proceso. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de que el procesado, por propia voluntad, pueda darse por notificado e impugne las resoluciones antes de la notificación a través de cédula, caso en el que la notificación realizada —es decir, aquella previa a la notificación mediante cédula— habrá cumplido con su finalidad y se dará por válida.

38. Además de lo expuesto, también en aras de procurar la seguridad y predictibilidad jurídicas, es menester precisar que estos precedentes entrarán en vigor desde su publicación en la página web del Tribunal Constitucional y, por ende, no podrán aplicarse a los casos que ya fueron previamente discutidos y resueltos en la vía constitucional.
39. En lo que concierne al caso de autos, se constata que el recurrente estuvo junto con quien hasta ese momento era su abogado defensor en el acto de lectura de la sentencia condenatoria (f. 9), y que dicho abogado habría sido notificado con la sentencia en su casilla electrónica (f. 5). Sin embargo, en autos no consta que la sentencia condenatoria haya sido notificada cuando menos a través de cédula, de conformidad con lo previsto artículo 155-E de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cual podría haber generado indefensión en el justiciable, máxime si se considera que, según aduce el recurrente, cambió de abogado luego de emitida la sentencia condenatoria, por lo cual no pudo conocer el contenido de la resolución y, por ende –tomando en cuenta la fecha de la notificación electrónica realizada a quien ya no era su abogado–, interpuso su recurso impugnatorio de manera tardía.
40. Por lo desarrollado en los fundamentos precedentes, corresponde, en consecuencia, declarar fundada la demanda, en lo que respecta a la vulneración de los derechos a la motivación de las resoluciones judiciales, de defensa y a la pluralidad de instancia.
41. De otro lado, en lo que corresponde al extremo de la demanda referido a que se declare nulo el oficio que dispuso la ubicación y captura del actor para que ingrese al establecimiento penitenciario El Milagro de Trujillo, debido a que dicha privación de su libertad fue ordenada mediante la sentencia que no fue impugnada por él, corresponde desestimar la demanda, pues la Resolución 64, de fecha 22 de enero de 2020, que condenó al recurrente a cinco años de pena privativa de la libertad en su condición de cómplice primario de delito de colusión, no ha sido objeto del presente proceso de tutela de derechos. Por lo tanto, en cuanto a esta pretensión, resulta aplicable el artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional, y debe declararse su improcedencia.

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 *habeas corpus*; en consecuencia, **NULA** la Resolución 65, de fecha 6 de marzo de 2020; y, **ORDENA** a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, o al órgano judicial que haga sus veces, efectuar la notificación por cédula de la Resolución 64, de fecha 22 de enero de 2020.
2. Establecer como **PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE** lo dispuesto en los fundamentos 36 y 37, y cuya entrada en vigor se regirá por lo dispuesto en el fundamento 38 de la presente sentencia.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARA VIA

PACHECO ZERGA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH

**D. DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL**



Pleno. Sentencia 341/2022

Exp. N.º 03248-2019-PHC/TC

LIMA ESTE

CLEMENTE JAIME YOSHIYAMA TA-
NAKA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de octubre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga (con fundamento de voto), Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, por la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a probar, de conformidad con los fundamentos correspondientes de la presente sentencia.
2. Establecer como doctrina jurisprudencial vinculante los estándares y criterios establecidos en los fundamentos del acápite III de la presente sentencia.
3. Exhortar al Congreso de la República en los términos establecidos en el fundamento 167 de la presente sentencia.

Posteriormente, el magistrado Monteagudo Valdez emitió un voto singular en el que se aparta del punto resolutivo 1 de la sentencia considerando que la demanda debe ser declarada improcedente, y manifiesta su conformidad con los puntos resolutivos 2 y 3.

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.

MORALES SARAVIA

PACHECO ZERGA

FERRERO COSTA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de octubre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de la magistrada Pacheco Zerga y el voto singular del magistrado Monteagudo Valdez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Humberto Abanto Verástegui, abogado de don Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka, contra la resolución de fojas 363, de fecha 18 de julio de 2019, expedida por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria del distrito de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de abril de 2019, don Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka interpone demanda de *habeas corpus* (f. 1) y la dirige contra los jueces superiores señores Iván Alberto Quispe Aucca, Octavio César Sahuayanay Calsín y María Jessica León Yarango, integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en adición a sus funciones Sala Penal Especializada en Delitos Aduaneros, Tributarios, de Mercado y Ambientales, de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios. Denuncia la vulneración de los derechos al debido proceso, de igualdad ante la ley, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y del principio *indubio pro reo*.

Solicita que se declare nula la Resolución 26, del 3 de enero de 2019 (f. 40 vuelta), que confirmó la Resolución 16, de fecha 23 de noviembre de 2018 (f. 99), que le impuso treinta y seis meses de prisión preventiva, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos agravado (Expediente 299-2017-36/00299-2017-36-5001-JR-PE-01).

Sostiene que con fecha 19 de octubre de 2018, el Ministerio Público presentó ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional un requerimiento de prisión preventiva en su contra y de otras personas por un plazo de treinta y seis meses, requerimiento que no le fue notificado de forma correcta y completa, por cuanto habían folios faltantes y no se individualizaron los elementos de convicción respecto a cada una de las partes, por lo que el juzgado concedió a la fiscalía el plazo de veinticuatro horas para que subsane las omisiones advertidas. Acota que con el requerimiento completo se le citó para que acuda a la audiencia de prisión preventiva del 24 de octubre de 2018, y que nuevamente su defensa técnica comunicó los errores existentes en el mencionado requerimiento, los cuales fueron desestimados por el juzgado.

Asevera que en la audiencia pública de 23 de noviembre de 2018 se dictó la Resolución 16, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de treinta y seis meses; y que en la mencionada audiencia su defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la referida resolución, la cual fue declarada infundada mediante Resolución 26, contra la cual su defensa interpuso recurso de casación, que fue concedido tardíamente y fue elevado a la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual le corrió traslado por el plazo de diez días, que se ha vencido, sin que le haya citado para la audiencia de calificación.

Sostiene que al haber confirmado el mandato de prisión preventiva, la Sala superior penal demandada no consideró lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni por los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado peruano es parte; es decir, no consideró el control de convencionalidad; que en el recurso de apelación se impugnó la determinación del peligro de fuga por parte del *a quo*, debido al cambio de juez de la Investigación Preparatoria Nacional en la valoración de las citas médicas de seguimiento posoperatorio que se produjeron en el curso de la audiencia de prisión preventiva; que su defensa acreditó con un certificado médico su inasistencia a la audiencia de prisión preventiva debido una operación quirúrgica que se le practicó, y debido a las citas de seguimiento posoperatorio a las que asistió; que el juzgado aceptó las justificaciones hasta el 23 de noviembre de 2018, fecha en que se dictó la prisión preventiva en su contra y no consideró su nueva cita médica ni su justificación de inasistencia a la audiencia; y que en su recurso de apelación no cuestionó la valoración de los certificados médicos presentados en la audiencia de prisión preventiva, sino el cambio súbito en la valoración

de un certificado médico de redacción idéntica a los anteriores; extremo que no fue materia de pronunciamiento por parte de la Sala ni sobre la separación injustificada de la doctrina jurisprudencial establecida por la CIDH respecto al uso de la prisión preventiva.

Puntualiza que la Sala no explicó por qué consideró que el acta de fundación del partido político Fuerza 2011 constituyó un elemento grave y fundado de la comisión del delito imputado que representa el ejercicio regular del derecho de participación política; y concluyó que dicho elemento de convicción no debe ser soslayado porque tiene utilidad para fijar la fecha de creación del partido político. Sin embargo, al ser este un hecho público y notorio, conforme al artículo 156.2 del nuevo Código Procesal Penal, devendría improcedente cualquier medio de prueba destinado a acreditarlo; y que la Sala consideró que no debe ser valorado como lo propuso el Ministerio Público o la defensa técnica, pero no indica cómo tendría que ser valorada el acta de fundación de Fuerza 2011 y cómo se relaciona con el delito imputado. Agrega que se analizó la declaración de una testigo, cuya versión resulta ser un misterio en el sentido de que el actor era miembro del Comité Itinerante del Comité Ejecutivo Nacional de Fuerza 2011, y que esta se valoró como un elemento grave y fundado de la existencia de una organización criminal.

Alega que la Sala realizó un análisis incompleto del agravio formulado, porque si bien consideró que toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de la personalidad y puede escoger las amistades que desee; empero, concluyó que la información obtenida en la declaración de una persona debe tomarse como un elemento indiciario, sin expresar para qué es útil tal indicio y cómo es que se relaciona con la imputación del delito de lavado de activos en organización criminal.

Precisa que jamás fue secretario nacional de la organización de Fuerza 2011; que la Sala procedió a la corroboración cruzada de las versiones de los testigos sin haber efectuado algún razonamiento; que al ser contrainterrogado, uno de los testigos negó que el Departamento de Operaciones Estructuradas remitiera dinero en efectivo fuera de Brasil, así como la existencia de “doleiros” (sic) fuera de Brasil, y sostuvo que dichas actividades fueron prohibidas expresamente por otra persona; que, sin embargo, la Sala calificó de contradicción aparente el desmentido de quien ejecutaba los envíos de dinero a cargo del citado departamento para preferir las inciertas declaraciones de dos personas, quienes negaron la ejecución de la autorización de aporte que extendieron a otra persona; y

que se corroboró la versión de un testigo con la de los otros testigos que dijeron desconocer el hecho a probar (la entrega del dinero), sin invocar algún dato objetivo de corroboración.

Refiere que en la Resolución 16 se efectuó una corroboración en masa, pues se consideró que la corroboración de algunos extremos de las versiones del testigo protegido supuso la corroboración de la totalidad de sus afirmaciones, pero su versión relacionada con el actor no fue corroborada a nivel indiciario. Añade que la Sala no comprobó que el juzgado no inició el trámite previsto en el artículo 453.2 del nuevo Código Procesal Penal para procesar a un congresista, a quien el testigo protegido sindicó como la persona que entregó el dinero a la mayoría de los aportantes simulados de la Región San Martín, lo cual denota que el *a quo* no creía en la versión del testigo protegido y, sin embargo, se utilizó su declaración para incriminarlo.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos Judiciales del Poder Judicial, a fojas 221 de autos, solicita que la demanda sea declarada improcedente, para lo cual alega que con fecha 25 de febrero de 2019 ingresó a la Corte Suprema de Justicia de la República el recurso de casación que interpuso el actor contra la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, el cual fue concedido el 26 de abril de 2019, por lo que en la vía ordinaria se viene tramitando el citado recurso y se encuentra pendiente de pronunciamiento, conforme se acredita del reporte de Expediente 01172-2019-0-5001-SU-PE-01. Concluye, por ello, que la Resolución 26 carece de requisito de firmeza.

El Séptimo Juzgado Penal de San Juan de Lurigancho, con fecha 12 de abril de 2019 (f. 214), declaró improcedente la demanda, por estimar que se encuentra en trámite el recurso de casación interpuesto contra la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, por lo que no se cumple con el requisito de firmeza. Aduce también que en el caso no existieron dilaciones indebidas y que el paso de una incidencia procesal a otra no es automática, sino que cada acto requiere una tramitación específica (notificación, plazo), por lo que la Sala ha cuidado el control del plazo, ya que existe la toma razón de la secretaria, que informó sobre el plazo transcurrido desde que se corrió traslado del recurso de casación, y acto seguido se programó la audiencia de calificación, la cual se realizó con anterioridad a la presentación de la presente demanda (9 de abril de 2019), conforme obra en el seguimiento del Expediente 358-2019, por lo que los alegatos expuestos por la defensa del actor resultan insostenibles.

La Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria del distrito de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, con fecha 18 de julio de 2019 (f. 363), confirmó la apelada por similares consideraciones.

Con fecha 12 de setiembre de 2019 (f. 2 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el actor presentó solicitud de acumulación, a fin de que se acumule el presente proceso de *habeas corpus*, Expediente 03248-2019-PHC/TC, al Expediente 02534-2019-PHC/TC, seguido a favor de doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi. En este último expediente, se solicitó que se declare la nulidad de la Resolución 7, de fecha 31 de octubre de 2018, que fue confirmada por la Resolución 26, de fecha 3 de enero de 2019, mediante las cuales se le impuso a doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi treinta y seis meses de prisión preventiva en el proceso seguido en su contra por el delito de lavado de activos agravado (Expediente 00299-2017-36-5001-JR-PE-01).

Mediante auto del Tribunal Constitucional de fecha 3 de diciembre de 2019 (f. 18 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), se declaró improcedente dicha solicitud, por considerar que, si bien se cuestionan las mismas resoluciones, las demandas en cada proceso de *habeas corpus* impugnan las resoluciones que disponen la prisión preventiva de doña Keiko Sofía Fujimori y de don Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka. Por tanto, los procesos constitucionales cuya acumulación se pretende no guardan una manifiesta conexidad entre sí, porque las pretensiones son distintas y los alegatos son diferentes.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, que confirmó la Resolución 16, de fecha 23 de noviembre de 2018, que le impuso a don Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka treinta y seis meses de prisión preventiva, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos agravado (Expediente 299-2017-36/00299-2017-36-5001-JR-PE-01).
2. Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso, de igualdad ante la ley, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y del principio *indubio pro reo*.

Cuestión procesal previa

3. El objeto de los procesos constitucionales de la libertad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, es la protección de los derechos constitucionales, ya sean de naturaleza individual o colectiva, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. De igual modo, el segundo párrafo de dicho artículo establece que:

Si luego de presentada la demanda, cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 27 del presente código, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan.

4. En el presente caso, se advierte de la Ubicación de Internos 391217 y de los Antecedentes Judiciales de Internos 391227 del servicio de información vía web de la Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, que el señor Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka ingresó al Establecimiento Penitenciario Castro Castro el 11 de marzo de 2019 y egresó el 14 de mayo de 2020 a razón del dictado de detención domiciliaria sobre su persona; por tanto, actualmente, no se encuentra recluido en ningún establecimiento penitenciario.
5. No obstante, este Tribunal Constitucional considera necesario evaluar la aplicación en el caso concreto del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional precitado, por lo que procederá a desarrollar las consideraciones pertinentes sobre los aspectos de fondo que fueron planteados por el recurrente a fin de determinar si se concretaron en su momento las vulneraciones a los derechos alegados y, de ser el caso, establecer lo pertinente para evitar su repetición.
6. De igual modo, corresponde mencionar que en tanto el petitorio de la parte demandante incluyó únicamente solicitar la nulidad de la

Resolución 26, del 3 de enero de 2019, el análisis sobre las posibles afectaciones a derechos se centrará solamente en el contenido de dicha resolución.

7. Finalmente, es preciso explicitar que los efectos de la presente sentencia, en lo que al caso concreto del recurrente se refiere, recaen únicamente sobre lo resuelto vía apelación respecto de la prisión preventiva que fue confirmada en su contra en su oportunidad; con lo cual, no es posible extender sus efectos y no genera implicancias jurídicas sobre otras medidas alternativas de restricción de libertad distintas a la prisión preventiva (bajo supuestos y regulación diferenciadas) que se hubiesen adoptado posteriormente sobre el señor Yoshiyama.

I. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

8. En el presente caso, se denuncia la vulneración de los derechos al debido proceso, de igualdad ante la ley, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y del principio *indubio pro reo*; en tal sentido, se realizará el análisis y evaluación de lo alegado por cada uno de dichos derechos.

Sobre la alegada vulneración al derecho al debido proceso

9. Al respecto, el demandante hace referencia a diversos actos que habrían vulnerado su derecho al debido proceso, los cuales, a continuación, se valorarán de forma diferenciada.
 - a) ***Inobservancia del debido proceso por “exceso ritual manifiesto” (formalismo excesivo)***
10. Se aduce en la demanda que la Sala revisora no habría atendido al argumento de la apelante (véase agravio 2 de la Resolución 26) de que la Resolución 16 (decisión judicial que dispuso la prisión preventiva) inobservó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues se justificó en normativa interna, debido a que la defensa no precisó qué norma de derecho interno se prefirió aplicar en vez de la norma convencional; ello pese a que resultaba obvio que se hacía referencia al artículo 268 del Código Procesal Penal.
11. Sobre el particular, es preciso mencionar que, de acuerdo a lo planteado por el demandante, lo que pretendía era que se ejerza el control de convencionalidad respecto de la manera en cómo se había aplicado o aplicaría en su caso concreto lo establecido en el artículo del

Código Procesal Penal precitado. Es decir, la solicitud de efectuar el control de convencionalidad versaba sobre actos relacionados a la labor considerativa o interpretativa del juez para determinar la procedencia de la prisión preventiva en virtud de dicho artículo, y no sobre lo regulado en este (considerando además que no solicitó su inaplicación, por lo que no se estaba cuestionando el contenido de tal artículo).

12. En ese sentido, lo que correspondía era que el demandante precise cuáles eran aquellos actos concretos emanados de la labor considerativa o interpretativa del órgano judicial que, en su caso concreto, tendrían que haberse evaluado en virtud del control de convencionalidad y bajo qué sustento; ello a fin de que se analice y verifique si se atendieron o no los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos actos. No obstante, ello no se hizo y únicamente en su escrito de demanda indica que la norma involucrada en su pretensión era el artículo 268 del Código Procesal Penal. Se advierte entonces que la Sala revisora desconocía con qué se relacionaba exactamente la colisión con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia. Por tanto, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

b) *Contravención del principio de “limitación recursal” (congruencia recursal)*

13. El demandante señala que “En el recurso de apelación se impugnó la determinación del peligro de fuga por parte del *a quo*, debido al cambio súbito de parecer del Juez de la Investigación Preparatoria en la valoración de las citas médicas de seguimiento post-operatorio que se produjeron en el curso de la audiencia de prisión preventiva”. Aduce que la Sala revisora se pronunció sobre el fondo de la decisión del juez y no sobre el cambio de criterio.
14. Al respecto, de la revisión del contenido de los agravios incluidos en la Resolución 26, no se observa que se haya incluido tal planteamiento como parte de lo impugnado por el demandante, con lo cual, la Sala revisora no tuvo posibilidad de pronunciarse sobre un extremo que no fue apelado. El único punto que se relacionaría con su alegación es el agravio 23, que mencionaba “Sobre la intervención quirúrgica y seguimiento postoperatorio, el A quo ha tomado de forma aislada, a la situación médica del investigado, la palabra seguimiento, tomando este dato como peligro de fuga, construyendo una nueva

categoría a lo presupuestado para solicitar la prisión preventiva, repercutiendo de forma negativa para el investigado”; sin embargo, ahí no se incluye el cuestionamiento sobre el cambio del criterio.

15. A ello cabe añadir que en la Resolución 26, punto 1, “Pautas Metodológicas”, se expone que se contaba con los agravios contenidos en el escrito de apelación y en el pie de página 2 se afirma que “Los agravios fueron resumidos en el auto de calificación del recurso, las partes conocen la propuesta del Colegiado, de considerar que algún agravio ha sido soslayado o se ha cambiado el sentido del mismo lo pueden observar en la sustentación oral. No se formuló ninguna observación a la propuesta”. A partir de ello, se entiende que el demandante tuvo la oportunidad de conocer previamente el contenido de los agravios, con lo cual, ante cualquier omisión, pudo haberlo manifestado en su momento; sin embargo, ninguna parte hizo observaciones al respecto, por lo que la parte demandante consintió con lo planteado en los agravios.
16. Por lo antes expuesto, se desestima este extremo de la demanda.

Sobre la alegada vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

17. Con relación al deber de motivación de las resoluciones judiciales, de forma previa, es preciso mencionar que ya el Tribunal Constitucional ha sostenido que la necesidad de que las decisiones judiciales sean motivadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política vigente, garantiza que todos los jueces manifiesten expresamente las razones que los conducen a dilucidar y decidir sobre una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se realice con sujeción a la Constitución y a la ley. En esa línea, en la sentencia emitida el Expediente 01230-2002-HC/TC, se precisó que:

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la **motivación**, por lo que su contenido esencial **se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, (...).** En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración

jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver [resaltado agregado].

18. En consecuencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone, en absoluto, contar con una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión [Sentencia 04348-2005-PA/TC].

19. En esa misma línea, sobre el deber de motivación de las decisiones internas, incluyendo las de carácter judicial, derivado del artículo 8.1 del Pacto de San José, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que:

153. En relación con el derecho a contar con decisiones debidamente motivadas la Corte ha señalado, de forma reiterada, que **la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”** y que **implica una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a tomar una decisión**. El deber de motivar las decisiones es una garantía que se desprende del artículo 8.1 de la Convención, vinculada a la correcta administración de justicia, pues protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y **da credibilidad a las decisiones jurídicas en una sociedad democrática**.

[Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449].

20. Ahora bien, con relación a la presunta vulneración de este derecho desarrollada en la demanda, el recurrente la subdivide en diversos aspectos bajo cuestionamiento que se pasan seguidamente a analizar.

a) Deficiente motivación externa

21. El demandante cuestiona que no se haya seguido el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando establece que la prisión preventiva no puede ser utilizada para investigar (f. 14).
22. Sobre el particular, es preciso mencionar que el proceso penal ordinario está conformado por tres etapas claramente diferenciadas: i) la investigación preparatoria ii) la etapa intermedia y iii) la etapa de juzgamiento.
23. En el presente caso, la medida de prisión preventiva contra el señor Jaime Yoshiyama fue requerida en el marco de la investigación preparatoria. A efectos de dilucidar la cuestión planteada, resulta importante dar una revisión general al *iter* procesal de la fase de investigación preparatoria.
24. En primer lugar, es importante precisar que la etapa de investigación preparatoria es aquel momento del proceso penal destinado a reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa (artículo 321, inciso 1 del Código Procesal Penal). En consecuencia, esta etapa concluye con la formalización de la acusación o el auto de sobreseimiento, e iniciará la etapa intermedia.
25. La investigación preparatoria inicia con la *notitia criminis*; esto es, con la información sobre el acaecimiento de un hecho delictuoso que llega a conocimiento del fiscal, quien podrá iniciar los actos de investigación conforme al artículo 329 del Código Procesal Penal.
26. De corresponder, el fiscal iniciará las diligencias preliminares, las cuales tendrán por finalidad inmediata “realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente” (artículo 330, inciso 2 del Código Procesal Penal). Para ello, el fiscal podrá realizar por sí mismo diligencias de investigación y contará con el apoyo de la Policía (artículo 330, inciso 1 del Código Procesal Penal).
27. Es necesario precisar que la etapa de diligencias preliminares es contingente, pues pueden existir casos donde desde un inicio el fiscal

obtiene información suficiente para individualizar y no tiene la necesidad de realizar actos urgentes destinados a determinar el acaecimiento de los hechos. Pero, en muchos casos, sobre todo en el ámbito de la criminalidad organizada, existe la necesidad de definir previamente la inculpación formal a través de actos de investigación específicos. En tales casos las diligencias preliminares son indispensables¹⁶⁹.

28. Los actos de las diligencias preliminares estarán destinados a conseguir la formalización de la investigación, conforme al artículo 336 del Código Procesal Penal. Para ello, resulta suficiente que el fiscal alcance una “sospecha inicial simple” de la comisión del delito. Esto es importante, pues las diligencias preliminares no están dirigidas a agotar la investigación, sino solo a alcanzar los elementos suficientes para formalizarla y continuar con la investigación preparatoria.
29. Conforme al artículo 334, inciso 2 del Código Procesal Penal, el plazo de las diligencias preliminares es de 70 días, pero sujeto a la posibilidad de que el fiscal fije un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Este nuevo plazo estará sujeto al principio de razonabilidad. Terminado este plazo, el fiscal deberá, de ser el caso, formalizar la investigación.
30. Una vez terminadas las diligencias preliminares y formalizada la investigación, se da inicio a la etapa de diligencias de la investigación preparatoria, que es la última fase de la investigación preparatoria. El plazo de esta etapa estará determinado por la naturaleza de la investigación, siendo que, en el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis (36) meses, plazo sujeto a prórroga, con previa aprobación del juez de investigación preparatoria (artículo 342 NCPP). La etapa de investigación preparatoria culmina con la formalización de la acusación o el auto de sobreseimiento, dando inicio a la Etapa Intermedia.

169 Gonzalo del Río Labarthe (2021). *Apuntes sobre la función de las diligencias preliminares en el código procesal penal*.

31. Ahora bien, visto el *iter* procedimental de la etapa de investigación preparatoria, cabe preguntarse si resulta posible requerir la medida de prisión preventiva en esta etapa del proceso. Pues, de los argumentos del demandante, fluye que, dado que la Fiscalía requirió la imposición de la medida de prisión preventiva durante el plazo de la investigación preparatoria, se habría transgredido la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte IDH, según la cual, no puede detenerse para investigar (fs. 14).
32. Al respecto, el artículo 338, inciso 4 del Código Procesal Penal, prescribe que “cuando el Fiscal deba requerir la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente”. De lo que se desprende que el pedido de la medida de prisión preventiva puede formularse dentro de la etapa de investigación preparatoria, pero está condicionado a que se formalice la investigación.
33. Ahora bien, este Colegiado considera que, siempre y cuando se respeten los presupuestos materiales para dictar prisión preventiva, el hecho de que se requiera prisión preventiva durante el plazo de investigación preparatoria, y eventualmente se dicte, no es incompatible ni constitucional ni convencionalmente. Pues, si bien para formalizar la investigación basta la sospecha inicial simple de la comisión del delito, también cabe la eventualidad de que la información recabada durante las diligencias preliminares genere los suficientes elementos de convicción para solicitar formalizar la investigación y, a la vez, requerir una medida de prisión preventiva (claro está, en aquellos casos en los que además de los elementos de convicción suficientes, se sustente la concurrencia de los otros dos presupuestos materiales).
34. En tal sentido, esto no implicaría que se esté “deteniendo para investigar”, pues la información en la que se basa el fiscal para realizar su pedido de prisión preventiva es precisamente toda aquella información recabada durante las diligencias preliminares en el marco de la investigación previa realizada en esa etapa; siendo ello lo que posteriormente valora el juez para decidir y fundamentar si dicta o no el mandato de prisión preventiva (incluyendo aquí lo concerniente a la suficiencia de los elementos de convicción sobre la presunta comisión del delito imputado). Por tanto, este extremo de la demanda se desestima.

b) Motivación incongruente

35. El recurrente sostiene que la Sala emplazada afectó su derecho a la debida motivación, ya que, para desestimar el agravio 6 de su recurso de apelación –referido a que la supuesta existencia de una “cúpula partidaria” no configura un grave elemento de convicción– realiza una remisión al fundamento 34 de esa misma resolución, que, contradictoriamente, ampara su argumento, con lo cual se configuraría una motivación incongruente.
36. El citado fundamento jurídico sostiene lo siguiente:

El Chat La Botica es un elemento de convicción que va en la misma línea de acreditación de la estructura criminal donde la fiscalía sostiene que la investigada está en la cúspide de la organización, opera como un elemento que se enlaza hechos actuales con otros sucedidos en el año dos mil diez o dos mil once en los que ocurrió el delito imputado, este elemento se pretende emplear para acreditar la verticalidad estructural y en estricto la fuerza vinculante de las órdenes de la lideresa frente a los miembros del grupo del chat La Botica, esta construcción presenta ciertas debilidades argumentativas: a) los integrantes que participan del referido chat son Congresistas de la bancada de Fuerza Popular -que viene a ser la prolongación del partido Fuerza 2011- que no forman parte de la imputación como integrantes de la organización criminal, en todo caso acreditan lo obvio, una jefa de partido dando órdenes, hecho propio de una lideresa, se puede criticar y reprochar el contexto de sujeción de los Congresistas y la naturaleza de las consultas que le hacen, pero ello no puede ser asumido como un elemento que acredita per se voluntad criminal en base a la pertenencia a una organización criminal, pues el propio Ministerio Público no ha comprendido en la investigación a los referidos Congresistas, no es coherente derivar comportamientos criminales, cuando se incluye a personas que no forman parte de la supuesta organización que opera aquí en función a una agravante,

La inferencia que se construye en dos momentos distantes en ocho años aproximadamente, para acreditar una voluntad criminal, se presenta la misma objeción que se presenta en el *dolus subsequens*, es decir, cuando un agente adquiere conocimiento del riesgo creado con posterioridad a la comisión delictiva y eso la doctrina lo califica como ausencia de dolo c) Las órdenes

propiamente no están vinculadas a una probanza de los elementos del tipo de lavado de activos, en ese sentido no se puede dar un sentido que los diálogos no muestran objetivamente. **Deviene en fundado el agravio, debiendo excluirse el sentido probatorio que le otorga el JIPN al referido chat del conjunto de elementos de convicción para acreditar el primer presupuesto procesal de la prisión preventiva: fundados y graves elementos de convicción que vinculen a la investigada con el delito imputado.** [Resaltado agregado].

37. Como puede apreciarse, en el citado fundamento se estima uno de los agravios formulados por la defensa de Fujimori Higuchi, respecto a que el contenido del chat “La Botica” “no es idóneo para acreditar la apariencia delictiva como primer presupuesto material para la imposición de la medida de prisión preventiva a la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi”.

38. Ahora bien, el agravio formulado por el recurrente fue el siguiente:

Agravio 6-7: no se ha corroborado el dicho del testigo protegido, sobre la existencia de una “cúpula partidaria”; como elementos de corroboración se ha presentado supuesto blindaje al Fiscal de la Nación y la supuesta campaña de desprestigio contra el fiscal investigador constituyó una perspectiva crítica de su actuación; no puede ser interpretado como acto de obstaculización, no establece en qué medida, qué acto de investigación o qué decisión fiscal se vio interrumpida por esa actuación.

39. Visto lo anterior, puede afirmarse que no es exacta la afirmación del demandante cuando indica que el fundamento 34 estima el mismo agravio expuesto por su defensa, pues los argumentos son distintos. En efecto, mientras el recurrente cuestionaba “el dicho del testigo protegido, sobre la existencia de una cúpula partidaria”, el fundamento al que se remite la Sala está referido a los chats de La Botica que, si bien están relacionados con la presunta existencia de una cúpula al interior de Fuerza 2011, no son idóneos para absolver el agravio formulado por recurrente. Siendo así, sin perjuicio de la inexactitud del planteamiento del demandante, es claro que el argumento brindado por la Sala emplazada no estuvo orientado a responder el cuestionamiento expresado en los agravios 6 y 7 respecto al dicho del testigo protegido sobre la existencia de la cúpula partidaria. Por esta razón, se estima este extremo de la demanda.

c) Motivación aparente

c.1) En el fundamento 105 de la Resolución 26

40. Según lo planteado por el demandante, la Sala revisora, en dicho fundamento, no explicó las razones por la desestimación de su agravio y se remite a un proceso diferente (que involucraba a la señora Keiko Fujimori), para sostener que se justificaron los presupuestos de la prisión preventiva en su contra.
41. Al respecto, es preciso remitirse a lo planteado por la Sala revisora sobre el particular en la parte pertinente del fundamento 105 (que abarcó además el pronunciamiento de la Sala sobre otros agravios que agrupó):

Ahora bien, respecto de **la excepcionalidad de la prisión preventiva**, consideramos que **no se violenta este criterio en la medida que se acrediten los presupuestos materiales** de acuerdo con nuestra norma interna, lo cual hace que estos supuestos sean excepcionales y que cada órgano jurisdiccional responda, por cada prisión que adopta, o que confirma en el caso de la segunda instancia. **El punto del carácter procesal y no punitivo, ha sido abordado por esta sala dando respuesta al fundamento 86. El carácter necesario y excepcional se aborda cuando se resuelve el test de proporcionalidad en concreto.** [...]. [Resaltado agregado].

42. Se advierte entonces que la Sala emplazada se limita a afirmar que la excepcionalidad de la medida de prisión preventiva se respeta en tanto se acredite los presupuestos procesales, pero sin dar mayor detalle sobre si consideró que en el caso concreto se haya cumplido con dicha acreditación de forma debidamente sustentada, o no.
43. Lo propio hace sobre el carácter no punitivo de la medida, pues solo se remite al fundamento 86, que mas bien respondía a un agravio formulado por la coprocesada del demandante, y no por él. Si bien podría plantearse que el argumento, no obstante estar vinculado a otra persona procesada, podría ser aplicable también al caso del demandante, resultaba necesario que la Sala emplazada explicitara de forma razonada por qué consideró que ello era posible y en qué extremos (total o parcialmente); más aún cuando ambos estaban inmersos en la Resolución 26, al haber presentado la apelación contra la

resolución primigenia en su contra y que era indispensable efectuar una motivación rigurosa de manera individualizada por cada procesado (considerando que, más allá de que los hechos puedan involucrar conjuntamente a los coprocesados en cuestión, también es cierto que podrían haber particularidades propias de cada imputado que tengan incidencia en la valoración). No correspondía, pues, que simplemente se hagan remisiones a otros fundamentos asociados a la coprocesada del recurrente para ser automáticamente aplicados a este, sin adicionar mayor sustento.

44. Este Colegiado observa que en la Resolución 26, para la valoración de los veintiséis agravios formulados por el demandante, la Sala revisora realizó una remisión a fundamentos aplicados a su coprocesada hasta en nueve (9) oportunidades:

- Para justificar el carácter procesal (no punitivo) de la medida de prisión preventiva dispuesta contra don Jaime Yoshiyama, la Sala hizo una remisión al fundamento jurídico 86, en que se valora el dictamen de prisión preventiva contra doña Keiko Fujimori (f. 87).
- Para justificar que la presunta existencia de una “cúpula partidaria” se configura como un grave elemento de convicción de la pertenencia a una organización criminal, la Sala hace una remisión al fundamento jurídico 34, en el que se valoran las conversaciones del chat “La Botica” (f. 88).
- Para valorar la declaración del testigo TP-2017-55-4, la Sala hace una remisión al fundamento jurídico 90.
- Para valorar el informe de la comisión multipartidaria del Congreso sobre el caso IIRSA como elemento de convicción, la Sala hace una remisión al fundamento jurídico 30 (f. 91).
- Para valorar la declaración de don Fernando Migliaccio como elemento de convicción, la Sala hace una remisión a los fundamentos jurídicos 12 y 13 (f. 91).
- Para valorar la compatibilidad de la declaración del señor Simoes Barata con las declaraciones de los señores Mameri, Odebrecht y Migliaccio, la Sala hace una remisión a los fundamentos jurídicos 10 y 15 (f. 92).

- Sobre la presunta confusión entre lo que es origen ilícito del dinero y la finalidad ilícita del dinero, la Sala hace una remisión al fundamento jurídico 20 (f. 92).
 - Para valorar la declaración de la auditora Gobitz, la Sala hace una remisión al fundamento jurídico 28 (f. 92).
 - Sobre la corroboración de la entrega de dinero que habría realizado el TP 2017-55-3, la Sala hace una remisión a los fundamentos jurídicos 59 al 73.
45. Adicionalmente, en lo que respecta al carácter necesario y excepcional de la prisión preventiva, la Sala revisora se limita a mencionar que este es abordado al momento de resolver el test de proporcionalidad en el caso concreto. Sin embargo, no realiza una sustentación razonada de su aseveración en el caso del demandante y no ingresa a valorar el test de proporcionalidad que el juez de la investigación preparatoria hizo; más aún cuando prácticamente se estaba remitiendo a este al momento de pronunciarse sobre la necesidad y excepcionalidad de la medida. Ello en definitiva no es compatible con la exigencia de contar con una debida motivación de carácter reforzada, tratándose de una decisión sobre una medida especial de naturaleza excepcional y no punitiva, como lo es la prisión preventiva del demandante.
46. En esa línea, cabe hacer referencia al test de proporcionalidad que el juez de la investigación preparatoria realizó en el presente caso considerando lo mencionado por la Sala emplazada. Así, sobre el particular, dicho juez en la Resolución 16, sostuvo lo siguiente:

8.1 En primer término vamos a evaluar la situación el investigador Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka en cuánto a este investigado este despacho entiende de qué la medida de prisión preventiva en su caso, **cumple con el test de proporcionalidad**, atendiendo a que se trata de una medida idónea que busca arraigarlo al presente proceso penal con la finalidad de asegurar su presencia para los fines de la decisión final y sobre todo para evitar actos de obstaculización a la actividad probatoria, es decir en el caso del investigado **resulta idónea la medida de prisión preventiva para conjurar el peligro de elusión a la acción de la justicia y para conjurar el peligro de obstaculización** a la actividad probatoria que ha sido evidente, que ha sido palmario,

que ha sido manifiesto, en el caso del investigado Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka.

8.2 En segundo término **en cuanto al análisis de la necesidad** de la medida de prisión preventiva, importa comparar la prisión preventiva con otros medios alternativos menos gravosos como es el caso del arresto domiciliario, impedimento de salida, comparecencia con restricciones; este despacho entiende de que tratándose del investigado Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka **las medidas de comparecencia con restricciones y de impedimento de salida no cumplirían la misma finalidad de la prisión preventiva por un dato muy concreto, ya salió del país, es más ha asumido una conducta sobreviniente de eludir la acción de la justicia**; asimismo ha sido palmaria su conducta obstruccionista a la actividad probatoria, razón por la cual imponerle comparecencia con restricciones más impedimento de salida no cumpliría la misma finalidad que la prisión preventiva; lo mismo puede decirse del arresto domiciliario por cuanto ya no se encuentra actualmente en el país sino en el extranjero, asumiendo una conducta de elusión a la acción de la justicia y valiéndose de un motivo no significativo por cuanto de acuerdo a **la carta que ha presentado simplemente sería un motivo para seguir alargando su estadía en el extranjero.**

Consecuentemente erije en necesario imponerle la prisión preventiva a este investigado Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka, asimismo, entiende de que **sería proporcional la medida** de este investigado Yoshiyama Tanaka atendiendo a que resulta justificado afectar la libertad **a efectos conjurar el peligro de fuga, el peligro de elusión a la acción de la justicia** que ha desplegado el investigado Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka aunque en grado sobreviniente; **asimismo para evitar que replique conductas obstruccionistas a la actividad probatoria** de parte de Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka conforme ya lo hizo al momento en que se allanó su bien inmueble. Este despacho considera de que si bien la libertad es una medida que no es la regla general si no es la medida excepcional considera de que en el caso concreto y específico Yoshiyama Tanaka **deviene en indispensable para conjurar el riesgo para el proceso**, conforme ya se ha patentizado con su salida al país de eludir la acción de la justicia aunque

en grado sobreviniente y por su conducta de que podría replicar la obstrucción a la actividad probatoria. [Fojas 131 a 132].

47. De lo anterior se advierte que el test de proporcionalidad fue realizado en menos de una página y media de la resolución (con 72 páginas en total), que, además de no encontrarse adecuadamente redactado, básicamente se enfoca en el hecho de que el procesado quería eludir la acción de la justicia y su conducta habría sido obstruccionista del proceso (planteamiento que es repetido varias veces en los párrafos precitados); con lo cual, su análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sí mismo, se basa en un mismo aspecto: el peligro procesal que se habría configurado en el caso del demandante.
48. A todo esto, es preciso acotar que, al momento en que el juez resolvió, el recurrente no se encontraba en el país, ya que asumía que contaba con la justificación médica correspondiente (cuya documentación finalmente no fue valorada por encontrarse en un idioma no oficial para el proceso). Habría que preguntarse entonces si ese solo hecho representaba, de forma objetiva y suficiente, el riesgo que el señor Yoshiyama eluda la justicia y la obstruya. Lo cierto es que no evidencia una motivación sustentada y rigurosa sobre el particular, acorde con los parámetros ya establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el propio Tribunal Constitucional, pues considerando el tipo de medida gravosa y restrictiva a la libertad personal, era indispensable que el juzgador desarrolle en una mayor medida, de forma individualizada, su motivación clara y fundamentada respecto de los elementos que determinaron que, a su consideración, en este caso el dictado de la prisión preventiva cumplía con el test de proporcionalidad.
49. Por lo antes expuesto, este Tribunal Constitucional considera que la Sala revisora no cumplió con el deber de motivación reforzada sobre los aspectos previamente mencionados, por lo que se estima este extremo de la demanda.

c.2) En el fundamento 106 de la Resolución 26

50. El recurrente sostiene que la Sala ha incurrido en una motivación aparente, dado que no ha sostenido la razón por la que considera que el acta de constitución del partido Fuerza 2011 se configura como un grave elemento de convicción de la agravante de pertenencia a una organización criminal (lo cual fue alegado en el agravio 4).

51. Al respecto, vale recordar que este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 02534-2019-PHC/TC, ya se pronunció expresamente sobre este medio de prueba, y ha descartado su solidez y suficiencia para pretender acreditar la existencia de una organización criminal; lo cual resulta aplicable a este caso, en tanto dicho expediente abordó cuestionamientos a la misma Resolución 26 y otras, planteados por la coprocesada del recurrente, quien también estuvo incluida en dicha resolución. En tal oportunidad, este Colegiado sostuvo que:

El acta de fundación del partido y su estatuto por sí mismos no acreditan la existencia de una organización criminal sino justamente la creación de un partido político y la forma en que este se encuentra constituido, lo que incluye, entre otros, aspectos concernientes a los cargos directivos y a la distribución de las funciones al interior del mismo (fundamento 73). [Resaltado y subrayado agregado].

52. Cabe mencionar, además, que en este caso concreto, la Sala emplazada se limitó a sostener que “este documento tiene utilidad para fijar la fecha de creación del partido político” y que “no puede ignorarse que los elementos de convicción se valoran en un primer momento de manera iridividual y luego de manera conjunta” (fs. 87). Sin embargo, más allá de estas afirmaciones en extremo genéricas, no se ha explicado la razón por la que se considera que el acta de constitución Fuerza 2011 pueda configurarse como un grave elemento de convicción de la pertenencia del recurrente a una organización criminal.
53. Por estas razones y en atención a lo ya resuelto previamente por este Colegiado sobre este punto, se concluye que la Sala ha incurrido en una motivación aparente. En consecuencia, corresponde estimar este extremo de la demanda.

c.3) En el fundamento 107 de la Resolución 26

54. El recurrente sostiene que la Sala emplazada también ha incurrido en motivación aparente al confirmar como elemento de convicción la declaración de doña Adriana Tarazona, quien señaló que Jaime Yoshiyama fue miembro del “Comité Itinerante del Comité Ejecutivo Nacional de Fuerza 2011”.
55. Según esta testigo, este comité itinerante “decidía y coordinaba con la agencia de los medios todo lo concerniente a la publicidad, eran las

personas que incluso adquirirían el compromiso del área de tesorería para coordinar los pagos y la firma de los correspondientes contratos, y este comité estaría conformado por Jaime Yoshiyama Tanaka, Augusto Bedoya Cámere y Jorge Trelles, señala que estas serían personas que formarían parte del órgano decisor, todo lo concerniente a la asunción de compromisos de cara a la: realización de actividades de publicidad del partido Fuerza 2011” (f.88).

56. En su recurso de apelación el demandante cuestionó la declaración de doña Adriana Tarazona, y adujo que la testigo se limitaba a describir el rol del procesado como dirigente de un partido político, pero no generaba sospecha grave sobre la comisión del delito de lavado de activos. La Sala desestimó este argumento sosteniendo lo siguiente:

Este Colegiado advierte que la declaración de Adriana Tarazona ha sido valorada en el rubro de la apariencia delictiva -fs. 14398-, apartado en el cual concluyó que existe sospecha grave sobre su existencia. En puridad, el JIPN no se encontraba vinculado a otorgarle el sentido que la defensa técnica le exige, pues se pronunció si era pertinente para acreditar la agravante de la comisión delictiva en el marco de una organización criminal, mas no incide la valoración en el delito de lavado de activos. En consecuencia, este agravio es improcedente- (f. 88).

57. Pese a la poca claridad de la redacción, del citado párrafo fluye que la posición de la Sala es que las declaraciones de doña Adriana Tarazona no estuvieron dirigidas a generar sospecha sobre la comisión del delito de lavado de activos, sino sobre el agravante de la pertenencia a una organización criminal. Siendo ese el caso, resulta justificada la desestimación del agravio, ya que adolece de un error de formulación: asume que las declaraciones de doña Adriana Tarazona fueron usadas para generar sospecha sobre el delito de lavado, cuando estuvieron realmente dirigidas a acreditar la posible pertenencia a una organización criminal. En consecuencia, si este Tribunal Constitucional se limitase a realizar su evaluación en los propios términos de la demanda sobre este extremo, se podría afirmar que la Sala no ha incurrido en una motivación aparente.
58. No obstante, con base en el principio procesal de “suplencia de queja deficiente”, que permite al juez constitucional enmendar el petitorio de la demanda cuando este haya sido erróneamente formulado o expuesto en forma ambigua u oscura (cfr. sentencia emitida en el

Expediente 04885-2007-PHD/TC, fundamento 5), cabe preguntar si las declaraciones de doña Adriana Tarazona tienen la capacidad de generar sospecha suficiente sobre la pertenencia del procesado a una organización criminal.

59. Al respecto, en la precitada sentencia del Expediente 02534-2019-PHC/TC, referida a la líder del partido Fuerza 2011, este Tribunal Constitucional precisó que los hechos referidos a la organización del partido y los cargos políticos por sí mismos no son elementos probatorios suficientes de la existencia de una organización criminal:

A este respecto, a juicio de este Tribunal, tal material probatorio no permite vincular a la procesada, Keiko Sofía Fujimori Higuichi, con una organización criminal, pues se tratan de elementos probatorios insuficientes, que razonablemente podrían acreditar su participación como líder de una organización política, en tanto asistía a reuniones, realizaba gestiones de coordinación e impartía directivas de carácter político a los militantes del partido, pero no así acreditar indefectiblemente su participación como líder de una organización criminal que tenía por consigna captar activos ilícitos para acceder al poder político y, posteriormente, cometer delitos de corrupción de funcionarios, conclusión a la que arriba la resolución sub examine en diversas partes de su motivación (fundamento 72).

60. En consecuencia, asumir que existe sospecha grave de la pertenencia a una organización criminal sobre la base de la posición que tuvo el recurrente en el partido político Fuerza 2011 *per se* resulta a todas luces insuficiente; también lo es partir de la premisa de dar por asumido que dicho partido es indudablemente una organización criminal. En tal sentido, este extremo adolece de motivación aparente.

c.4) En el fundamento 110 de la Resolución 26

61. El recurrente también ha indicado que la Sala revisora incurre en motivación aparente al considerar las declaraciones de doña Keiko Fujimori -referidas a su amistad con don Jaime Yoshiyama- como un grave elemento de convicción de la pertenencia a una organización criminal. Al respecto, para confirmar la apelada, la Sala argumentó que:

[...] según la imputación contenida en el propio requerimiento fiscal CLEMENTE JAIME Yoshiyama Tanaka sería también integrante de dicha supuesta organización criminal, valiéndose de

su rol de secretario de organización del partido político. A partir de lo anterior se obtiene como dato indiciario que la vinculación entre ambas personas se ha materializado en relaciones concretas -referencia a las conclusiones de la apelación de Keiko Sofía Fujimori Higuchi- por lo que la mención a una relación de amistad, contextualizada con los demás elementos de convicción, abona favor de la hipótesis fiscal. Por tanto, este agravio debe ser desestimado f. 89).

62. Sobre tal extremo de la demanda, vale recordar nuevamente que este Tribunal Constitucional ha reconocido que el hecho de que la señora Keiko Fujimori, lideresa del partido político Fuerza 2011, tuviera reuniones o coordinaciones directas con personas de su confianza, no induce mínimamente a pensar que existe por ello una estructura criminal enquistada en Fuerza 2011. Así, en la precitada sentencia del Expediente 02534-2019-PHC/TC, se expuso que:

Por su parte, **las declaraciones que mencionan que la favorecida realizaba reuniones con gente de su confianza** y tomaba decisiones a todo nivel, así como los chats en los que aparece que daba instrucciones a miembros del partido, **reflejan su posicionamiento como lideresa de ese partido, pero no se explica cómo de una valoración conjunta puede desprenderse una clara vinculación de la favorecida con una organización criminal** dedicada, entre otros, al lavado de activos (fundamento 74).

63. En ese sentido, y en la línea de la lógica previamente seguida por este Colegiado en dicho expediente, la aceptada amistad entre la señora Keiko Fujimori y el señor Clemente Yoshiyama no es un elemento que permita acreditar la sospecha de su pertenencia a una organización criminal. Por tanto, se estima este extremo de la demanda por el que se cuestiona este argumento utilizado por la Sala emplazada.

c.5) En el fundamento 117 de la Resolución 26

64. El demandante sostiene que la Sala revisora afectó su derecho a la debida motivación, al corroborar la declaración del señor Marcelo Odebrecht (quien habría manifestado inicialmente que tenía “dudas” sobre su declaración) con el dicho del señor Simoes Barata, lo que configuraría una “corroboración cruzada” (fs. 33).

65. Para sostener su posición, el demandante hace referencia a un fundamento de la Resolución 26, en el que se indica que, con la información ofrecida por el señor Simoes Barata, se “absuelven las dudas” manifestadas inicialmente en la declaración del señor Marcelo Odebrecht:

d) Jorge Henrique Simoes Barata es un operador de la empresa Odebrecht en Perú, el nivel de detalles que aporta es mayor que las restantes declaraciones, confirma que hicieron aportes para apoyar la campaña de KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI en el dos mil once. CLEMENTE JAIME YOSHIYAMA TANAKA representaba al partido e hizo el pedido del dinero a la empresa. **Las dudas de Marcelo Odebrecht aquí se absuelven**, enfáticamente señala que al inicio de la campaña aportaron quinientos mil, y luego similar cantidad (f. 33).

66. En una línea similar, la recurrente también cuestiona que la Sala emplazada nunca haya explicado cómo es que resultan compatibles la declaración del señor Fernando Migliaccio, con el dicho de de los señores Marcelo Odebrecht y de Luis Antonio Mameri. Sobre ello, el recurrente indica que:

Al ser contrainterrogado, Fernando Migliaccio negó enfáticamente que el Departamento de Operaciones Estructuradas remitiera dinero en efectivo fuera de Brasil, así como la existencia de *doleiros* igualmente fuera de Brasil. Migliaccio sostuvo que dichas actividades fueron prohibidas expresamente por Marcelo Bahía Odebrecht. Sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones Nacional califica de contradicción aparente el desmentido de quien ejecutaba los envíos de dinero a cargo del Departamento de Operaciones Estructuradas, para preferir las inciertas declaraciones de Marcelo Bahía Odebrecht y Luiz Antonio Mameri, quienes han sido consistentes en negar que les conste la ejecución de la autorización de aporte que extendieron a Jorge Henrique Simoes Barata (f. 34).

67. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre los problemas de motivación en los que incurrió la Sala emplazada al interpretar las declaraciones de los referidos testigos, en la sentencia recaída sobre el precitado Expediente 02534-2019-PHC/TC. En aquella oportunidad, este Tribunal sostuvo que:

Sin embargo, para este Tribunal queda claro que la fundamentación utilizada por la resolución objeto de cuestionamiento adolece de falta de motivación interna en el razonamiento (cfr. Sentencia 8439-2013-PHC/TC, entre otras), que es precisamente una de las exigencias que impone el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación resolutoria. Ello es así, por cuanto **tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dicen los declarantes, se descarta por completo aquella parte de su versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada**, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para alcanzar una sospecha grave de incriminación (fundamento 97). [Resaltado agregado].

68. Este Colegiado advierte que los precitados fundamentos son extrapolables a los hechos ahora cuestionados por el demandante. En tal sentido, al corroborar el dicho de un grupo de testigos omitiendo los elementos que podrían generar alguna duda o inconsistencia -como lo es en este caso las declaraciones del señor Migliaccio- la Sala emplazada incurre en una evidente situación de motivación insuficiente. En consecuencia, corresponde estimar este extremo de la demanda.

c.6) En el fundamento 119 de la Resolución 26, en conexión con la alegada vulneración al principio *indubio pro reo*

69. El recurrente también sostiene que la Sala ha incurrido en una vulneración de la debida motivación al reconocer que el juez de investigación preparatoria no cumplió con procesar al congresista Rolando Reátegui -lo que, según la defensa, demostraría que el Juzgado realmente no tenía convicción sobre la participación del mencionado congresista en el tracto sucesivo de aportes- pero, sin embargo, ratificó las declaraciones del TP2017-55-3, quien lo habría sindicado como partícipe de los actos delictivos. Sobre este hecho manifiesta que:

Conforme a lo citado, al margen de que la Sala Penal de Apelaciones Nacional realiza en este extremo de la resolución una corroboración en masa, es decir, considera que la corroboración de algunos extremos de los dichos del testigo protegido signado con el código TP 2017- 55-3 supone necesariamente la corroboración de la totalidad de sus afirmaciones -cuando en realidad

los dichos relacionados conmigo no están corroborados ni siquiera a nivel indiciarlo-, la más gruesa afectación del derecho a la debida motivación consiste en que la Sala Penal de Apelaciones Nacional comprueba que el Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional no inició el trámite previsto en el artículo 453°.2 NCPP para procesar al congresista Rolando Reátegui Flores, a quien el TP 2017-55-3 sindicaba como quien entregó el dinero a la mayoría de los aportantes simulados de la Región San Martín, lo que -en opinión de la defensa- es un indicador de que el a quo no creía en la versión del testigo protegido y, sin embargo, usó su declaración para incriminarme a mí y a mis coimputados.

Tratando de sanar la manifiesta duda del Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional respecto de la declaración del testigo protegido, la Sala Penal de Apelaciones Nacional resuelve disponer el procesamiento del congresista Reátegui Flores, en lugar de eliminar el uso perjudicial al reo de la declaración del testigo protegido, como debió suceder de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* (sic) (f. 36).

70. En consideración del demandante, tras advertir esta inconsistencia, a la Sala no le correspondía “subsanan” y disponer el procesamiento del congresista Reátegui, sino que, en virtud del principio *in dubio pro reo*, esta duda razonable debió interpretarse a favor del procesado y, en consecuencia, no debió considerarse esta declaración como un elemento de convicción.
71. Al respecto, este Tribunal Constitucional debe precisar previamente que el principio *in dubio pro reo* es una “regla de juzgamiento” aplicable al momento de emitir sentencia, y que implica que el juez está obligado a absolver al imputado cuando en la valoración probatoria no exista certeza sobre su culpabilidad¹⁷⁰. Siendo así, este principio no resulta de aplicación en el marco del dictado de prisión preventiva, pues esta no tiene un carácter punitivo, al no estar destinada a determinar la responsabilidad penal del procesado.

170 Gonzalo del Río Labarthe (2008). *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.

72. No obstante, de la revisión de la demanda, este Colegiado interpreta que lo que realmente pretende cuestionar el recurrente es la afectación de los principios *favor libertatis* y *pro homine*, que sí son aplicables al procedimiento de prisión preventiva.
73. El principio *favor libertatis* impone, en el caso particular de la detención judicial preventiva, que esta tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional; es decir, que su dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar (sentencia recaída sobre en el Expediente 01091-2002-HCTC, fundamento 12). Esto supone que, ante la duda del juzgador, siempre se preferirá adoptar medidas distintas a la prisión preventiva.
74. Mientras que, respecto al principio *pro homine*, este estipula que debe interpretarse la norma de forma que mejor optimice el goce de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio (sentencia emitida en el Expediente 02061-2013-PA/TC, fundamento 5.11). Asimismo, implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean estas de carácter permanente o extraordinaria (sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, fundamento 33). Siendo así, ante la incertidumbre sobre la interpretación de los alcances de la prisión preventiva en el marco de la valoración de los elementos necesarios para su dictado, será siempre restrictiva por ser una medida que restringe intensamente el derecho a la libertad personal del procesado.
75. En ese sentido, corresponderá analizar si es que el extremo cuestionado de la Resolución 26 contraviene los referidos principios constitucionales. Al respecto, este Colegiado considera que, si bien es cierto que en virtud de la declaración del TP2017-55-3 correspondía procesar al congresista Rolando Reátegui, el hecho de que el juez de investigación preparatoria no lo haya hecho, no desvirtúa *per se* o de forma automática el contenido de la declaración, pues tal omisión podría deberse a razones distintas como, por ejemplo, la falta de diligencia del juez. Esto más aún si se pretende cuestionar la debida motivación de la Sala emplazada, pues no es suficiente hacer referencia a un hecho contingente, como la omisión de procesar a una de las personas sindicadas; sino que es necesario considerar el

razonamiento usado por el juez para valorar dichas declaraciones, lo que no sucede en el presente caso. Por tanto, se desestima este extremo de la demanda.

Sobre la alegada vulneración al derecho de igualdad ante la ley

76. De acuerdo con lo planteado por el recurrente, se habría transgredido el derecho fundamental a la igualdad ante la ley porque la Sala revisora, para confirmar el mandato de detención preventiva, desestimó el agravio planteado en su recurso de apelación (agravio 2) “acerca de que el a quo excluyó de su razonamiento el derecho a la igualdad en la aplicación de ley, al igual que la obligación internacional del Perú, como Estado Parte de la CADH, de adecuar su derecho interno y sus prácticas a los estándares del Pacto de San José” (sic).
77. Al respecto, cabe sostener que, respecto del derecho a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional ha declarado que
13. [...] 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**. [Sentencia emitida en el Expediente 01513-2017- PA/TC] [resaltado agregado].
78. Se advierte que el demandante en sus alegaciones sobre la vulneración concerniente a este derecho se enfoca especialmente en cuestionar la falta de incorporación de los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre prisión preventiva en la aplicación del artículo 268 del Código Procesal Penal en su contra, pues no se aplicó el control de convencionalidad. Sin embargo, no se colige de su argumentación cómo es que dichos aspectos se vincularían en sí con la presunta vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, si se tiene que, conforme a la jurisprudencia precitada, dicho derecho alude a aquella norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. Siendo así, más allá de si se efectuó o no el control de convencionalidad que se alega, se advierte que el sustento del demandante no se relaciona con el contenido y/o alcances del derecho a la igualdad ante la ley. Por tanto, este extremo de la demanda debe ser desestimado.

Sobre la determinación del peligro de fuga en el caso concreto y vulneración del derecho a probar

79. Si bien el recurrente en su escrito de demanda no ha cuestionado directa y expresamente el hecho específico de que la Sala emplazada no haya considerado como medio probatorio toda la documentación que fuese presentada para acreditar su estado de salud (solo lo hizo en su recurso de apelación ante la Sala revisora), este Tribunal Constitucional considera necesario evaluar tal situación y no soslayarla, pues se advierte que la ausencia de acreditación del estado de salud del recurrente en conexión con la necesidad de que prosiguiese con su tratamiento médico en el extranjero, fue determinante para que tanto el juez de la investigación preparatoria como la Sala revisora estimaran que existía el peligro de fuga en su caso (independientemente de la valoración que también se tuvo sobre el peligro de obstaculización).
80. Este Colegiado realiza esta evaluación en aplicación del principio procesal de suplencia de queja deficiente, por el que se reconoce la facultad de los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos cuando se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda, y se sustenta en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que exige al juez constitucional la relativización de las formalidades, presupuestos y requisitos cuando así lo justifique el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00612-2013-PA/TC, fundamento 9).
81. Para dicho análisis es preciso consignar lo planteado por la Sala emplazada en su Resolución 26 sobre el particular:

125. La defensa ha presentado en sede de instancia una serie de documentos -trece hojas- redactados en idioma inglés y solo uno en español [...].

Una precisión preliminar: el Colegiado únicamente valorará el documento presentado en idioma español, a tenor de lo dispuesto por el artículo 114°.4 del CPP: los documentos y las grabaciones en un idioma distinto del español deberán ser traducidos cuando sea necesario, la defensa técnica ha considerado necesario presentar traducido solamente un documento, el cual no revela de manera objetiva el riesgo en la salud

del investigado en caso de viajar de retorno al Perú, **tampoco acredita la operación realizada y las exigencias del tratamiento postoperatorio.** [...] entre la fecha de su operación y el tratamiento postoperatorio, se requirió prisión preventiva en su contra y **que el investigado no se haya presentado revela objetivamente lo siguiente: a) no existe documento que acredite un riesgo inminente en la salud del investigado** Yoshiyama Tanaka, en caso de viajar al Perú desde los Estados Unidos; **b) no se ha cumplido con traducir la documentación anexa y por esta razón no puede valorarse;** **c) de acuerdo al único documento susceptible de ser valorado, no emerge un riesgo a la salud de investigado,** más bien revela un hecho objetivo: que el investigado viajaba frecuentemente a los Estados Unidos después de que se le detectó la enfermedad que se indica; [...]. Aquí **se evalúa precisamente la actitud del investigado de no presentarse a la audiencia de prisión preventiva y que no se haya sustentado-conforme a la norma procesal penal el riesgo a su salud** invocado.

[...] **acreditada la entidad del peligro de fuga objetivado, el uso de otra alternativa** en el ordenamiento procesal penal para conjurar el riesgo de manera satisfactoria, **no resulta idónea.** [Resaltado y subrayado agregados].

82. De lo glosado se advierte que, de toda la documentación médica recibida (13 páginas), la Sala revisora decidió únicamente valorar solo una página en español y rechazó de plano las demás, por encontrarse en idioma inglés y no castellano. Luego, esa sola página finalmente fue el único medio probatorio que se aceptó y que se consideró insuficiente para acreditar el riesgo a la salud del imputado, la intervención realizada y la necesidad del tratamiento postoperatorio; la consecuencia fue que, ante tal escenario, la Sala argumentó que la ausencia del demandante en la audiencia de prisión preventiva corroboraba el peligro de fuga en su caso. Esto evidencia las implicancias que tuvo el hecho de que, según lo estimado por la Sala, no se haya logrado acreditar el riesgo a la salud.
83. Ciertamente, el artículo 114, inciso 4, del Código Procesal Penal establece que “Los documentos y las grabaciones en un idioma distinto del español deberán ser traducidos cuando sea necesario”; y el artículo 187, inciso 1, dispone que “Todo documento redactado en idioma

distinto del castellano, será traducido por un traductor oficial”. Es decir, se exige contar con documentos traducidos al español por un traductor oficial.

84. No obstante, este Colegiado observa que, en el caso concreto, habiéndose tratado de un análisis de valoración judicial para decidir por el dictado o no de la prisión preventiva en contra del procesado y teniendo en cuenta que la documentación presentada pretendía corroborar el riesgo en la salud del recurrente, así como justificar su ausencia en la audiencia y la necesidad de su tratamiento postoperatorio, se configuró como un medio probatorio significativo aportado para tales efectos. Tan es así que, como se dijo anteriormente, fue determinante para que la Sala revisora decidiera que no había acreditación y, por consiguiente, sustentó el peligro de fuga en su caso. Por tanto, el hecho de que se rechazara de plano la admisión de la documentación completa no posibilitó su valoración.
85. Con ello, no se está planteando que el juez o la Sala emplazada hayan realizado una indebida valoración sobre el contenido de la documentación, ni que tendría que haberla valorado positivamente y aceptar que probaba el riesgo a la salud del demandante y la necesidad de su tratamiento postoperatorio; sino que se debió brindar la oportunidad de que la documentación se valore y se dispusiese, por ejemplo, que se cumpla con aportar la prueba traducida oficialmente al español dentro de un plazo célere.
86. Resultaba necesario que se considere el hecho que de por medio estaba la evaluación alrededor de una solicitud de prisión preventiva, de carácter excepcional, que tendría incidencia relevante en la libertad personal del procesado; con lo cual, si la necesidad de acreditación de su situación médica era tan determinante para, a partir de ello, definir la existencia del peligro fuga como peligro procesal e incidir eventualmente en el dictado prisión preventiva, pudo haberse optado por otras alternativas permitidas para contar con mayores elementos de convicción sobre dicho aspecto, y no limitarse a aplicar de manera estricta y formalista el artículo 114, numeral 4 del Código Procesal Penal, lo cual no es compatible con la necesidad de realizar una interpretación o aplicación a favor del procesado, ni con la observancia del derecho a la prueba, entendido este como el derecho a que los medios de prueba sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en

la sentencia (cfr. sentencia recaída en el Expediente 06712-2005-HC/TC, fundamento 15).

87. Por los fundamentos esgrimidos, este Tribunal Constitucional estima que se vulneró el derecho a probar del demandante.

II. Conclusión y efectos jurídicos de la presente sentencia

88. En consecuencia y por todo lo antes expuesto, sobre la base de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal Constitucional estima que la presente demanda es fundada en parte y, en tal sentido, dispone que la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en adición a sus funciones Sala Penal Especializada en Delitos Aduaneros, Tributarios, de Mercado y Ambientales, de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, no incurra nuevamente en las acciones y omisiones identificadas en la presente sentencia.

89. Adicionalmente, en tanto se encuentra involucrada una medida de carácter excepcional y significativa por las implicancias que esta contrae para el derecho fundamental a la libertad personal, este Tribunal Constitucional considera necesario desarrollar y/o reforzar determinados estándares o parámetros que todo juez de investigación preparatoria (competente para resolver en primera instancia los pedidos de prisión preventiva que le formula el Ministerio Público), toda Sala revisora (que resuelve los recursos de apelación interpuestos contra la decisión del mencionado juez), y la Corte Suprema (que resuelve los recursos de casación correspondientes) deben atender al momento de emitir sus respectivas resoluciones. Ello con la finalidad de orientar dichas actuaciones judiciales, para así garantizar su constitucionalidad y convencionalidad.

III. Aspectos indispensables sobre la prisión preventiva que deben ser considerados de forma obligatoria por los jueces de investigación preparatoria, por las salas revisoras de los eventuales recursos de apelación y por la Corte Suprema que resuelve los eventuales recursos de casación

90. Previamente, este Tribunal Constitucional enfatiza que la prisión preventiva es una figura jurídica constitucional y legalmente permitida, y a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no se la

proscribe. No se está en contra de esta medida ni está bajo cuestionamiento su permanencia; lo que resulta indispensable es advertir que para que su imposición sea válida, constitucional y convencional, debe cumplir los parámetros y estándares que se desarrollarán y que están estrechamente relacionados con el deber de una “debida motivación reforzada” de este tipo de decisiones judiciales, teniendo en cuenta las implicancias, la envergadura y el impacto que esta medida restrictiva severa ocasiona en los derechos del imputado, principalmente en su derecho a la libertad personal.

91. En esa línea, se destaca la indispensable realización del test de proporcionalidad que todo juez debe realizar al momento de evaluar su decisión sobre el dictado de la prisión preventiva; asimismo, de darse dicho dictado, efectuar un análisis sustentado y diferenciado de proporcionalidad sobre la determinación de la duración de la prisión preventiva. Esto sin dejar de lado, por supuesto, la necesidad de que, a la par, se busque garantizar los fines del proceso penal y evitar la impunidad de los hechos incluidos en la investigación; más aún si se trata de presuntos delitos de gravedad e impacto social.
92. Por tanto, una medida de prisión preventiva que cumpla con la realización de una “debida motivación reforzada” al analizar el cumplimiento de los presupuestos materiales, los elementos del test de proporcionalidad y el sustento de la determinación de la duración de la medida (de ser el caso que se concluya dictar medida), será válida, constitucional y convencional.
93. Asimismo, es importante resaltar que la prisión preventiva es una medida excepcional posible y responde a una finalidad especial, pues la regla es que la persona involucrada en determinado proceso penal, lo atraviese y afronte en libertad hasta que se determine o no su responsabilidad penal individual, independientemente de la calidad de la persona y/o el tipo de delito que se le imputa, en consonancia con la objetividad e imparcialidad como garantías de un debido proceso.
94. Siendo así, corresponde evitar que los dictados de prisión preventiva se generalicen y se abuse de su utilización desnaturalizando la regla aplicable y/o, en el peor de los supuestos, se instrumentalicen en atención a otros fines secundarios, distintos a los previstos para la prisión preventiva, pues ello podría producir una vulneración de derechos del imputado.

95. Y no solo ello, la privación de libertad de estas personas procesadas acarrea un impacto real y práctico sobre el porcentaje de la población penitenciaria. Así, según el último informe del Instituto Nacional Penitenciario, a julio del 2022, la población penitenciaria intramuros estaba conformada en un 39% por procesados y en un 61% por personas con sentencia firme¹⁷¹, con lo que se aprecia que el porcentaje de personas procesadas bajo prisión preventiva es significativo. Asimismo, conviene tener en cuenta que una persona procesada detenida bajo prisión preventiva debe estar sujeta a condiciones diferenciadas de privación de libertad en los establecimientos penitenciarios, por tratarse de personas no condenadas, lo que obliga al Estado a adoptar medidas específicas destinadas a esta población, para garantizar sus derechos.
96. Ahora bien, este Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha hecho hincapié en la necesidad de tener presente que la lucha contra la corrupción debe enmarcarse en el respeto a los derechos humanos, y en el riesgo que representa sobre el resguardo de tales derechos el continuar con una actitud de sospecha colectiva sobre las personas en general, y sobre los funcionarios públicos en particular, lo cual afecta diversos derechos, entre ellos, la presunción de inocencia. En esa línea, se reafirma lo siguiente:

83. Este alto Tribunal de la Nación, reconoce también que la corrupción es un mal que aqueja profundamente a la sociedad peruana y, por lo tanto, debe ser investigada y sancionada con severidad por el Estado. Sin embargo, como garantía de legitimidad y de eficacia, la lucha inquebrantable contra la corrupción debe ser una lucha constitucionalizada y convencionalizada. Es decir, una lucha enmarcada escrupulosamente en el respeto de los derechos fundamentales, los principios y los valores que consagra nuestra Constitución; los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano; que tenga en cuenta además las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, sobre todo, con un riguroso respeto a las reglas que impone el debido proceso, el derecho de defensa y la tutela

171 Informe estadístico de julio de 2022. Instituto nacional penitenciario. Recogido de https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_julio_2022.pdf

procesal efectiva, que son pilares de una recta, proba, eficaz e idónea administración de justicia.

[Expediente N° 02534-2019-PHC/TC, Keiko Sofia Fujimori Higuchi, representada por Sachie Marcela Fujimori Higuchi De Koenig]

124. Sobre ese tipo de valoraciones judiciales, resulta importante manifestar que, **como consecuencia de la actual coyuntura social de desconfianza frente a la autoridad como consecuencia de los recientes casos de corrupción, el país en su generalidad viene viviendo en una actitud de sospecha colectiva que ha terminado colocando a la persona en general y a quien ejerce función o cargo público en particular como un sujeto considerado de suyo “proclive al delito”**. Es decir, **se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva, que abdica de la lógica del Legislador Constituyente peruano**, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes, denominados, más allá de las digresiones académicas que la doctrina recoge, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona o derechos constitucionales; entre los cuales están el derecho al honor y a la buena reputación, el derecho a la defensa y el respeto de su dignidad, y el derecho a la presunción de inocencia mientras no se haya acreditado judicialmente su culpabilidad, mediante sentencia firme y definitiva.

125. **Esa actitud, contradice totalmente el claro mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución**, que a la letra preceptúa que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. [...]. [Cfr. sentencia emitida en el Expediente 04780-2017-PHC/TC, 00502-2018-PHC/TC (acumulado), Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón] [resaltado y subrayado agregado].

97. En el marco de las premisas antes expuestas, a continuación se desarrollarán los demás estándares y parámetros a tener en cuenta por los jueces de investigación preparatoria al momento que decidan sobre la solicitud de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público, por las salas penales revisoras competentes al momento de resolver

los eventuales recursos de apelación que se interpongan frente a la imposición de la medida por la primera instancia y por la Corte Suprema cuando le corresponda resolver los recursos de casación respectivos.

A. La prisión preventiva como medida provisional y excepcional de carácter no punitivo

98. Tal como se ha sostenido, la medida de prisión preventiva se configura como una de carácter provisional y excepcional de ultima ratio, cuya naturaleza es no punitiva, pues no se está frente a una sanción penal anticipada sino frente a una persona procesada sujeta a investigación y cuya libertad personal se encuentra restringida. Siendo así, la prisión preventiva, en la medida que se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar; y no se trata entonces de una sanción punitiva, pues su validez depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen (cfr. sentencia emitida en el Expediente 01091-2002-HC/TC, fundamento 8).
99. Al tratarse de una medida que restringe la libertad personal, la prisión preventiva está también sujeta a un requisito de “excepcionalidad”, en virtud del cual la regla general es el sometimiento del imputado al proceso en libertad o con medidas limitativas menos intensas, bajo el respeto de la garantía de la presunción de inocencia en su expresión de regla de tratamiento procesal del imputado (Acuerdo Plenario 01-2019-CIJ-116, fundamento 8).
100. Siguiendo la línea de la prisión preventiva como medida excepcional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma lo siguiente:

309. El principio general en esta materia es que **la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción**. Tal es el efecto del artículo 7.2, que dispone: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Pero el solo cumplimiento de las formalidades legales no es suficiente pues el artículo 7.3 de la Convención Americana, al disponer que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, **prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica**

resultan irrazonables, imprevisibles o carentes de proporcionalidad. [Resaltado agregado]. [Caso Yvon Neptune vs. Haití Sentencia de 6 mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)].

101. Por su parte, el Tribunal Constitucional también destaca la excepcionalidad de la medida de prisión preventiva y la necesidad de su fundamentación, de la siguiente manera:

13. Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener que **la prisión preventiva es una regla de última ratio**. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es “...una medida que restringe la libertad locomotora, dictada **pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia**; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, **susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general** (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2; Sentencia 5100-2006-PHC/TC, fundamento 3; Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras).

Ese, pues, es el propósito del **artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, según el cual “**la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general**”

17. Así, también se ha señalado que en el caso de la prisión preventiva, “**la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial**, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de [dicha medida]” (Sentencia 00038-2015-PHC/TC, fundamento 4; Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 4; Sentencia 05314-2013-PHC/TC,

fundamento 8; entre otras). [Sentencia emitida en el Expediente 02534-2019-PHC/TC, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, representada por Sachie Marcela Fujimori Higuchi De Koenig] [resaltado agregado].

102. Reafirmando lo anterior, dicha excepcionalidad debe considerarse cuando corresponda realizar la evaluación del test de proporcionalidad de la medida, la cual incluye lo referido a la necesidad e idoneidad de prisión preventiva al caso concreto. Asimismo, esta debe estar enmarcada en una debida motivación reforzada, la cual se desarrollará más adelante.
103. De otro lado, en consonancia con la naturaleza excepcional y no punitiva de la prisión preventiva, conforme al artículo 268 del Código Procesal Penal, se establece la necesidad de que para su dictado deban concurrir determinados presupuestos y en tal sentido dispone lo siguiente:

Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) **Que existen fundados y graves elementos de convicción** para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) **Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años** de pena privativa de libertad; y
- c) **Que el imputado**, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que **tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)**. [Resaltado agregado].

104. Asimismo, con relación a la calificación del denominado peligro de fuga, el propio Código Procesal Penal en su artículo 269 detalla los siguientes aspectos a considerar para ello:

Artículo 269. Peligro de fuga

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. **El arraigo en el país del imputado**, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
 2. **La gravedad de la pena** que se espera como resultado del procedimiento;
 3. **La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo**;
 4. **El comportamiento del imputado** durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
 5. **La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.** [Resaltado agregado].
105. Tal como se observa, son tres los presupuestos materiales que deben ser corroborados previamente para el dictado de una prisión preventiva y deben concurrir copulativamente, por lo que, ante la ausencia de al menos uno de ellos, no procede dicha medida. Sin perjuicio de ello, este Tribunal Constitucional ha estimado que el principal elemento a considerar al dictar prisión preventiva es la existencia de peligro procesal (peligro de fuga y/o peligro de obstaculización a la justicia), pues es en este presupuesto que recae la principal justificación de la prisión preventiva (cfr. sentencia emitida en el Expediente 01091-2002-HC/TC, fundamento 14). El peligro procesal se desarrollará en el literal D de la presente sentencia.
106. Adicionalmente, cabe manifestar que la valoración de la existencia y concurrencia de estos presupuestos debe ser guiada y realizada a la luz de los estándares internacionales y nacionales sobre el deber de debida motivación reforzada de este tipo de resoluciones que pretendan imponer una medida de prisión preventiva, estándares a los que se hará referencia en literal C de la presente sentencia.
- B. Derecho a la presunción de inocencia y principio de legalidad como límites a la adopción de medidas de prisión preventiva**
107. Ahora bien, aunado a lo anterior, es preciso igualmente advertir que entre los principales límites de la prisión preventiva se encuentra el principio y derecho a la presunción de inocencia y el de legalidad, en atención justamente a la naturaleza severa que tiene dicha medida

provisional y a su carácter cautelar y no punitiva, pues entender lo contrario sería asumir una pena anticipada y tratar a la persona como responsable cuando aún ello no se ha determinado. Por tanto, la procedencia de una medida de tal envergadura no debe presumirse sino fundamentarse en criterios objetivos y razonados del órgano jurisdiccional competente.

108. En ese sentido, vale hacer referencia a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto y que refuerza la afirmación antes mencionada, en virtud de la aplicación conjunta de los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

109. (...) la detención preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual **su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática**”, pues “es una **medida cautelar, no punitiva**”. [Caso Yvon Neptune vs. Haití Sentencia de 6 mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)].

310. La aplicación de ese principio general a los casos de detención o prisión preventiva surge como efecto combinado de los artículos 7.5 y 8.2. En virtud de ellos, la Corte ha establecido que **la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso. Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.**

[Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014].

121. Del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. **La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.**

[Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206].

67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

[Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141].

93. Uno de los principios que limitan la prisión preventiva es el de presunción de inocencia, contenido en el artículo 8.2, según el cual una persona es considerada inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De esta garantía se desprende que **los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos de la privación preventiva de la libertad tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado,** quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado. En la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva se debe verificar la presencia de los fines procesales convencionales exigibles, de lo contrario supone la aplicación de una pena anticipada.

[Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2021].

102. En algunos aspectos, las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención pueden verse estrechamente relacionadas con el derecho a la libertad personal. Así, es relevante a efectos del caso señalar que **siendo la prisión preventiva una medida cautelar, no punitiva, su aplicación se ve limitada por el principio de presunción de inocencia**, contenido en el artículo 8.2 de la Convención, según el cual una persona es considerada inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. Por ello, **la procedencia o legitimidad de la privación preventiva de la libertad no puede presumirse, sino que debe fundarse en circunstancias objetivas y ciertas del caso**. [Caso González y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de septiembre de 2021. Serie C No. 436] [resaltado agregado].

109. De igual modo, el Tribunal Constitucional, ha reafirmado al principio de presunción de inocencia como límite para el establecimiento de la medida de prisión preventiva:

81. Es oportuno recordar que, [...], solo se acepta que una persona sea privada de su libertad personal como consecuencia de una resolución judicial emanada de un debido proceso, y por hechos de especial gravedad. Es decir, **como regla general, solo se acepta la restricción de la libertad por vía de excepción o una vez enervada la presunción de inocencia**.

82. En esta línea, **la presunción de inocencia exige también asumir, como regla general, que toda persona sometida a un proceso penal debe ser juzgada en libertad y solo por vía de excepción privada de ella (principio de excepcionalidad) [...]**.

118. En efecto, a menos que se trate de una sentencia judicial condenatoria, **el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, desde luego, el propio derecho a la libertad personal, impiden que una limitación de la libertad tan severa como el encarcelamiento, pueda estar justificada en criterios llanamente punitivos**. Si así fuera, la posibilidad de separar con consistencia las razones que justifican una detención

preventiva y una sentencia condenatoria, en esencia, se desvanecerían, como desvanecido también quedaría el contenido constitucionalmente protegido de la inocencia presunta.

120. En idéntico sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que **aún habiéndose verificado indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la participación del imputado en el ilícito que se investiga, “la privación de libertad del imputado no puede residir [solamente] en fines preventivo-generales o preventivo- especiales atribuibles a la pena”** (cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 111). [...]. [Sentencia emitida en el Expediente 04780-2017-PHC/TC, 00502-2018-PHC/TC (acumulado), Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón] [resaltado agregado].

C. Cumplimiento del deber de “debida motivación reforzada” de las medidas de prisión preventiva

110. Tal como se ha indicado anteriormente, la regla general es que cualquier persona comprendida en un proceso penal debe atravesarlo en libertad hasta la emisión de la decisión judicial final, y que solo excepcionalmente será posible limitar intensamente dicha libertad a través del dictado de una medida de prisión preventiva, bajo la verificación del cumplimiento de determinados supuestos y una motivación rigurosa. Esto es, en buena cuenta, que la figura de la prisión preventiva *per se* es jurídicamente permitida y en ese sentido lo prevé el Código Procesal Penal, pero es válida, constitucional y convencional, sí y solo sí, cumple con debida motivación estricta de sus presupuestos para su dación y determinación de su duración de ser el caso. Por ello, resulta imprescindible que los jueces motiven con especial rigurosidad las resoluciones de prisión preventiva, pues solo así se podrá garantizar que se respete su naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional (cfr. sentencia del Expediente 01091-2002-HC/TC, fundamento 18).
111. Lo anterior se sostiene en tanto la prisión preventiva supone una restricción intensa del derecho a la libertad personal en un momento en el que aún no se ha determinado responsabilidad penal del imputado, pues esta se concreta de forma previa a dicha determinación (mientras está en calidad de procesado), por diversas razones jurídicas y

objetivas que deben ser fundadas y estrictamente observadas por el órgano jurisdiccional competente. Cabe observar que frente a esta situación no se debe perder de vista que de por medio también está la necesidad de ponderar legítimamente dichas razones con el derecho de presunción de inocencia del involucrado, tanto más cuando de por medio se decidirá la restricción de un derecho y valor tanpreciado como lo es la libertad de una persona, con el impacto que eso conlleva en el ámbito y entorno personal y privado.

112. En esa línea, este Colegiado ha sostenido que la motivación para el dictado de prisión preventiva obedece principalmente a dos criterios. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”; esto es, debe expresar por sí misma las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. Y, en segundo lugar, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar (cfr. sentencia emitida en el Expediente 01091-2002-HC/TC, fundamentos 18-19). Tal deber especial de motivación se relaciona con lo enunciado en el artículo 271, inciso 3 del Código Procesal Penal, según el cual: “El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes”.
113. Asimismo, y en conexión con la necesidad de ejercer una debida motivación reforzada cuando se decida imponer la prisión preventiva, desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional se han establecido diversos criterios relacionados a su vez con el análisis de proporcionalidad de la medida (incluyendo aspectos tales como idoneidad, la necesidad, entre otros), los cuales deben ser evaluados y sustentados objetivamente de manera individualizada y diferenciada por cada uno de los imputados que se encuentren inmersos en el proceso penal.
114. Dicho esto, no es aceptable que este análisis, cuando de por medio esté más de un procesado comprendido en el pedido de prisión preventiva, sea realizado en bloque, sin tener en cuenta las particularidades de cada imputado, y se aplique el mismo fundamento para todos los implicados de forma general, sin mayor sustento diferenciado. Así, debe quedar claro el orden y contenido de los diversos fundamentos individualizados por cada imputado; y, en caso se pretenda

aplicar un mismo sustento para más de una persona, debe señalarse expresamente los motivos razonados de por medio.

115. De otro lado, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha sostenido detallada y claramente los aspectos que deben ser considerados en la valoración y fundamentación de toda medida provisional referida a la prisión preventiva, a fin de ser convencional y no arbitraria, y se ha enfatizado los criterios a considerar especialmente para realizar el test de proporcionalidad de la medida de prisión preventiva, los cuales se citan a continuación:

311. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

- a) **Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso.** No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.
- b) **Debe fundarse en elementos probatorios suficientes:** Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes **que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga.** Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues **si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso.** Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que **el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.**
- c) **Está sujeta a revisión periódica:** La Corte ha puesto de relieve que **no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción.** También ha observado

que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, **las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad**, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, **debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia**. La Corte resalta, además, que **el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón**. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.

312. De conformidad con lo indicado, **no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria**, lo cual implica que la ley y su aplicación **deben respetar los requisitos siguientes**:

- a) **Finalidad compatible con la Convención**: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención [...]. La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que **sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia**”. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que **las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva**. Asimismo, ha destacado que **el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación**

del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

- b) **Idoneidad**: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido.
- c) **Necesidad**: deben ser necesarias, es decir, es preciso **que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa** con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, **aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito [...], la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales.**
- d) **Proporcionalidad**: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que **el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido** frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.
- e) **Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria** y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad **es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos** exigidos por la Convención.

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

98. La Corte ha señalado también que del artículo 7.3 de la Convención se desprende que, **para que la medida privativa de la libertad que se adopte en forma preventiva en relación con un proceso penal no se torne arbitraria, debe observar los siguientes parámetros: i) que existan elementos para formular**

cargos o llevar a juicio: deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el mismo¹¹⁰; **ii) que la finalidad sea compatible con la Convención** a saber: procurar que la persona acusada no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia y que las medidas sean idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales respecto de tal fin, y **iii) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.** Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. [Caso González y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de septiembre de 2021].

99. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional. **Para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: i) se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii) la medida restrictiva de la libertad cumpla con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”,** es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, **y iii) la decisión que las impone contenga una motivación suficiente** que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

[Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de noviembre de 2021]. [Resaltado y subrayado agregado].

116. Entonces, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos existen elementos mínimos que deben estar presentes en toda resolución judicial de dictado de prisión preventiva, para que esta no pueda configurarse como una decisión arbitraria y no convencional, y se destaca como aspecto transversal en la determinación y sustento de la existencia de dichos elementos la debida motivación rigurosa

exigible, que atienda a la excepcionalidad y provisionalidad de la medida de prisión preventiva. Así, por ejemplo, en cuanto al análisis de la idoneidad y la necesidad (como dos de los elementos a considerar en el test de proporcionalidad) se resalta que en virtud de estas se determine y fundamente fehacientemente por qué en el caso concreto es la medida de prisión preventiva y no otra (que contaría, en principio, con la misma capacidad para lograr el objetivo) la idónea y estrictamente necesaria, no obstante ser la más extrema por privar de la libertad a una persona, para cumplir con la finalidad de resguardar el correspondiente proceso penal que se le sigue.

117. Siendo así, es indispensable que el órgano judicial competente explicita, desarrolle claramente y argumente, de forma individualizada y diferenciada en cada caso particular de los imputados concernidos, las razones que lo llevaron a concluir que, en el caso concreto, es la prisión preventiva la que corresponde disponer y por qué no podría optarse por imponer otra medida menos gravosa de restricción de libertad, como lo es la de comparecencia restringida, arresto domiciliario, entre otras, en atención a la evaluación caso por caso realizada por el juez penal competente.
118. Por su parte, el Tribunal Constitucional, a su vez, ha dejado sentados los criterios de valoración obligatoria que deben ser aplicados por la judicatura ordinaria competente en su análisis fáctico y jurídico.

19. [...] **toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiera de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso.**

20. Por ello, **cuando se trata de resoluciones judiciales que limitan la libertad personal, ellas requieren una “motivación cualificada”** (Cfr. Sentencia 00728-2008- PHC/TC, fundamento 7.f). En palabras de la Corte Interamericana: “...no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: **i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención.** Valga señalar

que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; **ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas** para cumplir con el fin perseguido; **iii) que sean necesarias**, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y **iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales**, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria” (Cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93).

24. En ese sentido, el Tribunal Constitucional hace notar que **es un deber ineludible de todos los jueces de la República que, en el ejercicio constitucional de sus funciones y, principalmente, en la revisión de peticiones fiscales en procesos penales tendientes a restringir el derecho a la libertad individual, resguarden debidamente el derecho a la presunción de inocencia** –y las demás garantías constitucionales que toda persona en juicio merece– **a través de la emisión de decisiones lo suficientemente motivadas, razonadas y proporcionadas con relación a la teoría del caso y los medios probatorios que el Ministerio Público presente**, pues en el caso de identificar no solo falencias en tal requerimiento, sino alguna duda no absuelta por dicha entidad respecto de estas, corresponderá al juez que tutele la libertad del imputado, esto con la finalidad de evitar errores judiciales tendientes únicamente a perjudicar el desarrollo natural del proceso y la verdad judicial. [Sentencia emitida en el Expediente 02534-2019-PHC/TC, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, representada por Sachie Marcela Fujimori Higuchi De Koenig]. [Resaltado y subrayado agregados].

119. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha enfatizado además que la obligación de motivación estricta de este tipo de resoluciones que dictaminan una prisión preventiva debe ser cumplida, por lo que frente a su inobservancia que pueda ser alegada por las partes concernidas, la jurisdicción constitucional es competente no para reexaminar la valoración en estricto realizada por la judicatura ordinaria, sino para verificar que esta cumplió con los estándares de motivación y que esta no esté ausente, o sea aparente o sea insuficiente. Así, es preciso aludir a los siguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que consagran lo anterior:

5. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 01091-2002-HC/TC, consideró que tratándose de la detención judicial preventiva, **la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad** en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

6. En ese sentido, las características que debe tener **la motivación de la detención judicial preventiva**. En primer lugar, **tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla**. En segundo término, **debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en tomo a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar**, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. [Sentencia emitida en el Expediente 04090-2018-PHC/TC, Juan Carlos Rodríguez López].

57. En esa línea de pensamiento, **una cosa es respetar los márgenes de valoración que son propios de la jurisdicción ordinaria, y otra, muy distinta, es que so pretexto de tal resguardo, la jurisdicción constitucional permita que los argumentos que vierta la jurisdicción ordinaria en el despliegue de sus respectivas funciones, resulten manifiestamente contrarios al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales**. Esto último, desde luego, no es de recibo. [Sentencia

emitida en el Expediente 04780-2017-PHC/TC, 00502-2018-PHC/TC (acumulado), Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón].

120. Adicionalmente, es necesario precisar que este Tribunal Constitucional ha desarrollado en reiterada jurisprudencia los pasos para realizar un examen de proporcionalidad ante situaciones que así lo ameritan. Sin embargo, en el caso de la prisión preventiva, existen ciertos elementos específicos a tomar en consideración.
121. Así, en primer lugar, el Tribunal Constitucional ha precisado que la medida debe satisfacer el subprincipio de idoneidad, conforme al cual toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz de fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo; en otros términos, este subprincipio supone, primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada (cfr. sentencia del Expediente 0048-2004-PI/TC).
122. Ahora bien, no cabe duda de que la legitimidad de la prisión preventiva está determinada por su naturaleza procesal, pues solo puede ser utilizada con fines cautelares; esto es, para garantizar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de las penas que se determinen. No obstante, pese a que los fines de esta medida han sido previamente establecidos por el legislador, resulta igualmente necesario justificar y sustentar su idoneidad a manera de nexo lógico-causal entre la medida adoptada y la pretendida finalidad a alcanzar. Pues no basta sostener que la prisión preventiva, en un caso concreto, estará dirigida a evitar el riesgo de fuga u obstaculización de la justicia (fin constitucional); sino que, además, es necesario explicar cómo es que dicha medida resulta adecuada para garantizar tal objetivo (nexo lógico-causal).
123. En segundo lugar, la medida de prisión preventiva debe satisfacer el subprincipio de necesidad. Este principio exige al juzgador verificar que no exista ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto, y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, el menor grado de intervención en el derecho fundamental (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00034-2004-PI/TC, fundamento 63).

124. Así pues, para satisfacer el subprincipio de necesidad el juez deberá motivar de forma rigurosa por qué es preferible la prisión preventiva antes que otras medidas que ofrece la legislación procesal penal, y que aseguran también la efectividad del proceso. Es decir, no solo basta con plantear que la prisión preventiva resulta satisfactoria; sino que será indispensable sustentar fehacientemente por qué otras medidas alternativas resultan insuficientes en el caso concreto.
125. En tercer lugar, la medida de prisión preventiva deberá satisfacer el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*. Esto implica que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental limitado. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00034- 2004-PI/TC, fundamento 63).
126. No obstante, en virtud de la naturaleza de la prisión preventiva, es necesario precisar que en un examen de proporcionalidad siempre prevalecerá el principio *favor libertatis*, conforme al cual, ante cualquier duda o incertidumbre sobre la medida a adoptar, se preferirá la menos lesiva a la libertad del procesado.
127. Es de observar, entonces, que desde el ámbito supranacional como desde el jurisdiccional constitucional peruano, se cuenta con pronunciamientos jurídicos de carácter vinculante y vigentes que explicitan claramente determinados parámetros, estándares, lineamientos y similares que, habida cuenta del tiempo transcurrido desde que estos se emitieron hasta la fecha, los órganos jurisdiccionales nacionales competentes en la materia deben tenerlos interiorizados para efectos de su aplicación casuística en su argumentación e identificación del sustento probatorio correspondiente de cara a la adopción de una decisión tan trascendental, como lo es el definir si amerita el dictado de una prisión preventiva, o no.
128. Es evidente que cuando se trata del dictado de prisiones preventivas por parte del juez de la investigación preparatoria competente para el caso concreto, su deber de motivación respecto de la decisión adoptada se intensifica, ya que, por ser una medida excepcional, está limitada legítimamente por cuestiones tales como el respeto a la presunción de inocencia. En ese sentido, es indispensable que

se fundamente objetiva y debidamente, por ejemplo, los fundados graves elementos de convicción de la posible comisión de un delito, la existencia de indicios razonables que permitan sustentar la vinculación del imputado con el hecho ilícito, el peligro procesal, la aplicación del test de proporcionalidad, entre otros. Tal como se afirmó, si bien corresponde asegurar legítimamente los fines del proceso, eso no supone que se prive de libertad a una persona con una prisión preventiva, y recién allí investigarla; previamente debe haber sido investigada y en tal virtud se identificarán las razones objetivas sustentadas para aplicar la prisión preventiva.

129. En consecuencia, es obligatorio efectuar una “debida motivación reforzada” cuando se analice el cumplimiento de los presupuestos materiales, los elementos del test de proporcionalidad y el sustento de la determinación de la duración de la prisión preventiva (de ser el caso que se concluya dictar medida); solo así será válida, constitucional y convencional. Por tanto, este deber especial al que están sujetos los jueces se debe cumplir especialmente en dos momentos: i) al dictar la prisión preventiva y ii) al establecer la duración de la prisión preventiva.

D. Sobre la evaluación del peligro procesal para el dictado de la medida de prisión preventiva

130. De conformidad con lo establecido en el artículo 268 del Código Procesal Penal, uno de los presupuestos materiales concurrentes para dictar mandato de prisión preventiva es el llamado peligro procesal, expresado en el literal c) de dicho artículo que expresamente regula como supuesto “Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”. En esta línea, para que se configure el peligro procesal basta con acreditar el peligro de fuga o el peligro de obstaculización, pudiendo haber casos en los que se presenten ambos supuestos.
131. Con relación a la calificación del denominado peligro de fuga, el propio Código Procesal Penal en su artículo 269 enumera los siguientes aspectos a considerar para ello:

Artículo 269. Peligro de fuga

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. **El arraigo en el país del imputado**, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
 2. **La gravedad de la pena** que se espera como resultado del procedimiento;
 3. **La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo**;
 4. **El comportamiento del imputado** durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
 5. **La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas**. [Resaltado agregado].
132. En cuanto a la determinación de la existencia de peligro de obstaculización, el artículo 270 del Código Procesal Penal prevé elementos a considerar para su calificación:
- Artículo 270 Peligro de obstaculización.-
- Para calificar el peligro de **obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que** el imputado:
1. **Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará** elementos de prueba.
 2. **Influirá** para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
 3. **Inducirá** a otros a realizar tales comportamientos. [Resaltado agregado].
133. Queda claro entonces que son diversos los aspectos a ser considerados por el órgano judicial competente a fin de evaluar si existe el peligro de fuga o peligro de obstaculización del imputado, o no. Ello obedece a su vez, en particular, a la necesaria observancia transversal de la presunción de inocencia del involucrado y la proporcionalidad de la medida, por lo que un solo aspecto no basta para sustentar estos presupuestos.
134. Como ya se ha mencionado anteriormente, la existencia o no de peligro procesal (peligro de fuga y/o peligro de obstaculización a la

justicia) es el presupuesto en el que recae la principal justificación de la prisión preventiva (véase sentencia del Expediente 01091-2002-HC/TC, fundamento 14). En efecto, la acreditación del “peligrosismo” procesal es consustancial a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva (cfr. sentencia del Expediente 01260-2002-HC/TC). En ese sentido, si no se acreditan razones para considerar que el imputado pone en riesgo el curso del proceso, tampoco habrá razones para dictar prisión preventiva en su contra, aun cuando existan graves elementos de convicción de la comisión del delito. Cabe reiterar a este respecto que los presupuestos materiales previstos en el artículo 268 del Código Procesal Penal para disponer la prisión preventiva deben concurrir copulativamente.

135. Asimismo, tal como lo ha remarcado este Tribunal Constitucional, una medida de detención preventiva dictada pese a no existir peligro procesal acreditado, implica la mutación de una medida cautelar en una sanción, que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser “sujeto” del proceso, para convertirse en “objeto” del mismo (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02915-2004- HC/TC, fundamento 12).
136. De otro lado, es preciso señalar que, sin perjuicio de que el fin legítimo de la medida de prisión preventiva apunta a que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia, no es aceptable que se pretenda instrumentalizar la prisión preventiva de carácter excepcional con miras a asegurar la sola continuidad del desarrollo de la investigación o proceso penal, pues ello bien podría conseguirse con la persona en libertad.
137. Por eso es indispensable que esta enunciación esté acompañada de un sustento sólidamente motivado del peligro procesal de por medio, pues precisamente ello produciría la necesidad de evitar una situación que haga ilusoria la investigación y eventual sanción. Corresponde entonces realizar una fundamentación que no esté basada en meras presunciones o conjeturas sobre el peligro procesal, lo cual no niega el hecho de que se pueda recurrir a la utilización de indicios, pero estos tienen un determinado grado de credibilidad y razonabilidad, que debe ser evaluado caso por caso. Siendo así, es posible aplicar la presunción judicial, pero solo con base en un elemento debidamente acreditado, no sustentado en otro hecho presunto.

138. Asimismo, no es posible pretender sustentar la existencia del peligro procesal únicamente en la gravedad y el supuesto impacto social del delito que se le imputa al procesado y/o en su presunta pertenencia a una organización criminal, e incluso en las características personales del implicado (y a partir de ello asegurar o asumir que este eludirá la justicia si atraviesa el proceso en libertad), o aludir al hecho de que el proceso penal en el caso concreto es complejo, como si por sí mismos fuesen determinantes o suficientes para justificar el dictado de una prisión preventiva, por la supuesta existencia de un peligro procesal y su alegada idoneidad y proporcionalidad. Es necesario la identificación y valoración de otros elementos que, conjuntamente, permitan sustentar como corresponde la concurrencia del peligro procesal.
139. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la valoración del peligro procesal, y ha partido de la premisa de que este no se presume, sino que debe efectuarse su verificación casuísticamente sobre la base de circunstancias objetivas y ciertas. Así, establece que:

159. (...) Para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Concordeamente, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la

pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.

[Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013].

100. En lo que refiere al primer elemento del test de proporcionalidad, esto es, la finalidad de la medida restrictiva de la libertad, el Tribunal ha indicado que **una medida de esta naturaleza solo se debe imponer cuando sea necesaria para la satisfacción de un fin legítimo**, a saber: que la persona acusada no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Asimismo, ha destacado que el **peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto**. La exigencia de dichos fines encuentra fundamento en los artículos 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención.

106. [...] La Corte recuerda que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. [...]. Asimismo, **la mención a la alarma social que habría causado la ocurrencia del presunto delito, es contraria a la lógica cautelar ya que no se refiere a las condiciones particulares de la persona imputada, sino a valoraciones subjetivas y de índole político, las cuales no deberían ser parte de la fundamentación de una orden de prisión preventiva**. En este sentido, al no haberse motivado la decisión de la prisión preventiva en circunstancias objetivas que acreditaran el peligro procesal en el presente caso, esta fue contraria a la Convención Americana.

[Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de noviembre de 2021]. [Resaltado y subrayado agregados].

140. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha emitido pronunciamientos de interés sobre esta temática, y en su análisis ha determinado expresamente que aludir únicamente a la gravedad de la pena y/o a la pertenencia del imputado a una organización criminal, no se configura como una argumentación suficiente para sustentar debidamente el peligro procesal bajo el estándar de debida motivación reforzada.

141. Con ello, no se pretende invalidar o negar la posibilidad de que se use los elementos referidos a la gravedad de la pena y/o a la pertenencia del imputado a una organización criminal a fin de que contribuya a la fundamentación de la presunción del peligro procesal; lo que se sostiene es que ni uno ni otro, por sí solos (aplicando uno o ambos), bastan para sustentar una medida de prisión preventiva. Por tanto, de darse esta situación, comportará la arbitrariedad de la decisión judicial sobre el dictado de la prisión preventiva, así como la vulneración del principio de presunción de inocencia y del derecho a la libertad personal.
142. En esta línea, es posible destacar los siguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional:

9. [...] el razonamiento esgrimido por la jueza demandada **carece de argumentación suficiente para justificar el peligro procesal**. Ello debido a que justifica el supuesto del peligro procesal **únicamente en la gravedad de la pena y la pertenencia de un imputado(a) a una organización delictiva**. Sin embargo, como ha señalado este Tribunal, los argumentos de un juez(a) revisor(a) relacionados con **la supuesta comisión de un delito por parte de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por sí solos el dictado de una medida de prisión provisional** (Cfr. Sentencia 1091-2002-HC/TC, fundamento 9, entre otras)”.

[Expediente 04090-2018-PHC/TC, Juan Carlos Rodríguez López]

98. Como bien ha referido la Corte Interamericana, una resolución judicial que pretenda entenderse como suficientemente motivada para limitar la libertad personal “tiene que estar fundada en hechos específicos (...) esto es, no en meras conjeturas” (Cfr. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 103). Es decir, **el riesgo de perturbación de la actividad probatoria o de fuga puede ser finalmente una conjetura, pero tratándose de limitar la libertad personal, resulta constitucionalmente inaceptable que también lo sea el elemento de juicio en que se pretenda sustentar**.

99. Ello en buena medida es lo que establece el artículo 281 del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al proceso penal, cuando, al referirse a las “presunciones judiciales”, establece

que el razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados” [...]. Lo que en buena cuenta quiere decir, que **cabe la presunción judicial, pero solo en base a un elemento debidamente acreditado, no en base a otro hecho presunto.**

122. En definitiva, pues, **sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal.** Este Tribunal considera que pueden ser elementos que contribuyan a presumir el peligro procesal (ya sea de peligro de fuga o de obstaculización probatoria), pero **por sí solos no son suficientes.** [...].

123. Dado que en el caso de los procesados Humala Tasso y Heredia Alarcón, todos los argumentos relacionados con el peligro procesal que fueron esgrimidos por el Juez y la Sala para justificar el mandato de prisión preventiva en su contra, han sido considerados inconstitucionales, **la presunta pertenencia a una organización criminal, por ser un criterio de orden punitivo y no procesal, no puede ser una razón en sí misma suficiente para justificarlo,** a menos que se sumen elementos que permitan presumir, razonablemente, el incremento del peligro procesal (dar cuenta de la compra de pasajes aéreos en fecha próxima para justificar la existencia de un peligro de fuga; o, dar cuenta de que el investigado ocupó un cargo importante y tuvo acceso a una esfera de poder que permitiría el ocultamiento o desaparición de pruebas, a fin de justificar un peligro de obstrucción probatoria), lo que en el presente caso no ha sucedido.

[Sentencia recaída en el Expediente 04780-2017-PHC/TC, 00502-2018-PHC/TC (acumulado), Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón]. [resaltado y subrayado agregados].

E. Sobre la determinación de la duración de la prisión preventiva

143. La necesidad de la debida motivación reforzada, incluyendo el análisis de proporcionalidad, no solo se agota en lo que respecta a la adopción de la medida provisional en sí misma, sino que adicionalmente

se aplica en la determinación de su duración, considerando que el imputado podría atravesar varios años privado de libertad estando aún en calidad de procesado al cual no se le ha determinado siquiera su responsabilidad penal por el o los delitos que se le imputa, lo cual linda con el respeto a la presunción de inocencia. De hecho, la determinación de este plazo dependerá de los elementos que se acrediten, así como de la intensidad corroborada de los mismos; ello constata más aún lo importante e imprescindible que es la realización del análisis y evaluación de la pertinencia de la prisión preventiva bajo el estándar de la debida motivación reforzada antes referida.

144. El artículo 272 del Código Procesal Penal prescribe lo siguiente sobre la duración de esta medida:

Artículo 272.- Duración

La prisión preventiva no durará más de **nueve (9) meses**.

Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de **dieciocho (18) meses**.

Para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de **treinta y seis (36) meses**. [Resaltado agregado].

145. Se observa que la norma dispone una duración diferenciada para los casos generales, los procesos complejos y los procesos de criminalidad organizada, siendo este último supuesto el que alberga la posibilidad de contar con una duración más extensa. No obstante, vale tener presente que el legislador ha optado por establecer un techo temporal (“no durará más de”), con lo cual, bien podría el juez competente determinar un plazo menor al máximo permitido, en virtud de sus propias consideraciones razonadas, aun cuando el caso particular calce dentro de los supuestos del inciso 2 o 3.
146. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la razonabilidad de la duración de la medida de prisión preventiva, y ha indicado que ello se vincula con el derecho de la persona procesada a ser juzgado dentro un plazo razonable, lo cual genera un límite temporal a la duración de la prisión preventiva, pues supone el deber del órgano judicial de tramitar con mayor diligencia y celeridad los procesos penales en los que el imputado se encuentre inmerso. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expone lo siguiente:

89. Para este Tribunal, el artículo 7 de la Convención contiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho (...) al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5),

[Caso Yvon Neptune vs. Haití Sentencia de 6 mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)]

129. El artículo 7.5 de la Convención garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta norma impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad. Este derecho del individuo trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad.

[Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288] [resaltado agregado].

147. Adicionalmente, sobre la determinación del plazo de prisión preventiva, el Tribunal Constitucional ha aseverado que existen criterios para dotar de objetividad el análisis judicial. En ese sentido, el juez penal, al establecer la duración de la prisión preventiva, deberá considerar los siguientes factores (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02915- 2004-HC/TC, fundamentos 18-34):

- a) la actuación de los órganos judiciales, lo que implica verificar si el juez penal ha procedido con la “diligencia especial” debida en la tramitación del proceso principal. Este examen requiere una especial consideración al evaluar la celeridad con la que se ha tramitado el proceso, dado que nos encontramos

ante una causa en que un individuo se encuentra privado de su libertad.

- b) **la complejidad del asunto**, lo que implica que para determinar el plazo de detención debe valorarse la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil; y
- c) **la actividad procesal del detenido**, es decir, si de la conducta del procesado se evidencia una “**defensa obstruccionista**” que **limite la actuación del juez**. [Resaltado y subrayado agregados].

148. Esta valoración cobra especial importancia, ya que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la determinación de un plazo razonable de detención es un derecho autónomo, que deriva implícitamente del derecho fundamental a la libertad personal, y se funda en el respeto a la dignidad humana (cfr. sentencia emitida en el Expediente 03771-2004-HC/TC, fundamento 8). Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional respecto a la detención preventiva, en la sentencia recaída sobre el Expediente 06423-2007-HC/TC:

12. El plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, **aún si la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato *per se* no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario (*límite máximo de la detención*).** Como es evidente, **el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto**, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros. [Resaltado agregado].

149. Asimismo, respecto a la evaluación de la duración prisión preventiva bajo parámetros de razonabilidad y necesidad, el Tribunal Constitucional ha afirmado que:

8. [N]i todo el plazo máximo legal es per se razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. **Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable.** En ese sentido, **la duración de la prisión preventiva debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva. En consecuencia, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato.** (cfr. sentencia emitida en el Expediente 03771-2004-HC/TC). [Resaltado y subrayado agregados].

150. Por lo antes expuesto, es imprescindible que el órgano judicial competente cumpla con el deber de motivación reforzada para sustentar y justificar la proporcionalidad de la duración de prisión preventiva impuesta, considerando la necesidad del plazo que se determine en el caso concreto.

F. Sobre la necesidad de revisión periódica de la permanencia de los presupuestos que sustentaron el dictado de una prisión preventiva, de conformidad con el estándar de provisionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

151. Es preciso mencionar que, no obstante que se haya advertido y fundamentado debidamente la concurrencia de los tres presupuestos procesales para proceder al dictado de la prisión preventiva establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal, no debe dejar de considerarse la posibilidad de que alguno de dichos presupuestos pierda su vigencia en el transcurso del plazo impuesto. Por ello, en la eventualidad que ello ocurra, supondría que la propia medida de carácter provisional pierda sustento jurídico y, por tanto, debiera dejarse sin efecto.

152. Así, existe la posibilidad de que, dado el transcurso del tiempo, el plazo que inicialmente fue razonable devenga arbitrario, al cambiar las condiciones por las cuales se dispuso la detención. Este control del plazo razonable de duración de la medida es coherente con la naturaleza procesal de la prisión preventiva, pues al ser una medida provisional, se encuentra sometida a la máxima *rebus sic stantibus*; es decir, que su permanencia o modificación está siempre sujeta a la

estabilidad o a los presupuestos iniciales en virtud de los cuales se adoptó la medida, por lo que es posible que, si estos sufren modificación, la medida sea variada (cfr. sentencia emitida en el Expediente 01609-2004-HC/TC, fundamento 2).

153. Considerando la naturaleza gravosa de la prisión preventiva, este control de la duración razonable de la medida permite sostener que existe un deber de revisión periódica de esta, a fin de verificar la subsistencia de las condiciones que dieron lugar a su dictado.

154. Ahora bien, el artículo 283 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente:

Artículo 283 Cesación de la Prisión preventiva.-

1. **El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.**
 2. El Juez de la Investigación Preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274.
 3. **La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia.** Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.
 4. El Juez impondrá las correspondientes reglas de conductas necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida. [Resaltado y subrayado agregados].
155. Dicha disposición establece que es el imputado el que puede solicitar el cese de la prisión preventiva cuando considere que existen nuevos elementos de convicción que corroboren la no concurrencia de los presupuestos materiales. Es decir, el procesado no está obligado a esperar que culmine el plazo dictaminado como prisión preventiva; puede cuestionar la permanencia de aquellos motivos que fueron el fundamento fáctico y jurídico de su prisión preventiva.

156. Asimismo, corresponde acotar que el mantenimiento de la detención judicial preventiva debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado (sentencia emitida en el Expediente 01091-2002-HC, fundamento 14).
157. No obstante, se observa que la actual norma procesal solo prevé que sea el imputado el que impulse de parte la cesación de prisión preventiva dictada en su contra, y no menciona que el juez de la investigación preparatoria pueda hacerlo de oficio. A diferencia del Código Procesal Penal vigente, el anterior Código Procesal Penal de 1991 establecía:

Artículo 135.- Mandato de detención

El juez podrá dictar mandato de detención si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, es posible determinar:

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.
2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.
3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, **el juez penal podrá revocar de oficio o a petición de parte el mandato de detención cuando nuevos actos de investigación demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición**, en cuyo caso el juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como

mecanismo de control, tomando en cuenta lo previsto en el inciso 2 del artículo 143 del presente Código. [Resaltado y subrayado agregados].

158. Se observa que dicha disposición preveía expresamente la posibilidad de que el juez pueda revocar de oficio el mandato de detención preventiva, y no solo que ello pueda ser impulsado por el imputado. Resulta importante resaltar esta diferenciación en la regulación anterior y actual sobre el particular, en la medida en que aquella guarda estrecha relación con un estándar internacional ya establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos años atrás.
159. Sobre el particular, cabe hacer referencia precisamente a lo que estipula la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el deber del Estado de realizar una revisión periódica de la vigencia de los presupuestos que fueron el sustento del dictado de una prisión preventiva, pues establece un estándar de la provisionalidad de dicha medida; y asevera además que le corresponde a los jueces sustentar las razones del mantenimiento de la prisión preventiva, de ser el caso. Al respecto, preceptúa lo siguiente:

108. El Tribunal recalca que **son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia del mantenimiento de las medidas cautelares** que dictan conforme a su propio ordenamiento. Sin embargo, corresponde a esta Corte valorar si la actuación de tales autoridades se adecuó a los preceptos de la Convención Americana.

(...)

La Corte resalta que en los casos de personas detenidas **los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente si las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen**, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional.

Caso Yvon Neptune vs. Haití Sentencia de 6 mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida

cautelar. El Tribunal ha observado que **son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares** que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, **las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad**, la cual, para que sea compatible con el artículo

7.3 de la Convención Americana, **debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.** No obstante lo anterior, **aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva**, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable.

[Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187].

311. La Corte ha precisado también las características que debe tener **una medida de detención o prisión preventiva** para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

[...]

c) **Está sujeta a revisión periódica:** La Corte ha puesto de relieve que **no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción.** También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, **las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad**, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, **debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo**

eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que **el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón.** En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.

[Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014]. [Resaltado y subrayado agregados].

160. Visto ello, no cabe duda de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado un estándar de revisión periódica de la medida de prisión preventiva, de modo que corresponde a la judicatura nacional competente cumplir con ello. Se advierte además que, tal como lo establece la jurisprudencia precitada, el juez no solo “puede” sino que “debe” realizar dicha revisión periódica sobre la subsistencia de las razones que fundamentaron en su momento la prisión preventiva en un caso concreto, a fin de evitar que no permanezca o se prolongue indebidamente; se trata, pues, no solo de una facultad, sino también de un deber. Ello sin perjuicio de que se mantenga la posibilidad de que el imputado plantee su pedido de revisión en el momento que lo considere.
161. Sobre el particular, es preciso mencionar que las personas privadas de libertad por dictado de prisión preventiva (y que mantienen su calidad de procesadas) no solo están en una relación de sujeción respecto de la administración penitenciaria, sino también respecto del juez penal (en lo que a su restricción de libertad personal se refiere), pues fue este quien determinó que su detención preventiva resultaba necesaria, por lo que, en esa misma lógica, debe ser quien determine, de oficio o a pedido de parte, si las condiciones que motivaron dicha medida aún se mantienen. Después de todo, el órgano jurisdiccional penal competente no solo es responsable de resguardar el debido proceso, sino también de garantizar oportunamente, en un plazo prudente o razonable, los derechos de las partes del proceso; esto con la

finalidad de llevar a cabo un trámite prolijo de la causa que tiene a su cargo, y de la cual es responsable en su regularidad (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02534-2019-PHC/TC, fundamento 43).

162. A tal efecto, conviene hacer referencia a algunas regulaciones procesales de carácter penal a nivel comparado, a fin de observar el manejo que se establece con relación a la revisión periódica de la medida de prisión preventiva.

Chile	Código Procesal Penal chileno (Ley N° 19.696) Artículo 145.- Substitución de la prisión preventiva y revisión de oficio En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá substituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del Párrafo 6. de este Título. Transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, <u>el tribunal citará de oficio</u> a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación. [Resaltado y subrayado agregados].
Costa Rica	Código Procesal Penal costarricense (Ley N° 7594) Artículo 253.- Revisión de la prisión preventiva Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, <u>el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses</u>, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda. Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior. Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él. [Resaltado y subrayado agregados].
Venezuela	Código Orgánico Procesal Penal venezolano (Decreto 9.042) Artículo 250.- Examen y Revisión El imputado o imputada podrá solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad las veces que lo considere pertinente. En todo caso <u>el Juez o Jueza deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses</u>, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas. La negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida no tendrá apelación. [Resaltado y subrayado agregados].

Paraguay	Código Procesal Penal paraguayo (Ley N° 1286) Artículo 250.- Excarcelación y revisión de medidas cautelares. El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurren todos los presupuestos exigidos para el auto de prisión preventiva. <u>El juez examinará la vigencia de la medidas cautelares privativas de libertad cada tres meses,</u> y en su caso, las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá la libertad. El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente, sin perjuicio de la responsabilidad que contrae el defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva. [Resaltado y subrayado agregados].
Argentina	Código Procesal Penal Federal argentino (Decreto 118/2019) Artículo 226.- Revocación o sustitución <u>El juez, de oficio o a petición del imputado o su defensa, dispondrá la revocación o sustitución de la medida de coerción</u> que hubiere sido impuesta, cuando hayan desaparecido los presupuestos en que se hubiere fundado su imposición. La solicitud será resuelta en audiencia con presencia de las partes, en un plazo que nunca podrá ser mayor a SETENTA Y DOS (72) horas. La resolución que rechace el pedido será revisable dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas. [Resaltado y subrayado agregados].
Nicaragua	Código Procesal Penal nicaraguense (Ley N.º 406) Artículo 172.- Revisión. <u>El juez deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares mensualmente,</u> y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas. El acusado podrá solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad, cuando hayan cambiado las circunstancias que motivaron su adopción. Sin embargo, si en la Audiencia Preliminar el acusado no dispuso de abogado defensor, éste podrá solicitar por escrito al juez la sustitución de la medida cautelar antes de la siguiente audiencia, quien resolverá mandando a oír previamente al Ministerio Público. [Resaltado y subrayado agregados].
Brasil	Código de Proceso Penal brasileño (Decreto-Ley 3.689) Artículo 316.- <u>El juez podrá, de oficio o a petición de parte, revocar la prisión preventiva</u> si, durante la investigación o proceso, encuentra que no hay razón para que subsista, así como decretarla nuevamente, si concurren razones que justificarlo (traducción web). [Resaltado y subrayado agregados].

163. Como se observa, en todos los países mencionados se establece que el juez, de oficio, es competente para revocar los mandatos de prisión preventiva; y, con excepción de Argentina y Brasil, en todos los demás códigos procesales penales se dispone el deber de evaluación de

los jueces sobre el mantenimiento de la prisión preventiva en los casos concretos, e incluso establecen un periodo determinado (6 meses, 3 meses y 1 mes) para efectuar dicha revisión.

164. Así, en atención al estándar de provisional definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la experiencia comparada con países de la región, y considerando que la duración base general de la prisión preventiva de conformidad con el artículo 272 del Código Procesal Penal, es de no más de nueve (9) meses [con excepción de procesos complejos, en los que su duración es no más dieciocho (18) meses, y de los procesos de criminalidad organizada, con no más de treinta y seis (36) meses] resulta razonable establecer que el deber de revisión periódica sobre la permanencia de los presupuestos que dieron lugar al dictado de la medida de prisión preventiva se realice cada seis (6) meses por parte del juez de la investigación preparatoria competente. Y en caso se determine que no se mantienen dichos presupuestos, corresponderá revocar la medida de prisión preventiva inmediatamente.
165. En consecuencia, considerando lo antes expuesto, este Tribunal Constitucional establece que, en aplicación del control de convencionalidad, los jueces de la investigación preparatoria deben realizar la revisión periódica de oficio de la vigencia de los presupuestos que sustentaron en su momento el dictado de una medida de prisión preventiva en contra del imputado. Asimismo, establece que dicha revisión se realice cada seis (6) meses luego de haberse dictado la medida.

IV. Doctrina jurisprudencial vinculante

166. A partir del día siguiente de la fecha de publicación de la presente sentencia, este Tribunal Constitucional dispone que los estándares y criterios, interamericanos y nacionales, expuestos a lo largo del acápite III, son de obligatorio cumplimiento, pues se configuran como doctrina jurisprudencial vinculante, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

V. Exhortación al Congreso de la República para modificación del artículo 283 del Código Procesal Penal

167. Finalmente, en virtud de los fundamentos expuestos en el literal F) de la presente sentencia, este Colegiado exhorta al Congreso de la

República a concretar la modificación pertinente del artículo 283 del Código Procesal Penal, a fin de que se explicité normativamente el deber del juez penal de realizar la revisión periódica de oficio de la vigencia de los presupuestos que dieron lugar al dictado de la medida de prisión preventiva, cada seis (6) meses desde la imposición de la misma.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, por la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a probar, de conformidad con los fundamentos correspondientes de la presente sentencia.
2. Establecer como doctrina jurisprudencial vinculante los estándares y criterios establecidos en los fundamentos del acápite III de la presente sentencia.
3. Exhortar al Congreso de la República en los términos establecidos en el fundamento 167 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS

MORALES SARAVIA

PACHECO ZERGA

FERRERO COSTA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Coincido con la ponencia en que la pretensión invocada debe ser declarada fundada. Adicionalmente, quisiera expresar lo siguiente:

1. El caso bajo análisis permite que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre la medida de prisión preventiva aplicada en nuestro país. De manera general se puede advertir que, lamentablemente, existe un desmedido abuso por parte de los órganos jurisdiccionales en su utilización, lo que se puede comprobar en los hechos.
2. Así, de acuerdo al informe estadístico emitido por el Instituto Nacional Penitenciario, dentro de los establecimientos penitenciarios de todo el país, al mes de agosto de 2022, se encuentran reclusas un total de 90,155 personas, de las cuales 34,977 son procesados (esto es, se les ha impuesto la medida de prisión preventiva), mientras que 55,178 ya tienen la calidad de condenados o sentenciados¹⁷².
3. En otros términos, los procesados constituyen el 39% y los sentenciados el 61% del total de la población reclusa en cárceles.¹⁷³ De esta cifra se aprecia además que la mayor cantidad de reos con prisión preventiva vienen siendo investigados por delito de robo agravado (7,912 procesados), seguido del delito de violación sexual en agravio de menor de edad (3,143 procesados) y del delito de tráfico de drogas (2,833 procesados)¹⁷⁴.
4. Es en este contexto en el que se aprecia un uso desmedido de la prisión preventiva en el que el Tribunal Constitucional considera

172 INPE. Informe Estadístico 2022 (agosto) p. 23. Disponible en: https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_agosto_2022.pdf (consultado el 1 de noviembre de 2022).

173 INPE. Informe Estadístico 2022 (agosto) p. 27. Disponible en: https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2021/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_julio_2021.pdf (consultado el 15 de octubre de 2021).

174 INPE. Informe Estadístico 2022 (agosto) p. 27. Disponible en: https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2021/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_julio_2021.pdf (consultado el 15 de octubre de 2021).

necesario emitir la sentencia de autos. Y es que se advierte la necesidad de adoptar parámetros para los jueces ordinarios que permitan conciliar el uso de la prisión preventiva, en tanto medida cautelar que garantiza la ejecución de la futura sentencia a emitirse, y el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas a quienes se les impone.

5. Así es que se indica expresamente que todo el apartado III de la presente sentencia constituye doctrina jurisprudencial, conforme lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional. Sin embargo, considero que, para efectos prácticos y a fin de facilitar el trabajo de los órganos jurisdiccionales, es necesario concretar aquellos criterios que, en mi concepto, constituyen el mínimo exigible, que debe ser respetado en todos los casos en los que se aplique la medida de prisión preventiva en nuestro país.
6. Así, las siguientes reglas constituyen doctrina jurisprudencial vinculante, tal como lo expone la ponencia, y son de obligatorio cumplimiento para los órganos jurisdiccionales de la especialidad penal al momento de analizar la concesión o la revocatoria de la medida de prisión preventiva.
 - 1) Una medida de prisión preventiva que cumpla con la realización de una “debida motivación reforzada” al analizar el cumplimiento de los presupuestos materiales, los elementos del test de proporcionalidad y el sustento de la determinación de la duración de la medida (de ser el caso que se concluya dictar medida), será válida, constitucional y convencional (fundamento 92).
 - 2) La medida de prisión preventiva se configura como una de carácter provisional y excepcional de última *ratio*, cuya naturaleza no es punitiva, pues no se trata de una sanción penal anticipada, sino de preservar los fines de la investigación, que podrían verse afectados, de continuar el investigado en libertad. Siendo así, la prisión preventiva, en la medida que se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar; y no una sanción punitiva, por lo que su validez depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen (EXP. N.º 1091-2002-HC/TC, FJ 8). [fundamento 98]. En consecuencia, la procedencia de una medida de tal envergadura no debe presumirse sino fundamentarse en criterios objetivos y razonados del órgano jurisdiccional competente (fundamento 107).

- 3) La motivación para el dictado de prisión preventiva obedece principalmente a dos criterios. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”; esto es, debe expresar por sí misma las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. Y en segundo lugar, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar (EXP. N.º 1091-2002-HC/TC, FJ 18-19). Tal deber especial de motivación se relaciona con lo enunciado en el artículo 271, inciso 3 del Código Procesal Penal, según el cual: “El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes” (fundamento 112).
- 4) Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos existen elementos mínimos que deben estar presentes en toda resolución judicial de dictado de prisión preventiva para configurarse como una decisión arbitraria y no convencional, destacándose como aspecto transversal en la determinación y sustento de la existencia de dichos elementos la debida motivación rigurosa exigible, atendiendo a la excepcionalidad y provisionalidad de la medida de prisión preventiva. Así, por ejemplo, en cuanto al análisis de la idoneidad y la necesidad (como dos de los elementos a considerar en el test de proporcionalidad) se resalta que en virtud de estas se determine y fundamente fehacientemente por qué en el caso concreto es la medida de prisión preventiva y no otra (que contaría, en principio, con la misma capacidad para lograr el objetivo) la idónea y estrictamente necesaria, no obstante ser la más extrema por privar de la libertad a una persona, para cumplir con la finalidad de resguardar el correspondiente proceso penal que se le sigue (fundamento 116).
- 5) En consecuencia, es obligatorio efectuar una “*debida motivación reforzada*” al analizar el cumplimiento de los presupuestos materiales, los elementos del test de proporcionalidad y el sustento de la determinación de la duración de la prisión preventiva (de ser el caso que se concluya dictar medida); solo así será válida, constitucional y convencional. Por tanto, este deber especial al que están sujetos los jueces se debe cumplir especialmente en dos momentos: i) al dictar la prisión preventiva y ii) al establecer la duración de la prisión preventiva (fundamento 129).

- 6) La existencia o no de peligro procesal (peligro de fuga y/o peligro de obstaculización a la justicia) es el presupuesto en el que recae la principal justificación de la prisión preventiva (Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, FJ 14). Por eso es indispensable que el sustento del peligro procesal esté sólidamente motivado: no debe presumirse sino fundamentarse en criterios objetivos y razonados del órgano jurisdiccional competente. Esa fundamentación no puede basarse en meras presunciones o conjeturas sobre el peligro procesal, pero sí puede recurrir a indicios, cuando tengan credibilidad y razonabilidad, según el caso concreto. Siendo así, es posible aplicar la presunción judicial, pero solo en base a un elemento debidamente acreditado, no en base a otro hecho presunto (fundamento 137).
- 7) Asimismo, no es posible pretender sustentar la existencia del peligro procesal únicamente en la gravedad y el supuesto impacto social del delito que se le imputa al procesado y/o en su presunta pertenencia a una organización criminal, e incluso en las características personales del implicado (y a partir de ello asegurar o asumir que este eludirá la justicia si atraviesa el proceso en libertad), o aludir al hecho de que el proceso penal en el caso concreto es complejo, como si por sí mismos fuesen determinantes o suficientes para justificar el dictado de una prisión preventiva aludiendo a la supuesta existencia de un peligro procesal y su alegada idoneidad y proporcionalidad. Es necesario la identificación y valoración de otros elementos que conjuntamente permitan sustentar como corresponde la concurrencia del peligro procesal (fundamento 138).
- 8) La necesidad de la debida motivación reforzada, incluyendo el análisis de proporcionalidad, no solo se agota en lo que respecta a la adopción de la medida provisional en sí misma sino que adicionalmente se aplica en la determinación de su duración, considerando que el imputado podría atravesar varios años privado de libertad estando aún en calidad de procesado al cual no se le ha determinado siquiera su responsabilidad penal por el o los delitos que se le imputa, lo cual linda con el respeto a la presunción de inocencia. De hecho, la determinación de este plazo dependerá de los elementos que se acrediten, así como de la intensidad corroborada de los mismos; ello constata más aún lo importante e imprescindible que es la realización del análisis y evaluación de

la pertinencia de la prisión preventiva bajo el estándar de la debida motivación reforzada antes referida (fundamento 143).

- 9) Se observa que la norma¹⁷⁵ dispone una duración diferenciada para los casos generales, los procesos complejos y los procesos de criminalidad organizada, siendo este último supuesto el que detenta la posibilidad de contar con una duración más extensa. No obstante, vale tener presente que el legislador ha optado por establecer un techo temporal (“no durará más de”), con lo cual, bien podría el juez competente determinar un plazo menor al máximo permitido en virtud de sus propias consideraciones razonadas aun cuando el caso particular calce dentro de los supuestos del inciso 2 o 3 (fundamento 145).
- 10) Esta valoración cobra especial importancia, ya que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la determinación de un plazo razonable de detención es un derecho autónomo, que deriva implícitamente del derecho fundamental a la libertad personal y se funda en el respeto a la dignidad humana (EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, FJ 8). Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional respecto a la detención preventiva, en la sentencia recaída sobre el expediente 06423-2007- HC/TC (fundamento 148).
- 11) Considerando la naturaleza gravosa de la prisión preventiva, este control de la duración razonable de la medida, permite sostener que existe un deber de revisión de la misma periódicamente a fin de verificar la subsistencia de las condiciones que dieron lugar al dictado de la prisión preventiva (fundamento 153).
- 12) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado un estándar de revisión periódica de la medida de prisión preventiva y corresponde entonces a la judicatura nacional competente cumplir con ello, observándose además que (...) el juez no solo “puede” sino que además “debe” realizar dicha revisión periódica sobre la subsistencia o no de las razones que fundamentaron

175 El artículo 272 del Código Procesal Penal establece lo siguiente sobre la duración de esta medida: Artículo 272.- Duración

1. La prisión preventiva no durará más de nueve (9) meses.
2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho (18) meses.
3. Para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses

en su momento la prisión preventiva en un caso concreto y evitar que no permanezca o se prolongue indebidamente, con lo cual no solo se trata de una facultad sino también de un deber. Ello sin perjuicio de que se mantenga la posibilidad de que el imputado plantee su pedido de revisión en el momento que lo considere (fundamento 160).

- 13) En consecuencia, considerando lo antes expuesto, este Tribunal Constitucional establece que, en aplicación del control de convencionalidad, los jueces de la investigación preparatoria deben realizar la revisión periódica de oficio de la vigencia de los presupuestos que sustentaron en su momento el dictado de una medida de prisión preventiva en contra del imputado. Asimismo, indicar que dicha revisión se realice cada seis (6) meses luego de haberse dictado la misma (fundamento 165).
7. Estas serían, a mi juicio, las reglas más importantes que constituyen doctrina jurisprudencial y de obligatorio cumplimiento, en virtud de lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

PACHECO ZERGA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Con el debido respeto por la decisión adoptada en mayoría, emito el presente voto singular en base a las razones que a continuación expongo.

1. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, que confirmó la Resolución 16, de fecha 23 de noviembre de 2018, que le impuso a don Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka treinta y seis meses de prisión preventiva, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos agravado (Expediente 299-2017-36/00299-2017-36-5001-JR-PE-01). Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso, de igualdad ante la ley, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y al principio *indubio pro reo*.
2. Tal como se señala en la ponencia, se advierte de la Ubicación de Internos 391217 y de los Antecedentes Judiciales de Internos 391227 del servicio de información vía web de la Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, que el señor Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka ingresó al Establecimiento Penitenciario Castro Castro el 11 de marzo de 2019 y egresó el 14 de mayo de 2020 a razón del dictado de detención domiciliaria sobre su persona; por tanto, actualmente, no se encuentra recluido en ningún establecimiento penitenciario.
3. A ello cabe agregar que, en estricto, en la actualidad, no existe ninguna restricción de grave intensidad sobre la libertad personal del demandante, puesto que tampoco se encuentra vigente en su contra la medida de detención domiciliaria.
4. No obstante, en la ponencia se ha señalado que, a pesar de la evidente sustracción de la materia, en el caso se justifica el dictado de un pronunciamiento sobre el fondo en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Dicha disposición establece lo siguiente: “Si luego de presentada la demanda, cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, **atendiendo al agravio producido**,

declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 27 del presente código, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan” (énfasis agregado).

5. De esta manera, queda claro que, en el supuesto de que se haya producido la sustracción de la materia y, por consiguiente, haya desaparecido el presupuesto procesal del interés para obrar, no es suficiente para justificar un pronunciamiento de fondo que en su momento el asunto haya sido constitucionalmente relevante, ni siquiera que haya existido un agravio constitucional, sino que resulta necesario que este haya ostentado un nivel de gravedad o relevancia importante. Si no fuese así, en aplicación de la aludida norma, a pesar de la sustracción de la materia, la jurisdicción constitucional se encontraría en la obligación de emitir un pronunciamiento de fondo con solo constatar que el asunto en su momento fue constitucionalmente relevante. No parece razonable asumir que esa haya sido la intención del legislador.
6. Pues bien, analizados los argumentos planteados en la demanda y los que han sido vertidos en la ponencia, no se aprecia la existencia de un agravio constitucional singularmente relevante que, dada la sustracción de la materia sobrevenida, justifique un pronunciamiento de fondo; ni menos aún que se justifique nítidamente una sentencia estimatoria.
7. En efecto, el artículo 268 del Código Procesal Penal establece lo siguiente:

“Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

8. La amplia gama de argumentos planteados en la demanda respecto de la supuesta inconstitucionalidad de la prisión preventiva en su momento dictada, se encuentra relacionada con la supuesta inexistencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
9. Así, por ejemplo, el recurrente sostiene que la Sala ha incurrido en una motivación aparente, dado que no ha sostenido la razón por la que considera que el acta de constitución del partido “Fuerza 2011” se configura como un grave elemento de convicción de la agravante de pertenencia a una organización criminal. Sostiene, asimismo, que también se ha incurrido en motivación aparente al confirmar como elemento de convicción la declaración de Adriana Tarazona, quien señaló que Jaime Yoshiyama fue miembro del “Comité Itinerante del Comité Ejecutivo Nacional de Fuerza 2011”. Ha indicado también que la Sala revisora incurre en motivación aparente al considerar las declaraciones de Keiko Fujimori -referidas a su amistad con Jaime Yoshiyama- como un grave elemento de convicción de la pertenencia a una organización criminal. Asimismo, el demandante sostiene que la Sala revisora afectó su derecho a la debida motivación, al corroborar la declaración de Marcelo Odebrecht (quien habría manifestado inicialmente que tenía “dudas” sobre su declaración) con el dicho de Simoes Barata, quien sí reconoció los aportes al partido Fuerza 2011, lo que configuraría una “corroboración cruzada”. También cuestiona que la Sala emplazada nunca haya explicado cómo es que resultan compatibles la declaración de Fernando Migliaccio, con el dicho de Marcelo Odebrecht y de Luis Antonio Mameri, entre las cuales habrían supuestas contradicciones.
10. Todas estas alegaciones son analizadas individualmente en la ponencia para concluir que ninguno de los argumentos vertidos por la Sala, por sí mismos, pueden constituir un fundado y grave elemento de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

11. Sobre el particular, en primer término, corresponde señalar que la Sala no consideró ninguno de estos factores en sí mismos como constitutivos de elementos de convicción. Fue su valoración conjunta lo que la llevó a tal conclusión. En segundo término, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que, en relación con el análisis de carácter eminentemente penal del material probatorio llevado a cabo por la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción constitucional no puede constituirse en una supra instancia de revisión que se subroga en criterios que son propios de la jurisdicción penal. A mi juicio, si este razonable criterio es de aplicación al control de sentencias condenatorias, con mayor motivo es de aplicación a resoluciones cautelares limitativas de la libertad personal.
12. Ello quiere decir que si bien la jurisdicción constitucional es competente para revisar la validez constitucional de las resoluciones judiciales que dictan una prisión preventiva, debe ser singularmente cauta al momento de determinar si se cumple o no el primer requisito para el dictado de una prisión preventiva, a saber, “que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”, pues al ser una condición esencialmente ligada con una valoración probatoria de orden penal aún embrionaria y de carácter provisorio, se trata de una materia propia, *prima facie*, de la jurisdicción penal.
13. Desde luego, ello no significa que la jurisdicción constitucional resulte absolutamente incompetente para realizar un control sobre el asunto, pero en tal escenario, el vicio de motivación deberá resultar de inequívoca relevancia constitucional y singularmente grave; cuestión que no acontece en este caso, menos aún si, como ha quedado dicho, se ha producido la sustracción de la materia.
14. Es por las razones señaladas que, tal como lo reconoce la propia ponencia, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principal elemento a considerar al dictar una prisión preventiva es la existencia o no de peligro procesal (peligro de fuga y/o peligro de obstaculización a la justicia), pues es en este supuesto que recae la principal justificación de la prisión preventiva (cfr. Sentencia recaída en el Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, F.J. 14). Es decir, tratándose del dictado de una prisión preventiva, el requisito

sobre el que la jurisdicción constitucional debe hacer un control más riguroso es el previsto en el literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal. Un control sin cortapisas del cumplimiento del requisito previsto en el literal a) del precepto, convertiría llanamente a la jurisdicción constitucional en jurisdicción penal, violándose el principio de corrección funcional.

15. Ahora bien, en relación con el peligro procesal, y, en concreto, con el peligro de fuga, el recurrente cuestionó un cambio de valoración por parte de la judicatura penal respecto de los certificados médicos presentados que, según él, justificarían el haberse encontrado varios meses fuera del país, a pesar del proceso penal seguido en su contra.
16. No obstante, la ponencia no se ocupa de este aspecto de la pretensión, sino que, en aplicación del principio de suplencia de la queja deficiente, considera que la cuestión constitucionalmente relevante reside en que la Sala no valoró ciertos documentos relacionados con el estado de salud del recurrente, en razón de que se encontraban en idioma inglés. Al respecto, de acuerdo con la ponencia, si bien de acuerdo a la normativa pertinente, es obligación de las partes presentar los documentos probatorios en idioma castellano o traducidos a este idioma cuando lo considere necesario, la Sala, en este caso, debió brindar la oportunidad de que los documentos en inglés sean traducidos oficialmente al español dentro de un plazo célere; y que, al no haberlo hecho, violó el derecho a la prueba del recurrente.
17. No estoy en contra *per se* de que en el Estado Constitucional se exija a la jurisdicción la adopción de medidas más allá de texto expreso y claro de la ley en ánimo de una optimización de la defensa de los derechos fundamentales. No obstante, no considero que una medida adoptada por la judicatura penal en estricto cumplimiento de la ley pueda constituir un agravio constitucional de tal nivel que justifique la estimación de una demanda, a pesar de haberse producido la sus-tracción de la materia.
18. Sin perjuicio de lo expuesto, considero que la valiosa sistematización de los criterios de la jurisprudencia constitucional y convencional que se ha realizado en el acápite III de la sentencia en mayoría, justifican el establecimiento de una doctrina jurisprudencial vinculante. Asimismo, coincido con la necesidad de exhortar al Congreso de la

República a concretar la modificación del artículo 283 del Código Procesal Penal a fin de explicitar normativamente el deber del juez penal de realizar la revisión periódica de oficio de la vigencia de los presupuestos que dieron lugar al dictado de la medida de prisión preventiva.

Por estas consideraciones, apartándome del punto resolutivo 1 de la sentencia, considero que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, y manifiesto mi conformidad con los puntos resolutivos 2 y 3.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ

ÍNDICE TEMÁTICO

(Tomo XIII- Volumen 2)

A

- Acceso a los servicios públicos como derechos sociales mínimos (Exp. 02151-2018-PA/TC, fjs. 2-5).
- Acto de notificación judicial (Exp. 03324-2021-PHC, fj. 7).

C

- Carácter autoaplicativo de una ordenanza municipal (Exp. 03455-2021-PA/TC, fjs. 2-4).
- Control constitucional del artículo 53 del Decreto Ley 19990 (Exp. 03853-2021-PA/TC, fjs. 12-20).
- Correos electrónicos de los funcionarios públicos y el derecho de acceso a la información pública (Exp. 04792-2017-PHD/TC, fjs. 7-18).
- Correos electrónicos de los funcionarios públicos y el derecho al secreto de las comunicaciones (Exp. 04792-2017-PHD/TC, fjs. 19-27).
- Costos procesales (Exp. 02811-2021-PC, fj. 9)

D

- Debido proceso en el ámbito penal (Exp. 2020-2020-PHC, fjs. 5-7).
- Deficiente motivación externa (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 21-34).
- Demarcación territorial de los terrenos comunales y el derecho a la propiedad comunal (Exp. 03696-2017-PA/TC, fjs. 8-10).
- Derecho

- a la remuneración y la inembargabilidad relativa de la remuneración (Exp. 02220-2019-PA/TC, fjs. 2-9).
- a la educación (Exp. 00616-2018-PA/TC, fjs. 3-4).
- a la educación como derecho de configuración legal (Exp. 00616-2018-PA/TC, fjs. 7-8).
- a la igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley” (Exp. 03853-2021-PA/TC, fjs. 8 y 9).
- a la igualdad y no discriminación (Exp. 03455-2021-PA/TC, fjs. 22-25).
- a la libertad de comercio (Exp. 03455-2021-PA/TC, fjs. 26-30).
- a la libertad de trabajo (Exp. 03455-2021-PA/TC, fjs. 31-34).
- al libre desarrollo de la personalidad y su reconocimiento en la Constitución peruana (Exp. 02027-2021-PA/TC, fjs. 14-18).
- a la debida motivación en sede parlamentaria (Exp. 04044-2022-PHC/TC, fjs. 26-32).
- a la debida motivación de las resoluciones judiciales (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 17-20) (Exp. 01509-2021-PHC/TC, fj. 4-6).
- a la autodeterminación informativa y al olvido digital (Exp. 03041-2021-PHD/TC, fjs. 7-16).
- a la autodeterminación informativa y límites temporales de los datos negativos (Exp. 02839-2021-PHD/TC, fjs. 5-8).
- a la libertad personal (Exp. 01509-2021-PHC/TC, fj. 3).
- a la pluralidad de la instancia (Exp. 03324-2021-PHC, fj. 8).
- a la propiedad (Exp. 03696-2017-PA/TC, fjs. 7).
- a no quedar en estado de indefensión (Exp. 03324-2021-PHC, fj. 9).
- de participación en la vida política de la Nación y el derecho a ser elegido (Exp. 02728-2021-PA/TC, fjs. 11 y 12).
- de acceso a la información pública (Exp. 04792-2017-PHD/TC, fjs. 5-10).

- de acceso a la energía eléctrica (Exp. 02151-2018-PA/TC fjs. 6-9).
- Derecho fundamental al olvido como manifestación de la autodeterminación informativa (Exp. 02839-2021-PHD/TC, fjs. 9-12).
- Derecho a la presunción de inocencia y principio de legalidad como límites a la adopción de medidas de prisión preventiva (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 107-129).
- Despido discriminatorio por razón de sexo vinculado al estado de gestación de la demandante (Exp. 02748-2021-PA/TC, fjs. 8-12).
- Determinación de la duración de la prisión preventiva (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 143-150).

I

- Indulto humanitario (Exp. 02010-2020-PHC, fjs. 14-18, 28).
- Interés superior del niño y su calidad de sujeto de especial protección (Exp. 00616-2018-PA/TC, fjs. 5-7).

E

- Estándares y pautas mínimas relativos a casos de migrantes (Exp. 00688-2020-PHC/TC, fjs. 70-88).
- Evaluación del peligro procesal para el dictado de la medida de prisión preventiva (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 130-142).
- Examen o test de proporcionalidad (Exp. 03455-2021-PA/TC, fjs. 35-59).
- Excepción de agotamiento de la vía previa (Exp. 02027-2021-PA/TC, fjs. 8-9).

L

- Legitimidad o ilegitimidad del estado de emergencia sanitaria decretado a instancias de la pandemia generada por el Covid-19 (Exp. 00233-2022-PA/TC, fjs. 6-20).
- Legitimidad o ilegitimidad de las medidas adoptadas en relación con los derechos fundamentales en el contexto del estado de emergencia sanitaria (Exp. 00233-2022-PA/TC, fjs. 24-30).
- Legitimidad para interponer la demanda: La posibilidad de interponer demandas a favor de terceros que no se encuentran en el territorio nacional (Exp. 00688-2020-PHC/TC, fjs. 4-18).
- Legitimidad para interponer la demanda: La posibilidad de interponer demandas a favor de colectivos de personas (Exp. 00688-2020-PHC/TC, fjs. 19-29).

M

- Mandatos contenidos en el derecho de acceso a la información pública (Exp. 04792-2017-PHD/TC, fj. 41).
- Migración y derechos constitucionales (Exp. 00688-2020-PHC/TC, fjs. 31-53).
- Motivación incongruente (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 35-39).
- Motivación aparente (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 40-75).

N

- Necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo en el proceso de habeas corpus (Exp. 04044-2022-PHC/TC, fjs. 8-24).
- Necesidad de revisión periódica de la permanencia de los presupuestos que sustentaron el dictado de una prisión preventiva (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 151-165).

- Normatividad nacional relacionada a migrantes (Exp. 00688-2020-PHC/TC, fjs. 64-69).
- Notificación de las sentencias penales (Exp. 03324-2021-PHC, fjs. 17-37).
- Notificación de los actos administrativos tributarios y los derechos de defensa y al debido proceso (Exp. 03394-2021-PA/TC, fjs. 8-11).

P

- Pago de remuneraciones devengadas en caso de despido de mujer en estado de gestación (Exp. 02748-2021-PA/TC, fjs. 20-23).
- Pago de la indemnización y de la bonificación mensual extraordinaria de la Ley 26511 (Exp. 00517-2022-PA/TC, fjs. 1-17).
- Percepción simultánea de pensión y remuneración en el Estado (Exp. 03432-2018-PA/TC, fjs. 5-12).
- Presupuestos para el dictado de la prisión preventiva (Exp. 01509-2021-PHC/TC, fj. 9).
- Prisión preventiva (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 90-97).
- Prisión preventiva como medida provisional y excepcional de carácter no punitivo (Exp. 03248-2019-PHC/TC, fjs. 98-106).
- Prisión preventiva no constituye una pena anticipada (Exp. 01509-2021-PHC/TC, fj. 10).
- Principios
 - de economía procesal y de informalidad (Exp. 02728-2021-PA/TC, fj. 4).
 - principio de reserva de ley en materia tributaria (Exp. 01588-2020-PA/TC, fjs. 7-11).
 - principio-derecho de igualdad (Exp. 03853-2021-PA/TC, fjs. 6-7).
- Procedimiento de fiscalización y el principio de razonabilidad como límite a la facultad discrecional de la Sunat (Exp. 03394-2021-PA/TC, fjs. 3-7).
- Procedencia de la demanda de amparo (Exp. 02027-2021-PA/TC, fjs. 4-7).

- Procedencia de la demanda de cumplimiento (Exp. 03701-2018-PC/TC, fj. 6).
- Procedencia de la demanda de habeas corpus (Exp. 04044-2022-PHC/TC, fjs. 3-7).
- Procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales (Exp. 03324-2021-PHC, fjs. 3-5).
- Proceso de cumplimiento, requisitos del *mandamus* (Exp. 02811-2021-PC, fjs. 4-5).
- Protección de los territorios indígenas y el medio ambiente como una forma para asegurar la preservación de las propias comunidades (Exp. 03696-2017-PA/TC, fj. 33).

R

- Razonabilidad de la medida constituida por el uso obligatorio de las mascarillas como alternativa de prevención de contagios y defensa de la salud pública (Exp. 00233-2022-PA/TC, fjs. 31-43).
- Requisitos para la obtención de una pensión de viudez por parte del varón (Exp. 03853-2021-PA/TC, fjs. 22-29).

S

- Situación de la migración venezolana a nivel regional y nacional (Exp. 00688-2020-PHC/TC, fjs. 54-69).
- Suspensión de la habilitación y carnetización de abogados titulados en universidad que no se encuentra licenciada (Exp. 03089-2021-PA/TC, fjs. 7-10).
- Sustracción de la materia y la necesidad de pronunciamiento de fondo (Exp. 02728-2021-PA/TC, fjs. 6-10).

T

- Teleología institucional del derecho de acceso a la información pública y el abuso del derecho (Exp. 03951-2021-PHD/TC, fjs. 8-14).

U

- Uso de tatuajes como expresión de la personalidad (Exp. 02027-2021-PA/TC, fjs. 19-33).

ISBN: 978-612-99160-6-4

